

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**



**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,  
FINANCIERO Y PROCESAL**

**~TESIS DOCTORAL~**

**LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA AL  
ESTADO Y SU INFLUENCIA EN LA  
ACTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO**

**JUAN FELIPE SOLÓRZANO QUINTERO**

**DIRIGIDA POR LOS PROFESORES: DRA. D<sup>a</sup>. MARTA LEÓN  
ALONSO Y DR. D. PEDRO TOMÁS NEVADO-BATALLA  
MORENO**

**Salamanca, 2016**





# UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,  
FINANCIERO Y PROCESAL

DOCTORADO ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA  
GLOBAL

## LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA AL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN LA ACTUACIÓN DEL PODER EJECUTIVO

~TESIS DOCTORAL~

PRESENTADA POR  
JUAN FELIPE SOLÓRZANO  
QUINTERO

DIRIGIDA POR LOS PROFESORES:  
DRA. D<sup>a</sup>. MARTA LEÓN ALONSO  
Y DR. D. PEDRO TOMÁS  
NEVADO-BATALLA MORENO.

V. B<sup>o</sup>.

---

---

---

SALAMANCA 2016



*A mi familia y aquellos que estuvieron presentes en esta etapa.*

*“Der Vogel kämpft sich aus dem Ei. Das Ei ist die Welt. Wer geboren werden will, muss eine Welt zerstören.”*

*Hermann Hesse, Demian*

## ÍNDICE

. - PROEMIO .....	11
. - SIGLAS Y ABREVIATURAS .....	13
.-INTRODUCCIÓN.....	14
<b>CAPÍTULO I.- LAS TRANSFORMACIONES DEL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE LOS MODELOS DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA. ....</b>	<b>26</b>
1.1 INTRODUCCIÓN.....	28
1.2 LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE ESTADO. ....	29
1.2.1 EL ESTADO DE DERECHO LIBERAL Y SUS CARACTERÍSTICAS. ....	31
1.2.1.1 La garantía de los derechos de primera generación.....	33
1.2.1.2 El sometimiento al imperio de la ley.....	35
1.2.1.3 La separación de poderes.....	38
1.2.2 LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL Y SU TRANSFORMACIÓN. ....	41
1.2.3 HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO SOCIAL. ....	45
1.2.4 EL ESTADO DEMOCRÁTICO. ....	56
1.2.5 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ....	59
1.2.6 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y ESPAÑOL.....	65
1.2.6.1 La positivación del modelo del Estado social y democrático de Derecho en España.....	67
1.2.6.1.1 El Estado de Derecho. ....	68
1.2.6.1.2 El Estado social.....	73
1.2.6.1.3 El Estado democrático.....	79
1.2.6.2 La positivación del modelo del Estado social y democrático de Derecho en Colombia. ....	82
1.2.6.2.1 El Estado de Derecho. ....	82
1.2.6.2.2 El Estado social.....	85
1.2.6.2.3 El Estado democrático.....	89
1.2.7 LA CRISIS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.....	91
1.3 LA EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SIGLO XX Y XXI.....	110
1.3.1 LA BUROCRACIA. ....	114
1.3.2 LA GERENCIA O MANAGEMENT. ....	118
1.3.3 LA GOBERNANZA.....	124
1.4 LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO VALOR FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.....	134
1.4.1 BREVE EXCURSUS SOBRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ....	136

1.4.2 LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	139
---	-----

**CAPÍTULO II.- LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN..... 155**

2.1 INTRODUCCIÓN.....	157
2.2 DESARROLLO NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA.....	159
2.2.1 EL CONCEPTO DEL BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN. ....	163
2.2.1.1 El buen gobierno y la buena administración en el ordenamiento español. ....	170
2.2.1.2 El buen gobierno y la buena administración en el ordenamiento colombiano. ....	183
2.2.2 LOS PRINCIPIOS QUE SUBYACEN EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	191
2.2.2.1 La prohibición de la arbitrariedad. La legalidad como base para la actuación administrativa. ....	191
2.2.2.2 La eficacia.....	199
2.2.2.3 La eficiencia.....	202
2.2.2.4 La rendición de cuentas y la responsabilidad.....	204
2.2.2.5 La transparencia y la participación como corolario de la objetividad, la imparcialidad, la proporcionalidad y la igualdad. .	207
2.2.2.6 El sometimiento al interés general: herramienta de salvaguarda de juridicidad y garantía de derechos fundamentales en la Administración Pública. ....	211
2.2.2.6.1 Las teorías utilitarista y voluntarista del interés general. 214	
2.2.2.6.2 La participación en la formación del interés general. 219	
2.2.2.6.3 El interés general y el doble carácter de los derechos fundamentales como determinadores del rumbo de la Administración Pública.....	222
2.2.2.6.4 El interés general su prevalencia y sometimiento a la legalidad, por parte de la Administración. ....	234
2.3 ALGUNOS MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA DESARROLLAR LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL BUEN GOBIERNO AL INTERIOR DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS..	245
2.3.1 LA IMPORTANCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN. ....	251
2.3.2 LA PLANIFICACIÓN EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.....	259
2.3.3 LOS CONTROLES EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN. ....	262
2.3.4 LOS CÓDIGOS ÉTICOS EN EL EJECUTIVO.....	264

**CAPÍTULO III .- LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA AL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN EL CORRECTO ACTUAR DEL EJECUTIVO. .... 270**



3.1	INTRODUCCIÓN.....	272
3.2	LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN ACTUAL: EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL. ....	274
3.2.1	EL ASESORAMIENTO POR PARTE DE LOS ABOGADOS DEL ESTADO A LA ADMINISTRACIÓN. ....	289
3.2.1.1	Definición de la asesoría y sus efectos en el buen gobierno y la buena administración. ....	289
3.2.1.1.1	La legalidad en la asistencia como garante de los fines administrativos. ....	294
3.2.1.1.2	La necesidad de autonomía en la asistencia jurídica pública. ....	297
3.2.1.1.3	La necesidad de asesoría por una institución u órgano: especialidad. ....	302
3.2.1.1.4	El estatus de abogado del Estado que presta los servicios de asistencia jurídica pública. ....	309
3.2.1.1.5	El uso de las herramientas procesales para la garantía de los derechos del individuo en los actos procesales subjetivos (recursos administrativos – vía administrativa o gubernativa) ....	313
3.2.2	LA DEFENSA JURÍDICA.....	315
3.2.2.1	Definición de la defensa y sus efectos en el buen gobierno y la buena administración. ....	315
3.2.2.1.1	La colaboración. ....	320
3.2.2.1.2	Los trabajos preparatorios en la formulación de una defensa. ....	322
3.2.2.1.3	La defensa.....	324
3.2.2.1.4	La ejecución de las sentencias ....	327
3.3	LOS MODELOS DE ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO Y ESPAÑOL. ....	331
3.3.1	LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN COLOMBIA.....	335
3.3.2	LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN ESPAÑA.....	367
3.3.3	COMPARACIÓN DE LOS MODELOS DE ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA. ....	392
3.3.3.1	La estructura y especialidad en una entidad. ....	392
3.3.3.2	El reforzamiento de la labor de asesoría y de prevención..	397
3.3.3.3	La autonomía y el respeto de la legalidad en las decisiones de la asistencia jurídica pública en los modelos colombiano y español. ....	402
3.3.3.4	Los profesionales que se encuentran a cargo de los servicios de asistencia jurídica pública. ....	406
3.4	PLURALIDAD O UNIDAD EN LA ASESORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL GOBIERNO (estudio de caso España). ....	409
	<b>.- CONCLUSIONES.....</b>	<b>441</b>
	<b>.- ANEXOS. ....</b>	<b>453</b>
	Anexo 1. Normatividad consejos consultivos: independencia y servicios de consulta.....	455
	<b>.- BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>461</b>



## .- PROEMIO

La presente Tesis doctoral es el fruto de la investigación realizada en las Universidades de Salamanca y Würzburg (Alemania). Debo manifestar que las estancias de investigación en Alemania fueron posibles gracias, en primer lugar, a la colaboración de la Profesora Dra. Laura Patricia Murguía-Goebel, coordinadora del Departamento de español del programa Fachsprachen und ausländisches Recht, quien me abrió las puertas de la Universidad de una forma desinteresada. En segundo lugar, a la obtención de la Beca Intensivsprachkursstipendium concedida por el Deutscher Akademischer Austauschdienst, con la cual pude perfeccionar el idioma alemán y me permitió llevar de manera más adecuada el trabajo que se presenta.

En lo académico, quisiera agradecerle a la Profesora Doctora Marta León Alonso, quien con su ayuda, comprensión, conocimiento y dedicación permitió la culminación de este trabajo. De igual forma, extendiendo mi gratitud al Profesor Doctor Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno que con su apoyo e intelecto, hoy puedo ver materializada una de mis metas académicas.

En lo personal, deseo dar las gracias a mi familia, en especial a mi madre. Gracias a su apoyo y aliento me han dado las fuerzas para seguir adelante. También, agradezco el soporte y comprensión de Johanna Steigerwald.

Finalmente, agradezco a los amigos que de alguna forma se involucraron con este trabajo.



## **.- SIGLAS Y ABREVIATURAS**

AGE – SJE	Abogacía General del Estado –Servicios Jurídicos del Estado.
C.C.	Constitución Política de Colombia de 1991.
C.E.	Constitución del Reino de España de 1978.
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LRJAP	Ley régimen jurídico de las Administraciones Públicas.
SCC	Sentencia Corte Constitucional de Colombia.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional de España.
SCEC	Sentencia Consejo de Estado de Colombia.

## **.-INTRODUCCIÓN**



El presente trabajo tiene por principal objetivo analizar la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas y su influencia en la actuación del poder Ejecutivo en Colombia y España. La tesis que queremos demostrar es que esta institución puede conseguir que el Gobierno y la Administración se sometan a los principios del buen gobierno y la buena administración.

La investigación se sustenta en dos premisas que tratamos de desarrollar en la presente tesis doctoral. La primera consiste en aseverar que el actual modelo de Estado constitucional tiene por fin adecuarse a las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Es menester recordar que las constituciones reconocen la centralidad e importancia del individuo y su dignidad como principio inspirador y fundamentador de todo el ordenamiento jurídico. Para la consecución de los fines del Estado, se han incorporado a los textos constitucionales contemporáneos derechos, mandatos, principios y valores que son ineludibles en el quehacer de los poderes públicos.

Como resultado de esa obediencia a la Constitución y el papel preponderante del individuo en el ordenamiento jurídico, surge la segunda premisa. Ésta se refiere a los principios del buen gobierno y la buena administración que recogen todos los postulados constitucionales que obligan al poder Ejecutivo, y que son imperativos en el actuar del Gobierno y de la Administración. Para garantizar su cumplimiento se han creado entidades públicas encargadas, en primer lugar, de asesorar al Ejecutivo en la toma de decisiones y, en segundo lugar, de defender al Estado ante los tribunales de justicia. Todas estas labores se concretizan en la asistencia jurídica al Estado que permite la garantía de los derechos constitucionales, el respeto del interés general y la satisfacción de las necesidades sociales.



El estudio de la asistencia jurídica al Estado tiene una relevancia cardinal para el Derecho Administrativo, dado que antes, durante y después de la toma de decisiones la Administración y el Gobierno están vinculados por los postulados constitucionales. A pesar de su relevancia la asistencia jurídica pública no ha sido estudiada en profundidad<sup>1</sup>. Por este motivo hemos decidido hacer un estudio comparado de esta institución teniendo en cuenta el modelo colombiano y español, los cuales mostrarán sus deficiencias y virtudes a la hora de asistir al Gobierno o a la Administración.

Nuestra investigación se circunscribe al análisis de la ciencia jurídica – pública. Sin embargo nuestro enfoque no será procesal, puesto que ya existen al respecto numerosos trabajos doctrinales<sup>2</sup>. Nuestra intención es analizar la asistencia jurídica al Estado desde los postulados del Derecho constitucional. Por eso partiremos del análisis de conceptos generales como el modelo de Estado, la dignidad de la persona, los principios de buen gobierno y de buena administración y el concepto del interés general. Sobre la base de estas premisas, el trabajo se estructura de la siguiente forma.

En el *primer capítulo* nos centraremos en el estudio de las transformaciones del modelo de Estado constitucional, y a partir de éstas evidenciaremos cómo el papel de la persona ha tenido una

---

<sup>1</sup> Vid. SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar una política de prevención del daño antijurídico: consentimiento informado*, Tesis maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013. Reflejo de esto es la investigación que el autor de este trabajo ha elaborado, donde se evidenció la falta de rigor que tienen las entidades públicas en Colombia respecto de la elaboración de políticas adecuadas de prevención del daño antijurídico y defensa pública.

<sup>2</sup> AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999. Para un estudio histórico normativo Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La defensa en Derecho del Estado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

influencia determinante en estos cambios. Para ello es fundamental empezar por el estudio aislado de cada uno de los elementos que componen la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Dado que el actual modelo de Estado es producto de una evolución histórica de sus componentes, el análisis hecho de forma independiente nos permitirá, *a posteriori*, entenderlo de una manera adecuada tanto para el caso colombiano como para el español.

Partiremos del examen del modelo de Estado de Derecho liberal, cuyos principales rasgos (la legalidad, la consagración de los derechos fundamentales en un cuerpo normativo superior y la división de poderes) han permanecido en nuestros ordenamientos. A finales del siglo XIX el Estado vio la necesidad de intervenir en aspectos económicos y sociales, a fin de poder dar una respuesta a las demandas ejercidas en ese entonces por las clases menos favorecidas (obreras y campesinos que llegaban a las urbes en pleno desarrollo industrial). El modelo de Estado de Derecho liberal se transforma, porque desde sus estructuras y con sus características no es posible atender los cambios sociales. Justamente en este punto podemos hablar de la “socialización del Estado”, que cobró carta de naturaleza luego de consagrarse la cláusula social en la constitución. En consecuencia, el modelo adoptó como bandera la igualdad material, los derechos sociales y la intervención pública en la economía.

Paralelamente, se produce la “democratización del Estado”. El fundamento de todos los poderes reside en la soberanía popular. Se reconoce la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones a través de sus representantes o bien de manera directa, utilizando para ello instrumentos como el referéndum o la iniciativa legislativa popular. Y, por último, en las constituciones del Estado democrático se consagra como valor de convivencia el pluralismo social y político.

Una vez expuestos los procesos de “juridificación”, “socialización” y “democratización” del Estado, se hace necesario examinar de qué forma se combinan estos tres elementos en los ordenamientos jurídicos colombiano y español, para dar génesis al actual modelo de Estado constitucional que implica una determinada forma de relacionarse los individuos y los poderes públicos.

Ahora bien, con esta investigación se constatará que el actual modelo social y democrático de Derecho se está enfrentando a un escenario en el que muchos de sus rasgos parecen haber caído en desuso, o son transgredidos por los mismos poderes estatales que se han visto influenciados por elementos extrajurídicos, como las crisis económicas. Para ver un ejemplo, estudiaremos brevemente el caso de la reforma del artículo 135 de la Constitución del Reino de España, que ha afectado a los pilares del modelo de Estado definido en el artículo 1.1 C.E.

Una vez estudiado el modelo de Estado, y teniendo en cuenta que nuestro trabajo se centra en la organización administrativa, es importante introducirnos en los modelos de gestión, los cuales determinan cómo aquella resuelve los asuntos públicos, con el objetivo de satisfacer las necesidades de las personas. Así, hallamos que a lo largo del siglo pasado se surtieron cambios en la forma de prestar la función administrativa. Empezamos por el modelo weberiano o de burocracia, caracterizado por un apego irrestricto a la legalidad y a las organizaciones jerárquicas y estáticas. A causa de esto, y con el paso del tiempo, este modelo no se adaptó del todo a las demandas ciudadanas, por ende sus procesos terminaron siendo lentos, engorrosos y vulnerables a actos de corrupción.

Posteriormente, la globalización y el poder que el mercado alcanzó en los asuntos públicos influyó en la forma de gestión de la Administración, como resultado decidió adecuarse al modelo de la gerencia o el *management*. Este modelo asemejaba a la persona como un cliente y a la Administración como una empresa. Este supuesto trajo consigo problemas en el acometimiento de los fines propios de la organización administrativa, ya que ésta no tiene como objetivo generar ganancias, *contrario sensu*, debe prestar su función con miras a garantizar el bienestar común. Conjuntamente al individuo no se le debe estimar como un cliente, más bien éste es el fundamento y la razón de ser del ejercicio de todos los poderes públicos, por lo que una visión restringida de la persona afecta la tutela de los derechos fundamentales y demás garantías constitucionales.

En este orden de ideas, la Administración adoptó la gobernanza como un nuevo modelo de gestión, en el cual se tiene en cuenta la pluralidad de agentes en la toma de las decisiones públicas. Por lo tanto, el papel del individuo deja de ser pasivo o receptor y pasa a desempeñar un papel proactivo. En consecuencia, la participación es determinante para el modelo y como colofón para la satisfacción de los postulados constitucionales.

Al analizar el modelo de Estado y los modelos de gestión evidenciamos que el ordenamiento ha establecido una serie de mandatos que tienen como norte la protección de la persona. En consecuencia, veremos cómo a través del principio de la dignidad se fundamentan los derechos y el ordenamiento jurídico, de manera que la persona cobra especial relevancia en el ejercicio del quehacer de los poderes públicos.

Para ver la importancia del principio de dignidad, nos valdremos del estudio de la normatividad constitucional, la doctrina y la jurisprudencia colombiana y española. Estas fuentes nos llevarán a concluir que la dignidad es un principio fundante del ordenamiento, protector de la concepción del individuo, del cual se desprenden una serie de derechos que hacen que el modelo de Estado, el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas tengan su razón de ser.

En este sentido el Estado está obligado a crear las condiciones adecuadas para que las organizaciones satisfagan las demandas de la sociedad. Sin duda el individuo aspira a que las organizaciones públicas atiendan sus necesidades, pero no de cualquier forma. Para ello el principio de dignidad permite la configuración de una serie de obligaciones para el Estado, que determinan su actuar.

En el *segundo capítulo* analizaremos cómo la Administración y el Gobierno tienen que atender los postulados constitucionales. De este modo, la buena administración y el buen gobierno surgen como principios que son trascendentales para el Derecho administrativo actual, en la medida que en estos subyacen los principios, valores y fines demandados al Ejecutivo.

En este contexto, encontramos como en estos dos principios confluyen la legalidad, la eficacia, la eficiencia, la rendición de cuentas, la responsabilidad, la transparencia, la participación, la objetividad, la imparcialidad, la proporcionalidad, la igualdad y el interés general. Al respecto, es importante analizar cada uno de estos conceptos a la luz del buen gobierno y la buena administración, haciendo especial énfasis en el interés general, dado que se constituye en el inspirador y la piedra angular de la Administración Pública. Además hace que los derechos fundamentales irradian la actividad ejercida por el Gobierno y

la Administración y, en consecuencia, se acometan las demandas sociales.

De esta manera nos adentraremos en el estudio del interés general, para ver su relevancia respecto al buen gobierno y la buena administración. A tal efecto, nos apoyaremos particularmente en la doctrina del *Conseil d'État* francés, puesto que nos sirve de herramienta con la cual podemos superar los problemas en la definición de este concepto jurídico indeterminado. El *Conseil d'État* introduce al individuo y la importancia de su participación a la hora de definir y perfilar este principio constitucional, dejando obsoletas las teorías utilitarista y voluntarista.

Aparte de lo anterior y con el ánimo de encontrarle un contenido al interés general, veremos que los derechos fundamentales sirven de guía en el ejercicio de la actividad del Gobierno y la Administración. Para ello acudiremos a la teoría alemana del *Doppelcharakter der Grundrechte*. Ésta considera que los derechos fundamentales adquieren un doble carácter, uno subjetivo o de límite y otro objetivo o de irradiación del actuar público. Este último soporta nuestro análisis y permite demostrar que para determinar el interés general se requiere observar los postulados constitucionales y, en particular, los derechos consagrados en la Carta Superior, que se convierten en fuente inspiradora del quehacer público.

Una vez establecidos el concepto y los principios que concurren en el buen gobierno y la buena administración, es adecuado mostrar algunos mecanismos implementados al interior de la organización administrativa, los cuales hacen posible su consecución. Para ello resulta categórico el desempeño de los empleados públicos, la planificación, los controles y los códigos éticos en aras de lograr las

finalidades estatales, herramientas que sin ser taxativas permitirán tener como centro al individuo en el desarrollo de la actividad administrativa.

Teniendo en cuenta la obligación que emana de la organización pública, es necesario que al interior de la Administración y del Gobierno se instrumentalicen y realicen efectivamente todos los postulados constitucionales que los obligan. Sobre esta premisa descansa el tema que desarrollamos en el *tercer capítulo*.

Este aparte se sustenta en el análisis de la asistencia jurídica pública y cómo esta influye en el cumplimiento del principio del buen gobierno y la buena administración por parte del Ejecutivo. Para ello estudiaremos con qué rasgos debe contar un servicio completo de asesoramiento y defensa. Con posterioridad, es preciso revisar los modelos de asistencia jurídica en Colombia y en España. Así entonces y con ocasión al modelo de derecho comparado planteado por PEGORARO, escogimos dos instituciones que prestan servicios jurídicos de asesoría y defensa al Estado, a saber; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para el caso colombiano y en España la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Además, se debe decir que los capítulos anteriores adquieren sentido por cuanto permite establecer lo que PEGORARO y RINELLA denominan *tertium comparationis*, que es el modelo de referencia que permitirá realizar el cotejo entre el *comparatum* (modelo colombiano) y el *comparandum* (modelo español)<sup>3</sup>.

La investigación está dirigida a una comparación de instituciones que tienen una misma familia jurídica (*civil law*), circunscrita a una comparación nacional, la cual los autores en cita entienden como “un

---

<sup>3</sup> PEGORARO, L., Y RINELLA Á., *Introducción al derecho público.*, ob. cit., p. 71.

*número limitado de sistemas jurídicos de diversos países*<sup>4</sup>. De otra parte el análisis será sincrónico, es decir, concerniente a ordenamientos cercanos en el tiempo<sup>5</sup>. También estará enmarcado a la micro-comparación, que se entiende como el estudio de *“reglas e instituciones jurídicas que pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes; está dirigida al examen del fenómeno jurídico seccionado o reducido a sus células elementales”*<sup>6</sup>. De lo anterior, el análisis de derecho comparado será puntual y se referirá al estudio de la asistencia jurídica pública.

El resultado de la comparación reflejará las ventajas y deficiencias de cada modelo, teniendo en cuenta que las dos instituciones a analizar gestionan sus asuntos de manera diferente. Es así como en España existe en principio un cuerpo de abogados caracterizado por su centralidad y especialización en los temas de defensa y asesoría. De otro lado en Colombia hay una entidad que dirige y controla la asistencia jurídica pública, pero se implementa y desarrolla por cada una de las entidades que componen la organización administrativa.

Después de estudiar de forma separada las instituciones, realizaremos una comparación entre ambos modelos haciendo ver sus ventajas y problemas. Aunado a lo anterior, la investigación nos permitirá evidenciar la existencia de diversos órganos de orden constitucional y legal que desempeñan la labor del asesoramiento jurídico. Nos centraremos en el estudio del Consejo de Estado y los consejos consultivos de las comunidades autónomas, teniendo siempre presente la función desempeñada por la Abogacía General del Estado. Del análisis notaremos la problemática que representa tener diversos órganos encargados de la asesoría. Además, advertiremos los

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 74.



inconvenientes que existen en la nominación de los letrados que hacen parte de estos órganos. Como ejemplo, veremos la injerencia política que tienen en su nombramiento, lo cual repercute directamente en la objetividad e imparcialidad de sus dictámenes.

Desde esta perspectiva, pretendemos hacer notar la importancia que tienen el asesoramiento y la defensa como garantes del interés general. Esto permitirá con posterioridad establecer por parte el Ejecutivo una actividad más respetuosa de la Constitución y en consecuencia una más humana con los ciudadanos.

**CAPÍTULO I.- LAS TRANSFORMACIONES  
DEL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL Y  
DE LOS MODELOS DE GESTIÓN  
ADMINISTRATIVA.**



## 1.1 INTRODUCCIÓN.

El reconocimiento del modelo de Estado actual en las Constituciones contemporáneas es el resultado de un largo proceso que data del siglo XVIII. Desde las primeras manifestaciones del Estado liberal hasta el modelo social, sin dejar de lado el postulado democrático, el modelo de Estado social y democrático de Derecho ha sido consecuencia de las transformaciones de la sociedad. De esta manera el Estado consiguió pervivir, establecer una adecuada relación con el ciudadano y satisfacer las demandas sociales<sup>7</sup>.

Con esto en mente, el objeto principal del primer capítulo se circunscribe en el análisis de las transformaciones del modelo de Estado y en plantear como el papel de la persona ha tenido una influencia fundamental en estos cambios. Para ello conviene distinguir de forma independiente cada uno de los elementos que conforman la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho. Dado que es producto de un proceso histórico que ha venido evolucionando, este recorrido permite con posterioridad comprender de mejor manera el modelo en si y observar su positivación en los ordenamientos jurídicos español y colombiano.

Con este marco general, estudiaremos posteriormente el papel de la Administración Pública, al ser la organización en que se circunscribe esta investigación. Llegado a este punto es palpable como la Administración ha presentado también cambios en sus estilos de gestión, consecuencia de las exigencias forjadas por la sociedad. De ahí resulta la importancia de hacer un recuento sobre los modelos de

---

<sup>7</sup> DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*, Universidad Autónoma de México, México, 2004, p. 89-90.

organización administrativa implementados a partir del siglo XX, a saber: la burocracia, la gerencia o *management* y finalmente la gobernanza. Este último considera a la persona eje central en la toma de las decisiones públicas y sobre la cual pivota la actividad estatal.

Del estudio que se pretende realizar concluiremos que el Estado y, en particular, la Administración como ejecutor de las políticas públicas del poder Ejecutivo deben satisfacer una serie de derechos inherentes, inalienables y propios de la persona, deviniendo ésta en parte primordial y determinante en el ejercicio de sus funciones.

## 1.2 LA EVOLUCIÓN DEL MODELO DE ESTADO.

Para empezar este aparte enunciaremos qué entendemos por Estado, teniendo en cuenta la definición de VERGOTTINI:

*“La máxima forma organizada del poder político en las sociedades contemporáneas se define como ‘Estado’. Se trata, según enseñanza dominante, de un ente independiente con fines generales, que comprende necesariamente a la población establecida sobre cierto territorio, dotado de una estructura de gobierno y basado en un conjunto homogéneo y autosuficiente de normas que regulan a la sociedad y su estructura organizativa”<sup>8</sup>.*

Al establecer una definición clara de Estado, es dable afirmar que el mismo ha sido sometido a una serie de transformaciones que permiten hablar hoy en día de un modelo de Estado preceptuado en

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 57.

nuestras constituciones (Art. 1 Constitución del Reino de España y Art. 1 Constitución Política de Colombia). Estos cambios por los que ha pasado el modelo de Estado son el resultado de la adaptación a las necesidades sociales. De no adecuarse, la estabilidad del Estado se pondría en riesgo y se podría hablar de su eventual desaparición.

Prosiguiendo con el tema observamos que el modelo de Estado determina las relaciones que existen entre éste y el individuo. En esta medida, no se puede afirmar que el modelo de Estado sea estático. Éste se ha visto enfrentado a cumplir con ciertas exigencias que, en palabras de VERGOTTINI son denominadas finalidades, objetivos que se fijan en el quehacer de los órganos constitucionales<sup>9</sup>. En consecuencia, las transformaciones a las que se ha sometido el Estado son resultado de los cambios de sus relaciones con la sociedad y las podemos sintetizar en tres fases. El periodo de la ‘*juridificación*’ se identificó con el sometimiento del Estado al imperio de la ley que fue producto del paso del modelo absolutista monárquico al liberal de Derecho. La “socialización” es otra de las transformaciones, y se caracterizó por la necesidad de que el Estado interviniera en ámbitos económicos, sociales y culturales, haciéndose cargo de muchos de los problemas y las necesidades de la comunidad. Finalmente encontramos la “democratización” que permite la participación activa de la persona en la toma de decisiones públicas, mediante el ejercicio del derecho al voto y de otras formas de intervención directa como es la iniciativa legislativa, el referéndum o la participación en la Administración, entre otras.

Como resultado de las mencionadas transformaciones, en la actualidad existe el modelo de Estado social democrático de Derecho. Los postulados *social*, *democrático* y *de Derecho* no se pueden entender

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 89-90.

por separado. Sin embargo, para lograr un entendimiento apropiado debemos entender cada uno de estos postulados de forma aislada. Para ello analizaremos la evolución del modelo de Estado partiendo del liberal de Derecho hasta llegar al actual Estado social y democrático de Derecho.

### 1.2.1 EL ESTADO DE DERECHO LIBERAL Y SUS CARACTERÍSTICAS.

Para el desarrollo de este análisis partiremos del estudio del modelo de Estado liberal de Derecho<sup>10</sup> que encuentra sus antecedentes en los movimientos ilustrados europeos del siglo XVII, momento en el cual se generó un cuerpo teórico que sirvió de sustrato ideológico para las posteriores revoluciones francesa y norteamericana. Ello supuso

---

<sup>10</sup> Es menester mencionar que en el presente trabajo nos referimos al Estado liberal de Derecho propio del siglo XIX. Esta aclaración se realiza teniendo en cuenta, como lo reconoce ZAGREBELSKY que el término Estado de Derecho puede ser concurrente con otras concepciones constitucionales e incluso regímenes absolutistas que en principio desconfigurarían la concepción inicial del modelo que estamos analizando elementos tan importantes como la libertad de los ciudadanos. *Vid.* ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, Trotta. Madrid, 2007, p. 21-23. Encontramos que el concepto de Estado de Derecho, fue usado hasta el siglo XIX por la doctrina alemana, pero debemos manifestar como lo reconoce el estudio realizado por DE CARRERAS su origen se da en diversos momentos, a saber: i) El denominado “gobierno de las leyes”, tiene sus orígenes en la denominada Grecia clásica, más tarde en la época medieval el derecho natural fue un límite al ejercicio del poder del monarca, pero como arguye DE CARRERAS no es hasta Hobbes, quién considera que por medio de las normas de un pacto o contrato social el soberano actúa. ii) El Estado como garante de los valores de libertad e igualdad humanas, el cual tiene sus génesis en la Edad Media y el concepto actual fue acuñado y desarrollado en los siglos XVII y XVIII. iii) Pero no fue hasta las reclamaciones burguesas a finales del siglo XVII y del XVIII, en la que se combinaron los dos conceptos anteriores( gobierno de la leyes y Estado garante) DE CARRERAS SERRA, F., *El Estado de derecho como sistema*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1996, p. 4-5. RIVERO ORTEGA, R., Democracia, Estado de Derecho y economía del mercado en América Latina, en AA.VV (eds. BERDUGO DE LA TORRE, I y RIVERO ORTEGA, R.), *El Estado de derecho latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 24. VERDÚ, P., *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Graficas Yagües, Madrid, 1955, p. 9. VERDÚ, P y MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 33. CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, p. 25.

una nueva concepción de modelo de Estado que tuvo como fundamento la intención de limitar los poderes del modelo absolutista monárquico.

Una consecuencia que tuvo la implementación del Estado liberal de Derecho, fue generar un cambio en la concepción que se tenía del individuo. Es así como pasó de ser un simple súbdito a tener la calidad de ciudadano.

En lo que hace referencia a las relaciones entre la sociedad y el Estado dentro del modelo liberal de Derecho, GARCÍA-PELAYO manifiesta que eran considerados sistemas autónomos y autorregulados, limitados por un número restringido de relaciones<sup>11</sup>. Considera el mismo autor que se pensó en la sociedad como una “ordenación” autosuficiente, idónea y creada previamente al Estado, con una estructura superior a las demás. Esto le permitía autorregularse en aspectos económicos y sociales. Corolario de lo anterior, el Estado (*organización artificial*) no podía entrar a modificar el orden natural (sociedad), sino por el contrario el mismo debía adaptarse y brindar las condiciones para permitir el correcto desarrollo de la sociedad<sup>12</sup>. Por lo tanto el Estado decimonónico era abstencionista principalmente en lo económico y lo social.

Otros resultados que se produjeron y que caracterizaron el Estado de Derecho liberal fueron la división de poderes<sup>13</sup>, el imperio de la ley, la prohibición de la arbitrariedad y el reconocimiento de derechos civiles<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza, Madrid 1989, p. 25.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>13</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena Administración*. Universidad Complutense, Madrid, 2010, p. 17.

<sup>14</sup> Se debe manifestar que la titularidad de los derechos era limitado a las personas que ostentaban ciertas condiciones, lo cual permite afirmar que muchos



Teniendo clara la génesis de este modelo de Estado, es necesario entrar a analizar sus principales características, con el propósito de determinar sobre qué parámetros se fundamentaban las relaciones entre el Estado y el individuo.

#### **1.2.1.1 La garantía de los derechos de primera generación.**

En lo que se refiere a la concepción de los derechos fundamentales, el liberalismo reivindicó el papel del ahora ciudadano, dotándole de una serie de derechos destinados a proteger la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión<sup>15</sup>. Se trata de derechos que para el momento fueron una de las grandes conquistas conseguidas por los individuos. No resulta extraño que uno de los principales derechos que se protegían fuera el de propiedad privada, dado que el Estado de Derecho liberal significó la incursión de un modelo impulsado por la burguesía que promovió el comercio.

Estos derechos, conocidos también como de primera generación, son la respuesta a las primeras reivindicaciones que la persona realizó frente al Estado, en medio de una transición en la cual se pretendió situar al Estado ya no como un fin, sino como un medio que tenían los ciudadanos para poder desarrollar su vida de una mejor manera. Resultado de ello fue la limitación que los derechos fundamentales

---

derechos no tenían carácter universal. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Revista Sistema*, No 138 mayo de 1997, p. 104. CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 25. Cfr. GAMERO CASADO, E y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 2005

<sup>15</sup> PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 36.

ejercieron sobre los poderes públicos y que se configuran como marco en su quehacer<sup>16</sup>.

Los derechos de primera generación tienen un carácter universal cuya validez es absoluta e incuestionable<sup>17</sup>. Su titular es el ciudadano, que puede exigir el respeto y libre ejercicio de sus derechos frente al Estado, debiendo éste reconocerlos y respetarlos<sup>18</sup>.

Así las cosas, los derechos fundamentales son un límite y una garantía que tiene el individuo frente al Estado; en primer lugar, porque las normas establecidas previamente imponen una línea, la cual no se puede traspasar *so pena* de incurrir en la violación de las normas. En segundo lugar, actúan como un mecanismo que se inclina por el respeto de los postulados normativos, acudiendo siempre a la ley. De esta manera se previene la comisión de actos arbitrarios que afecten la libertad<sup>19</sup>.

La ley jugaba tenía un papel doble y determinante para el modelo liberal. De un lado permitía la garantía de los derechos y libertades. Con lo cual estos podían ser exigibles<sup>20</sup>. De otra parte la ley imponía límites al ejercicio de los derechos cuando interferían con el ejercicio de los de otras personas<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> VALCÁRCEL TORRES, J., Y GONZÁLEZ SERRANO, A., “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XI, Julio-Diciembre 2008, p. 78.

<sup>17</sup> DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789.

<sup>18</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>20</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>21</sup> DE CARRERAS SERRA, F., *El Estado de derecho como sistema..*, *ob. cit.*, p. 7-8  
“En este supuesto, la ley puede hacer que los poderes públicos adopten tres tipos de medidas: 1) Medidas de carácter preventivo para hacer frente a tal amenaza. Se trata, por tanto de medidas cautelares para que los derechos del otro no lleguen a ser conculcados. 2) Medidas de fuerza coactiva a las cuales debe procederse con el fin de impedir la vulneración de los derechos del otro. 3) Medidas para restablecer los derechos vulnerados, exigiendo, a su vez, la responsabilidad civil y la sanción penal o administrativa del infractor”

Por lo anterior, debemos decir que el principio de sometimiento a la ley es determinante para el Estado liberal de Derecho, y en la actualidad tiene vigor (adaptado al actual modelo de Estado), motivo por el cual le dedicaremos unas líneas a fin de revisar en qué consiste.

### **1.2.1.2 El sometimiento al imperio de la ley.**

En el modelo liberal de Derecho y particularmente en la Revolución francesa se proclamó la primacía absoluta de la ley<sup>22</sup>. Con esto se pretendió regular la actividad del Estado y como resultado éste debió ceñirse al Derecho. A través de la ley se quiso limitar el actuar de los poderes del Estado, establecer una igualdad formal y generar una serie de derechos para los ciudadanos <sup>23</sup>.

En este sentido debemos agregar que los derechos y particularmente la libertad y la propiedad privada eran temas importantes para el modelo de Estado y sólo podían ser regulados por la ley. Esta última es una *“expresión legítima de la voluntad popular, constituye un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad”* ( SCC. C-970 octubre 7 de 2004, M.P. ESCOBAR GIL, R.).

Bajo esta perspectiva, la ley se convierte en un derrotero permanente y limitante para el Estado. Al respecto ZAGREBELSKY plantea que ésta establecía lo que el Ejecutivo podía hacer. De otro lado, a los particulares, contrario a la situación antes descrita, les regía un

---

<sup>22</sup> DÍAZ GARCÍA, E., “Teoría general del Estado de Derecho”, *Revista de estudios Políticos*, N.131, 1963, p. 25.

<sup>23</sup> VALLESPÍN OÑA, F., “Estado de bienestar y Constitución”, *Revista de Estudios Constitucionales*, septiembre de 1988 p. 127. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 24.

principio de autonomía, mientras no sobrepasaran el límite señalado por el ordenamiento jurídico<sup>24</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que el respeto a la ley permite el efectivo ejercicio de la libertad del individuo<sup>25</sup>. En consecuencia el Estado no debe inmiscuirse ni constreñir el ejercicio de las libertades. Pero esta obediencia es aplicable tanto al Estado como al individuo. Por lo tanto la ley impone límites para permitir una vida en sociedad, de ahí que la libertad no consiste en “*hacer lo que se desee*”; *contrario sensu* como lo manifiesta el BARÓN DE MONTESQUIEU, la libertad consiste en hacer lo que la ley permite. De otro modo, cualquier persona podría omitir las leyes establecidas<sup>26</sup>. *A fortiori* podemos manifestar que sólo la ley puede imponer barreras a la libertad del hombre<sup>27</sup>.

Evidenciamos que el Estado en su integridad se encuentra sometido al imperio de la ley<sup>28</sup>. Sobre el tema GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que en el modelo de Estado liberal de Derecho la ley determina el funcionamiento del Estado<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 28.

<sup>25</sup> DOHERING, K., “Estado social de Derecho y orden democrático”, en AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, p. 107 ss. DE CARRERAS SERRA, F., *ob. cit.*, p. 5 “...no será hasta el siglo XIX que el término gramatical <<Estado de Derecho>> comienza a ser utilizado entre los juristas europeos. Su origen es alemán...”

<sup>26</sup> MONTESQUIEU., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 106.

<sup>27</sup> DE CARRERAS SERRA, F., *El Estado de derecho como sistema ..*, *ob. cit.*, p. 7

<sup>28</sup> Vemos como dentro de ellos se encuentra Alemania que en la Ley Fundamental, artículo 20.3, establece (art 20.3 “El Poder Legislativo (*die Gesetzgebung*) estará vinculado al orden constitucional y el poder Ejecutivo (*die vollziehende Gewalt*) y el Judicial (*die Rechtsprechung*) estarán sujetos a la ley y al derecho” preceptúa que el poder legislativo, estará vinculado a la constitución, por otro lado el poder Ejecutivo y el poder Judicial a la ley y al Derecho, este artículo expresa claramente la división de poderes, propia del Estado liberal de Derecho.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1981, p. 29.

Para ZAGREBELSKY el Estado liberal era “*un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad*”<sup>30</sup>. Respecto al tema traemos a colación a GARCÍA PELAYO, quién explica como en este modelo la ley era producto de “*la contraposición honesta de voluntades y criterios de discusión parlamentaria*”<sup>31</sup>. De este único modo se generaban las condiciones mínimas en las que el Estado debía estar presente, lo cual no significaba que *per se* fuera un instrumento de intervención del mismo<sup>32</sup>.

La ley, dentro del modelo de Estado liberal de Derecho, debía ser general y abstracta con el fin de evitar la arbitrariedad. Debe expresarse que de promulgarse leyes particulares y concretas, el Parlamento gozaría de extraordinarias facultades que le permitiría ejercer un poder arbitrario sobre los demás poderes públicos, incluso se podía llegar a hablar de la arbitrariedad del Parlamento, específicamente en los casos de la conformación de mayorías políticas<sup>33</sup>. Podemos agregar que la generalidad<sup>34</sup> y la abstracción<sup>35</sup> son garantías de imparcialidad y de respeto por las libertades y los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>30</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p.29.

<sup>31</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>33</sup> ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 29. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y administración...*, *ob. cit.*, p. 20

<sup>34</sup> “norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción”. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>35</sup> “puede definirse como <<generalidad en el tiempo>> y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante <<supuestos de hecho abstractos>>. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente <<concretas>>, como también es enemiga de las leyes <<a término>>, es decir destinadas a agotarse en un tiempo breve, y, en fin, es enemiga de la modificación demasiado frecuente de una leyes por otras”. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, p. 29.

Vale decir que la legalidad concebida por el Estado de Derecho, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, es abstracta y cobra vigencia en la actualidad en el sentido de que el sometimiento al imperio de la ley tendrá como pilar la prevalencia de los derechos fundamentales y deberá realizar las tareas sociales que se consagran en la Carta<sup>36</sup>.

### **1.2.1.3 La separación de poderes.**

El Estado liberal de Derecho limitó los poderes del Estado absolutista a través de la división de los mismos<sup>37</sup>. Los pensadores revolucionarios se sustentaron en lo dicho por MONTESQUIEU, quién afirmó que toda persona que ostenta el poder tiene la debilidad de abusar de él, y para contrarrestar este nefasto efecto se hace necesario frenarlo con otro. Es así, como propone que entre ellos generen un control y un contrapeso para impedir el abuso por parte de alguno. Para él los poderes constituidos son: el poder Legislativo, el poder Ejecutivo y el poder Judicial<sup>38</sup>.

A su turno, la división de poderes tenía por objeto imponer una estructura racional, orientada a salvaguardar la libertad. De esta manera se intentó organizar y limitar la acción del Estado, estableciendo funciones determinadas a cargo de órganos distintos, ejerciendo sus labores de manera autónoma sin tener obstáculos por

---

<sup>36</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T - 271 de junio 23 de 1995, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-505 de agosto 28 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C 263 de 13 de junio de 1996, M.P. BARRERA CARBONELL, A. Sentencia T-177 de marzo 18 de 1999. M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.

<sup>37</sup> Debemos manifestar que en los inicios del Estado de Derecho alemán consideraba la unidad estatal, es decir no existía una división de poderes, el mismo se concentraba en la figura del monarca. Vid. CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 27. GARCÍA COTARELO, J., Los fundamentos socio políticos de la jurisdicción constitucional, *Revista de Derecho Político*, No. 33, 1991, p. 57.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU., *Del espíritu de las leyes...*, ob. cit., p.106-107, en el mismo sentido DE CARRERAS SERRA, F., *El Estado .de derecho como sistema ...*, ob. cit., p. 11 y CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 107 108.

parte de otros en el desarrollo de su actividad<sup>39</sup>, ello siempre con el fin de garantizar la libertad y evitar posibles abusos<sup>40</sup>.

Al haber enunciado la división tripartita de poderes consideramos que para esta investigación la función ejecutiva se torna interesante, al ser un tema central. Por esta razón le dedicaremos algunas líneas a su estudio.

Empezaremos por decir que el poder Ejecutivo se compone por el Gobierno y por la Administración. A primera vista esta situación puede resultar confusa, ya que existe una concurrencia de competencias en la organización administrativa que en ciertas ocasiones impide saber si se trata de una función propia de la Administración o del Gobierno. Un ejemplo de ello son las labores a cargo de los ministros del Gobierno.

Para resolver dicha dicotomía debemos primero remitirnos a lo establecido en la norma constitucional. En el caso del Reino de España el Gobierno lo conforman el Presidente, los vicepresidentes, los ministros y los demás miembros que establece la ley (Art. 98.1 C.E). En Colombia *“El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos”* (Art. 115 C.C). El Gobierno tendrá a cargo la dirección política interior y exterior, así como la administración civil y militar. Todas las decisiones en estas materias deben ser adoptadas obligatoriamente por el colectivo de las personas que la Constitución tipifica que conforman el Gobierno<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho”, en AA.VV., *Manual de derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 521. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 58.

<sup>40</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 93.

<sup>41</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., “Gobierno y Administración”, en *Documentación Administrativa*, No 215, 1988, p. 74.

En vista de lo anterior el punto que genera mayor confusión es la naturaleza dual de los ministros y para el caso de Colombia se añaden los directores de los departamentos administrativos, quienes son parte del Gobierno y además son las cabezas de las distintas carteras o departamentos que conforman la Administración. En este contexto, GUEVARA QUINTANILLA concluye que el “*Gobierno dirige la política y la Administración la ejecuta, bajo la dirección del propio Gobierno, por lo que el Gobierno no sólo es el órgano de dirección política del Estado sino también el órgano superior de la Administración Pública*”<sup>42</sup>. Encontramos entonces la existencia de un vínculo estrecho entre la Administración y el Gobierno.

Pero bien, en este punto se hace necesario saber qué es la Administración. A nuestro modo de entender aquella se conforma por una serie de órganos jerárquicamente organizados que están al servicio de la comunidad a fin de satisfacer el interés general. Estos órganos son el brazo ejecutor del Gobierno y se le encomienda la ejecución de las políticas públicas dentro del marco legal.

Finalmente, se evidencia una permanente relación entre Gobierno y Administración que permitirá la satisfacción de las necesidades sociales. Su interrelación hace que se ejerza una función armónica a fin de cumplir los fines estatales. Además no se debe perder de vista que el Gobierno dirige la Administración Pública.

Vistos los aportes del Estado liberal de Derecho (sometimiento a la ley, garantía de los derechos y división de poderes o funciones del Estado para prevenir arbitrariedades), y como manifestamos al inicio de este capítulo, el modelo de Estado sufrió cambios que generaron el advenimiento del Estado social como nueva forma de suplir las

---

<sup>42</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena..., ob. cit.*, p. 22.



demandas que en ese entonces requirió la sociedad y para las cuales el modelo burgués fue insuficiente.

Dado lo anterior, analizaremos la crisis del Estado de Derecho liberal y su posterior transformación. En este aspecto, haremos especial énfasis en los cambios que se suscitaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

### **1.2.2 LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL Y SU TRANSFORMACIÓN.**

El modelo liberal de Derecho se caracterizó en palabras de GARCÍA-PELAYO por tener un Estado con una organización artificial, racional, vertical, con unos objetivos y valores que eran la garantía de la libertad, la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad. La racionalidad del Estado se expresa por medio de la ley que es abstracta y general, la división de poderes y en una organización burocrática de la Administración. La legitimidad del modelo liberal de Derecho se funda en el reconocimiento y la garantía de derechos y libertades, el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley y el control jurisdiccional de los actos. Por su parte la sociedad es dejada a su propio arbitrio en la determinación de mecanismos auto-regulatorios, con la mínima intervención estatal. Así las cosas, la sociedad se concibe como una ordenación dotada de racionalidad inmanente, que se expresa a través de leyes económicas y a diferencia de la estructura vertical del Estado se caracteriza por tener una estructura horizontal. El Estado al ser una organización racional no debe interferir o modificar el orden natural (sociedad), sino que debe limitarse a

asegurar unas condiciones mínimas para su funcionamiento, y a preservar las condiciones en el ejercicio de las libertades individuales<sup>43</sup>.

Las estructuras rígidas del modelo de Estado liberal se fueron tornando insuficientes para dar respuesta a las nuevas necesidades de la sociedad de finales del siglo XIX y principios del XX. Ante la irrupción del capitalismo la “armonía espontánea” sufrió serios cuestionamientos por las situaciones coyunturales que se dieron en el momento. En primer lugar se produjo una gran concentración de capital y de producción en monopolios financieros, que tuvo como consecuencia un gran desarrollo industrial. Al mismo tiempo se dio un empobrecimiento de la clase obrera y de los habitantes del campo<sup>44</sup>. El éxodo masivo a la urbe generó el crecimiento de las ciudades y de la mano de obra, lo que desencadenó el cambio de relaciones entre el individuo y el Estado, al variar de forma drástica las pretensiones y necesidades que debían ser satisfechas. En efecto, la crisis y la transformación del modelo de Estado liberal de Derecho al social fue la respuesta a la industrialización y a la democratización que se generó en aquella época<sup>45</sup>.

Así las cosas, el Estado tuvo que intervenir en el orden social y económico de la sociedad a través de políticas de carácter directo o indirecto, asegurando una estabilidad económica adecuada, el avance tecnológico y científico y la garantía de prestaciones sociales básicas, con el propósito de garantizar la correcta distribución del presupuesto

---

<sup>43</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p. 21- 22.

<sup>44</sup> FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Civitas, Madrid, 1975, p. 120 y 121.

<sup>45</sup> LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, p. 41. BALDASSARRE, A., voz “Diritti sociali”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989, p. 28 ss.

nacional y generar bienestar<sup>46</sup>. Debemos manifestar en este punto, adhiriéndonos a la posición estructurada por GARCÍA PELAYO, que la sociedad y el Estado dejan de ser sistemas autónomos e independientes y devienen en uno en el que comparten relaciones mutuas, por ende actúan conjuntamente en el desarrollo de un Estado<sup>47</sup>.

Pero dicha transformación no se dio de forma automática, por el contrario requirió un proceso largo. La primera etapa tuvo lugar en la legislación ordinaria. En este marco, debemos destacar como en esa época los Estados europeos se encontraban más industrializados y existían grandes desigualdades sociales. Por lo tanto, para contrarrestar esta situación se expidió en el último tercio del siglo XIX una serie de normatividad de alto contenido social<sup>48</sup>. Principalmente tenían por objeto proteger la posición del trabajador, dotándole de garantías como seguros de enfermedad, seguros contra accidentes laborales, un sistema de jubilación y la regulación de trabajos peligrosos<sup>49</sup>.

Frente a esta situación, en 1905 se realizó en Inglaterra una revisión de las leyes de pobres, que trataron la beneficencia pública.

---

<sup>46</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 23 y 27.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, p. 25.

<sup>48</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 40.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 40-42. En Alemania en 1884 se profirió una ley referida a los accidentes laborales, 1889 se instauró el sistema obligatorio de jubilación en este sentido “en Inglaterra *la Health and Moral Act to regulate the Labor Bound Children in Cotton Factories*, de 1802,...) seguida por leyes de 1819, 1833, 1842(mines act),1844,1864,1878, etc. Estableciendo condiciones de trabajo, horarios laborales, descanso semanal, etc.(...) En Alemania, entre 1883 y 1889, se dictaron...Ley de 15 de junio de 1883, que estableció seguro de enfermedad(...)Ley de 1884 sobre accidentes laborales(...) Ley de 1889 sistema obligatorio de jubilación(...) Posteriormente, en 1911, se dictaron otras normas en las que se estableció la jornada laboral máxima. (...) En España, el proceso de reformas sociales se inició tardíamente con la Ley de 24 de julio de 1873 relativa al trabajo de menores(...) Ley de 26 de julio de 1878 sobre trabajos peligrosos de niños, Ley de 13 de marzo de 1900 sobre trabajo de mujeres y niños, Decreto de 20 de junio de 1902 restringiendo la autonomía de las partes en el contrato de trabajo y Decreto de 3 de abril de 1919 estableciendo jornada de ocho horas.”

Dicha revisión dio lugar a un informe realizado por *The Royal Commission on Poor Laws and Relief of Distress*. Como resultado del mismo se propuso la derogación de las leyes de pobres británicas y su remplazo por un programa general de Seguridad Social, que se reflejó en la Ley 1911, denominada *National Insurance Act*.

Así, un segundo paso fundamental en la consolidación del Estado social viene dado por la seguridad social, resultado de la necesidad de que el Estado se implicara más en las necesidades sociales y económicas de la comunidad y no sólo diera soluciones puntuales a través de normas. A tal efecto, se hizo necesario repensar el modelo de Estado por un modelo con un carácter más social, que permitiera el ejercicio de una justicia social, es decir, un Estado material de Derecho<sup>50</sup>.

GARCÍA PELAYO considera que “...la lucha no es, por tanto contra el Estado, sino contra determinadas modalidades y contenidos del Estado”<sup>51</sup>. Agrega a su análisis como los movimientos sociales surgidos a finales del siglo XIX pretendían generar una concepción de un Estado fuerte y eficaz orientado al cumplimiento de prestaciones sociales y de esta manera ejercer plenamente sus derechos. En otras palabras, a los postulados del Estado liberal se les debe dotar de un contenido social y de unas garantías mínimas que permitan el ejercicio real y efectivo de los derechos<sup>52</sup>.

Posteriormente y como veremos más adelante la última etapa que robustece la idea del modelo social es la constitucionalización de

---

<sup>50</sup> VERDÚ, P., *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Graficas Yagües, Madrid, 1955, p. 80.

<sup>51</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 18 y 26.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 18 y 26.

este postulado. Principalmente podemos hacer referencia a la Constitución de Querétaro de 1917, a la de Weimar de 1919 y a la de la Segunda República de España de 1931.

### **1.2.3 HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO SOCIAL.**

Se puede hablar del Estado social cuando cobra carta de naturaleza en los textos constitucionales. Esto se dio en los primeros años del siglo XX. A nuestro modo de ver, es a partir de ese momento que existe la obligación permanente del Estado de forjar las condiciones necesarias en el desarrollo económico y social de los individuos.

Las primeras constituciones que establecieron principios del Estado social se expidieron primordialmente en México, Alemania y España, y son las que la doctrina nos recuerda como la constitucionalización del Estado social.

La Constitución de México de 1917 limitó el uso de la propiedad, basado en los poderes que se le conceden al Estado como la expropiación, justificándola en el interés público. Con todo vigor son reconocidas las prestaciones sociales como la salud (Art. 2 B. III), la igualdad material (Art. 2 B. V), la dirección de una activación económica por parte de las clases más desfavorecidas (Art. 2 B. X), la educación (Art. 3.), etcétera. Se puede decir entonces que la Constitución de 1917 introdujo una serie de derechos sociales mejoraron la existencia humana. Por lo tanto *“le corresponde al Estado como una de sus principales misiones (...) llevar a cabo las medidas que*

*aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo*<sup>53</sup>.

A su turno dos años después en Europa, particularmente en Alemania, se forjó la Constitución de Weimar, y al igual que la Constitución de México preceptuó postulados de contenido social. La doctrina considera que el cambio provino entre otras razones por la penosa situación que atravesaban los trabajadores, la inseguridad del trabajo y las oscilaciones económicas, lo cual condujo a poner en duda el régimen capitalista<sup>54</sup>. Esta situación dio pie a que surgieran ideales sociales y exigencias para el Estado, los cuales posteriormente se materializaron en la Constitución. Se debe decir también que la Constitución Española de 1931 consagró principios del Estado social, como el derecho al trabajo, derechos culturales, educación, limitación a la propiedad, entre otros<sup>55</sup>.

Desde esta perspectiva reformista, como lo reconoce la doctrina, la intención de las mencionadas constituciones era novedosa y avanzada, pero su aplicación resultó complicada, ello en tanto que las normas fueron consideradas programáticas y sin la fuerza necesaria que les permitiera ser aplicadas por parte de la comunidad<sup>56</sup>. Pero cabe indicar que estas inclusiones de carácter social en los textos

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>54</sup> HELLER, H., "El derecho constitucional de la República de Weimar: derechos y deberes fundamentales", en HELLER, H., *Escritos políticos*. Alianza, Madrid, 1985, p. 269-270.

<sup>55</sup> Luego de la Primera Guerra mundial, diferentes textos constitucionales incorporaron elementos de contenido social, ejemplo de ello: la Constitución de Polonia de 1921, la de Croacia de 1921, la de Rumanía de 1923, la de Grecia de 1927 y la española de 1931. De igual forma, y con posterioridad a la Segunda Guerra mundial encontramos constituciones como la francesa de 1946 y la italiana de 1947. CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p.57.

<sup>56</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 44 y 47. BENDA, E., "El estado social...", *ob. cit.*, p. 522. HELLER, H., *El derecho constitucional...*, *ob. cit.*, p. 271.

constitucionales fueron determinantes para la configuración del actual modelo de Estado.

Es necesario apuntar que el término Estado social de Derecho fue acuñado por HELLER<sup>57</sup>. De este estudio advertimos que el autor pretendió reivindicar el Estado de Derecho, del cual se aprovecharon los regímenes totalitarios, los cuales justificaron sus acciones atentatorias de la dignidad humana en el sometimiento al imperio de la ley. En esta medida, para evitar abusos se le dotó al modelo de un contenido social en aras de corregir las desigualdades propias del Estado liberal<sup>58</sup>, reiterando como el Estado social intenta luchar contra las desigualdades sociales<sup>59</sup>. El estudio del mencionado autor plantea una percepción interesante sobre la constitución, referido al intento de armonizar el Estado liberal con la nueva tendencia social<sup>60</sup>.

Tras la terminación de las Guerras Mundiales la Ley Fundamental de Bonn consagró la expresión Estado social de Derecho en su articulado. Sin embargo, la inclusión de un catálogo como tal de derechos sociales no se dio, por cuanto no se sabía con certeza si los

---

<sup>57</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 34. ABENDROTH, W., "Sobre el concepto de estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la RFA", en ABENDROTH, W., *Sociedad antagónica y democracia política: ensayos sobre sociología política*, Grijalbo, Barcelona, 1973, p. 268-269.

<sup>58</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p.32. "Los principios fundadores del orden socio-político definido por el liberalismo y la revolución burguesa (igualdad jurídica, libertad contractual, derecho de propiedad, derecho de herencia) crean una sociedad basada en la autodeterminación individual que, sobre la base del reconocimiento de la igualdad jurídica, generará el desenvolvimiento de la desigualdad <<natural>> de los individuos. Desigualdad que aparece legitimada por ser la expresión de la espontánea dinámica de la sociedad, en la que se inscribirá una nueva estructura social de poder, producto de la desigualdad social que se deriva de la libre apropiación de la riqueza."

<sup>59</sup> *Ibíd.* p. 34. *Cfr.* COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-426 de junio 24 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.. Sentencia C 1064 de octubre 10 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M., y CÓRDOBA TRIVIÑO, J.

<sup>60</sup> HELLER, H., *El derecho constitucional...*, *ob. cit.*, p. 272.

derechos sociales tenían la categoría de constitucionales en tanto que se dudaba de su eficacia jurídica.

Frente a la positivación del postulado social, se suscitó un debate en la doctrina alemana, respecto de las ventajas e inconvenientes de la naturaleza jurídica del Estado social como norma jurídica dentro del texto constitucional.

FORSTHOFF cuestionó los problemas de compatibilidad entre el Estado de Derecho y el Estado social, llegando a la conclusión de su incompatibilidad, por cuanto el modelo social sólo es efectivo en el ejercicio de la función legislativa y ejecutiva, por cuanto su contenido es programático. De otro lado afirmó que las garantías propias del Estado de Derecho no pueden extenderse a las garantías de los fines del Estado social. De esta manera se trata de un concepto que es absolutamente diferente del primero y no permite una formulación jurídica. Más aún, manifiesta que el Estado social no es susceptible de obtener una formalización jurídica, el mismo no puede generar derechos, obligaciones ni instituciones *per se*<sup>61</sup>.

Para el autor en mención no existe una fórmula de mediación o compromiso en la que se conciba una parte de Estado de Derecho y otra de Estado social<sup>62</sup>. En consecuencia optó por la opción a favor del Estado de Derecho teniendo en cuenta lo ordenado en la Constitución (Arts. 20 y 79)<sup>63</sup>. FORSTHOFF consideró que el Estado de Derecho tiene un alto grado de formalización. Así pues separa los elementos constitutivos del Estado, permitiendo la aplicación del mismo a las condiciones presentes. La formalización del Estado de Derecho se

---

<sup>61</sup> FORSTHOFF, E., "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1986, p. 93 y 97.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 80.

<sup>63</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 63.



manifiesta en la división de poderes, el concepto de la ley como norma abstracta, el principio de legalidad de la Administración, la garantía de los derechos fundamentales y en la independencia de los tribunales. De confluir estos elementos estima el autor que el Estado de Derecho es eficaz<sup>64</sup>.

Expone FORSTHOFF como las garantías en las constituciones democráticas son compatibles con las exigencias del modelo de Estado de Derecho, al ser límites al poder del Estado<sup>65</sup>. Asimismo considera que las garantías y los derechos fundamentales pueden configurarse de manera general y abstracta como pasa con las exigencias del Estado de Derecho. Sin embargo no es igual con aquellas garantías que no apartan al individuo del Estado, por el contrario lo vinculan y le confieren un derecho de participación. Estas garantías son propias de los derechos sociales<sup>66</sup>.

FORSTHOFF expresó que el Estado de Derecho instaaura límites al actuar del Estado a través de leyes generales y abstractas. De igual forma los derechos son de aplicación inmediata. El autor considera de otro lado que las máximas del Estado social se caracterizan por no ser de aplicación inmediata, siendo necesaria su regulación y teniendo en cuenta la determinación de su viabilidad y oportunidad de acuerdo al momento político. Finalmente concluye que dichas disposiciones constitucionales son de contenido programático y están dirigidas al

---

<sup>64</sup> FORSTHOFF, E., "Concepto y esencia ...", *ob. cit.*, p. 93. *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 80-83 y CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 64.

<sup>65</sup> LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 61 y CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 64.

<sup>66</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 64.

Legislador y al Ejecutivo<sup>67</sup>. Por lo tanto, son estos poderes los encargados de materializar los postulados del Estado social.

Como respuesta a la concepción de FORSTHOFF, existe la posición que defiende la juridicidad del Estado social y su compatibilidad con el Estado de Derecho en la Constitución. En este sentido ABENDROTH estimó respecto del modelo instaurado por la Ley Fundamental alemana que su positivación tiene como resultado su obligatoriedad, y no se trata de una norma sin consecuencias jurídico constitucionales<sup>68</sup>. Es más, vincula al poder Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial<sup>69</sup>, para que éstos sean los encargados de asegurar el desarrollo y el goce de los derechos<sup>70</sup>.

ABENDROTH asume que las cláusulas de Estado social y de Estado de Derecho son compatibles y complementarias entre sí. En consecuencia éstas devienen en los pilares del ordenamiento jurídico y del orden político<sup>71</sup>. Asimismo estimó que a partir de procedimientos democráticos y de los principios del Estado social de Derecho pueden confluir las distintas fuerzas sociales a fin de establecer un bienestar mínimo general que debe garantizar el Estado<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> FORSTHOFF, E., “Concepto y esencia...”, *ob. cit.*, p. 98-99 y 100-101 “La opción a favor del Estado social carece particularmente de un significado institucional. No afecta a las líneas estructurales de la Constitución de la República Federal. Esta sigue estando caracterizada plenamente con la noción de Estado de derecho. Estado de Derecho y Estado social no se fusionan, por lo tanto, en el plano constitucional. Es sólo cuando entran en relación Constitución, legislación y administración que se relacionan también Estado de Derecho y Estado social, y es aquí donde el Estado Social de Derecho encuentra justificación como una designación general que determina el tipo de Estado”.

<sup>68</sup> ABENDROTH, W., *Sobre el concepto de estado...*, *ob. cit.*, p. 266.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 268.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 267.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 266. Y LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>72</sup> ABENDROTH, W., *Sobre el concepto de estado...*, *ob. cit.*, p. 268-269.

Finalmente sostiene que el Estado es el idóneo para generar una justicia social. En el entendido que los diferentes grupos sociales pueden tener intereses contrapuestos, es allí donde el Estado debe intervenir<sup>73</sup>. También considera que el Estado es el responsable de asegurar a todos los individuos la protección de su libertad y sus derechos por medio de un procedimiento normado<sup>74</sup>.

Se debe agregar que la doctrina ha dado por superado el debate si el Estado social tiene un carácter programático o es una disposición de contenido vacío<sup>75</sup>. En consecuencia, se sostiene que el modelo de Estado social de Derecho está dotado de contenido y vincula a todos los poderes públicos<sup>76</sup>.

Es así como BENDA nos pone de manifiesto que el Tribunal Constitucional alemán toma la cláusula de Estado social como aquella en la cual el poder Legislativo tiene la habilitación constitucional de encargarse de generar un desarrollo y así de obtener un “orden social justo”<sup>77</sup>. El legislador tiene el deber imperativo de definir y de desarrollar dichos derechos para poder cumplir y alcanzar los fines constitucionales, por cuanto los derechos sociales requieren un desarrollo a través de la ley ya que su contenido no es concreto<sup>78</sup>. Creemos que dicho orden no sólo es competencia del Legislativo, también el Ejecutivo debe materializar las disposiciones generales y

---

<sup>73</sup> ABENDROTH, W., Sobre el concepto de estado..., *ob. cit.*, p.280, 289 y CARMONA CUENCA, E., *ob. cit.*, p. 68.

<sup>74</sup> ABENDROTH, W., *Sobre el concepto de estado...*, *ob. cit.*, p. 284.

<sup>75</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho...”, *ob. cit.*, p. 535. y CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, *ob. cit.*, p. 76

<sup>76</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho...”, *ob. cit.*, p. 521, 524-526, 533.

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 524-525.

<sup>78</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-426 de junio 24 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C 566 de noviembre 30 de 1995, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia SU 111 de marzo 6 de 1997, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C 1064 de octubre 10 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M., y CÓRDOBA TRIVIÑO, J. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 53/1985, de abril 11, M.P. BEGUÉ CANTÓN, G. y GÓMEZ FERRER MORANT, R.

abstractas emanadas del Parlamento a fin de materializar los cometidos propuestos en el Estado social<sup>79</sup>.

Luego de expuesta la relación entre el Estado social y el Estado de Derecho, es importante manifestar que para la consolidación del modelo del Estado social se tuvo en cuenta la insuficiencia del modelo de Estado liberal de Derecho, deviniendo los derechos en meras declaraciones formales, las cuales no tenían un sustento adecuado en la comunidad en general<sup>80</sup>. Por consiguiente bajo el concepto de procura existencial se forjaron una serie de obligaciones a cargo del Estado a favor de las personas, que posteriormente se convirtieron en derechos con un *“ingrediente igualitario, redistribuidor de la riqueza y posibilitador de la participación efectiva de los ciudadanos en el proceso social político”*<sup>81</sup>.

En este sentido GARCÍA-PELAYO plantea que *“El estado social de Derecho acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de acuerdo con el sentido que han ido tomando a través del curso histórico y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente. Además, a tales derechos clásicos añade los derechos sociales y económicos y en general de los derivados de la procura existencial”*<sup>82</sup>.

Así las cosas, surge un concepto nuevo, la igualdad material como elemento determinante para este tipo de modelo. Éste pretende igualar a los individuos, no sólo desde un punto de vista formal, sino que también estas normas deberán ser materializadas,

---

<sup>79</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho” *ob. cit.*, p. 556.

<sup>80</sup> BUSTOS BOTTAI, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2014, p. 38.

<sup>81</sup> OSUNA PATIÑO, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 17.

<sup>82</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p. 56.

proporcionándole a la persona los medios para que ejerza plenamente todas las garantías y derechos que requiera, y de esta forma llevar una vida adecuada.

Sobre el particular, vale la pena recordar que GARCÍA-PELAYO estima que la procura existencial materializada en prestaciones sociales no se limita a favorecer las clases sociales más desfavorecidas. Por el contrario la misma se aplica a la generalidad de los ciudadanos de acuerdo con sus necesidades y condiciones de vida, permitiendo reafirmar el carácter proteccionista e intervencionista del modelo social<sup>83</sup>.

PECES-BARBA MARTÍNEZ determina que los derechos sociales merecen un papel activo por parte del Estado, y de los ciudadanos por medio de la reclamación de sus garantías<sup>84</sup>. Bajo este esquema, plantea que a la concepción de Estado se le agrega una *“función promocional, que se añade a la garantizadora del Estado liberal, pero sobre todo, se confirma esa idea, que ya aparece en el papel del Estado como imprescindible para el reconocimiento y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Sin Estado no se puede salir de la situación que se describe”*<sup>85</sup>.

En efecto, para que el Estado ejerza este tipo de prestaciones, deberá implementar mecanismos de intervención económica, aplicando su capacidad de dirección en una economía planificada, con el fin de evitar una crisis que afecte a la comunidad. Conjuntamente tiene que implementar otro tipo de políticas, como por ejemplo la promoción de la

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>84</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en AA.VV. (Dir. MARINO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C.) *Política social internacional y europea*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 1996, p. 34.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 42.

investigación y el desarrollo científico, con el objeto de obtener mejores oportunidades de producción nacional. Finalmente, el Estado regulará las condiciones del mercado evitando fallos que perjudiquen la economía del país<sup>86</sup>.

Al mismo tiempo al Estado le corresponde preguntarse cómo va a garantizar la oportuna y permanente prestación de los servicios, los cuales son determinantes para su procura existencial. En estos términos, encontramos que a través de la potestad fiscal, cuyo titular es el Estado, le permite reactivar determinados sectores de la economía (por ejemplo mediante los incentivos tributarios) y en consecuencia lograr los objetivos trazados.

En estas condiciones, pretendemos mostrar que el Estado es un actor fundamental en la economía y en las políticas públicas, y que cuenta con un campo fértil para satisfacer y desarrollar los postulados del Estado social. Justamente podemos decir que el Estado social se concretiza en la garantía de los derechos sociales, intervención económica y social del Estado, igualdad material y reinterpretación de los derechos civiles.

Posteriormente, en la década de los setenta del siglo XX el Estado y la doctrina se percataron de que el modelo de intervención excesiva no era viable, es decir, éste pretendió suplir todas las necesidades y peticiones que la sociedad y los individuos exigían, para lo que los recursos económicos eran limitados, motivo por el cual fue imposible seguir garantizando el nivel de satisfacción de demandas

---

<sup>86</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 72-73.

sociales<sup>87</sup>. Por cuanto el presupuesto público resultaba escaso al existir tal volumen de gasto publico.

En este sentido, parte de la literatura jurídica considera que lo ocurrido en los años setenta no fue una crisis. Por el contrario, acaeció una readecuación del Estado, que se acopló a la nueva concepción del capitalismo<sup>88</sup>. Al respecto, DE CABO MARTÍN estima que más que una crisis existió una transformación del Estado social, es así como expone que *“la interrelación entre el Estado y procesos de acumulación ha hecho tan interdependientes a ambos que los cambios internos al proceso de acumulación han determinado inmediatamente cambios en el Estado, cambios que suponen la transformación del Estado Social”*<sup>89</sup>.

Es decir, el Estado impidió el crecimiento económico “privado”, ello teniendo en cuenta sus excesivos gastos para cubrir las demandas sociales a lo cual el mismo resultó insostenible y disfuncional para ese momento. En este sentido DE CABO MARTÍN sostiene que *“la articulación que entre ambos términos implica la configuración del Estado Social, es naturalmente, histórica, es decir, sólo fue funcional al proceso económico en el anterior período de crecimiento, pero al estallar la crisis, aquella articulación muestra su verdadera naturaleza en cuanto que el Estado social no sólo se revela como disfuncional sino que su transformación es en buena medida la desaparición del Estado social ...”*<sup>90</sup>.

Consideramos que este modelo de Estado mereció un replanteamiento, por cuanto el mismo incurrió en una profunda crisis fiscal y un crecimiento acelerado del aparato burocrático estatal que

---

<sup>87</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p.81.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>89</sup> DE CABO MARTÍN. C., *La crisis del Estado social*. PPU, Barcelona, 1986, p. 41.

<sup>90</sup> *Ibíd.*, p. 41.

devino en la ineficiente y lenta solución de las demandas sociales y del mercado<sup>91</sup>. Bien manifiesta ARIÑO ORTIZ, aquél entró en una quiebra económica, en el sentido de que cada vez era más difícil pagar sus compromisos<sup>92</sup>. Lo anterior no quiere decir que esta situación fuera óbice para volver a la concepción liberal de un Estado mínimo. Por el contrario, el Estado comprendió la importancia de la sociedad en la realización de los fines institucionales, debiendo garantizar el interés general por medio de la intervención administrativa<sup>93</sup>. El Estado fue consciente de que los niveles de bienestar eran alcanzables devolviendo la posibilidad de prestación de bienes y servicios por parte de los particulares o de manera mixta<sup>94</sup>.

#### 1.2.4 EL ESTADO DEMOCRÁTICO.

La aparición del Estado Democrático se dio de forma paulatina y algo tímida. A finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX era un tema tomado de forma tangencial. Al estudiar la historia, y particularmente la de Francia, encontramos que una primera manifestación surgió de la disputa frente a la aplicación de la soberanía popular o la soberanía nacional. La primera se refiere a que la soberanía reside en el pueblo. La segunda se personifica en el Parlamento, al ser la Nación un concepto abstracto. Posteriormente en el país galo se decantaron por adoptar la teoría de la soberanía nacional. Resultado de ello es que la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 estableció en su artículo tercero que la soberanía reside en la Nación.

---

<sup>91</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 533 de septiembre 23 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.

<sup>92</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 2001, p. 103.

<sup>93</sup> COTARELO GARCÍA, R., *Del Estado de Bienestar al Estado de malestar*. CEC, Madrid, 1990, p. 13.

<sup>94</sup> ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de derecho ...*, ob. cit., p. 105- 108.



Una segunda etapa en la democracia se puede hallar propiamente en el modelo liberal de Derecho. El Parlamento cobró gran protagonismo, al ser la ley y su sometimiento a ella, parte determinante en la concepción del modelo decimonónico. En este punto podemos ver claramente la manifestación de la democracia indirecta o representativa.

Posteriormente, y siguiendo con el recorrido, evidenciamos ya en el siglo XX la democracia directa e indirecta. Sobre la primera expone GARRONERA MORALES que se desarrolló a partir de la democracia participativa, a través de la promoción del sufragio universal y de la conformación de partidos <sup>95</sup>. Pese a haberse establecido un ordenamiento en el Estado, surgió la necesidad de crear un proceso de convicción al interior de éste, con el propósito de generar adhesión<sup>96</sup>. Dicho proceso lo podemos denominar legitimación, y se genera por la existencia de procesos democráticos como las elecciones. Sin embargo, a medida que el Estado fue creciendo y en particular la Administración, los individuos demandaban cada vez más conocer de los asuntos públicos, fue así como se crearon los mecanismos participativos directos que tuviesen en cuenta a la sociedad. Hoy podemos hablar del referéndum, de la iniciativa legislativa popular, o de la necesidad de rendir públicamente cuentas, para que la sociedad forme parte de las decisiones públicas.

En la actual concepción del Estado social y democrático de Derecho es difícil imaginar una sociedad que se encuentre al margen de los procesos que se generan al interior del Estado<sup>97</sup>, por los cuales se

---

<sup>95</sup> GARRONERA MORALES, A., *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 60-62.

<sup>96</sup> PÉREZ DÍAZ, V., *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993, p. 70.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estado, sociedad civil y democracia*, accesible por internet en la dirección: <http://orff.uc3m.es/> (con último acceso 13 de abril de 2014), p.118.

pretende alcanzar los anhelos constitucionales. Observamos como una forma de poder limitar el poder Estatal es la democracia, como mecanismo que permite hacer parte de la toma de decisiones que afectan a la comunidad<sup>98</sup>. Por medio del control ejercido por la sociedad permite que el Estado actúe influido por la colectividad<sup>99</sup>.

Lo anterior no debe llevar a la confusión de tergiversar el postulado democrático. GARCÍA-PELAYO pone de ejemplo el nacionalsocialismo que ascendió al poder por medios democráticos y posteriormente los eliminó<sup>100</sup>.

En la misma dirección y refiriéndose a este tipo de situaciones DUNLOP LINDSAY afirmó que *“sin darse cuenta del poder que tiene las masas o muchedumbres; o sin ver que, si prevalecen esas fuerzas, la democracia de masas tiene que producir, como ha producido en tanto países, el totalitarismo. Este es el mayor de los peligros con que se enfrenta la democracia”*<sup>101</sup>.

De este modo, encontramos que las decisiones que toma la mayoría tienen que someterse a *“los valores jurídicos estimados por la*

---

<sup>98</sup> En esta línea VERDÚ, P., *Estado de derecho y...*, ob. cit., p. 9. El autor manifiesta en lo referente a los inicios de la democracia y a los procesos de la concepción de Estado de Derecho, como aquél bajo el cual está regulado por una normatividad específica, y en el cual la democracia es importante, en lo referente a aquella y sus primeras manifestaciones vemos que fue en Atenas, el proceso que en su época permitió el establecimiento de normas que regulaban el proceder de este territorio. Cfr. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 36/2003, de febrero 25, M.P. GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. “Se trata -hemos afirmado en nuestra STC 51/1984, de 25 de abril- del derecho fundamental, en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el art. 1 y es la forma de ejercitar la soberanía que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español”. ABENDROTH, W., *El Estado de derecho democrático...*, ob. cit., p. 30.

<sup>99</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 747 de diciembre 2 de 1998, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.

<sup>100</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p.47.

<sup>101</sup> LINDSAY, A., *El Estado democrático moderno*, Centro de cultura económica, México, 1945, p. 401.

*conciencia social*” y deben someterse a los postulados constitucionales<sup>102</sup>.

De lo visto anteriormente observamos que la democracia al interior de un Estado permite dar legitimidad a la actuación del Estado, al estar respaldada por procesos democráticos que atienden la voluntad de la ciudadanía. De otro lado la democracia es un control que limita la actuación del Estado. Por cuanto las normas consagradas constitucionalmente le otorgan a los ciudadanos herramientas, con las cuales pueden hacer que los poderes públicos se ajusten a los mandatos constitucionales, un ejemplo de ello es la rendición de cuentas.

Para finalizar el postulado democrático indicaremos que en la actualidad aparte de tener la democracia directa e indirecta, y ante la crisis del modelo representativo hay quienes hablan de la democracia deliberativa como una nueva forma en la toma de decisiones<sup>103</sup>.

Visto los tres modelos de Estado de manera independiente, se hace necesario analizar cómo en la actualidad estos tres postulados que hacen parte de nuestra forma de Estado, a la vez se armonizan y dan lugar a lo que conocemos como el Estado social y democrático de Derecho.

### **1.2.5 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

---

<sup>102</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p.100.

<sup>103</sup> Respecto de la defensa de la democracia deliberativa Vid. NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

En la actualidad, muchos de los llamados Estados occidentales<sup>104</sup> se proclaman como sociales y democráticos de Derecho<sup>105</sup>. Dicha concepción no es una muletilla o forma pomposa de iniciar un texto constitucional<sup>106</sup>. *Contrario sensu* implica para esta clase de Estados una serie de parámetros a los que deben ceñirse, y serán éstos los que marquen y determinen las relaciones entre el Estado y la sociedad<sup>107</sup>.

La positivación del modelo de Estado social y democrático de Derecho tuvo sus orígenes en la Ley Fundamental alemana de 1949. En sus artículos 20 y 28 preceptúa que la República Federal de Alemania es un Estado social y democrático de Derecho. Es ineludible suponer que este esquema constitucional fue pilar de inspiración para que otros países consagraran el modelo de Estado al interior de sus Constituciones.

De acuerdo a lo estudiado hasta ahora, la doctrina se percata que en principio la denominación del modelo de Estado social y democrático de Derecho puede ser contradictoria, si se toma cada uno de sus componentes como elementos aislados. Los mismos pueden generar tensiones entre sí, ejemplo de ello, el Estado Social con su política intervencionista, y el Estado de Derecho en su concepción clásica como

---

<sup>104</sup> Entre otras constituciones Alemania, España, Francia, Colombia, República Dominicana, Venezuela, Nicaragua, Portugal, entre otros. CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p.79.

<sup>105</sup> ABENDROTH, W., *“El Estado de derecho democrático...”*, ob. cit., p.15. “La fórmula del <<Estado democrático y social>>, tiene si propia historia. Apareció por primera vez en la Revolución de París de 1848, en aquel compromiso concertado entre los pequeños partidos demoliberales y las primeras asociaciones del movimiento obrero francés de ese período. La fórmula <<Estado de Derecho democrático y social>>, tal y como entonces apareció en las publicaciones de Louis Blanc, tenía un contenido concreto. Iba referida al derecho al trabajo que entonces fue configurado como un derecho fundamental.”

<sup>106</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T 406 de junio 5 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 98/2004, de mayo 25, M.P. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.

<sup>107</sup> PAREJO ALFONSO, L., “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p.30.

un órgano estático que se debe limitar a mantener las condiciones ambientales para que los ciudadanos ejerzan sus libertades, y el mercado se desarrolle independientemente. Sin embargo GARCÍA-PELAYO nos aclara el problema cuando manifiesta que este modelo no puede entenderse como “una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos en una totalidad”<sup>108</sup>. Manifiesta el autor español que estos tres postulados son la esencia de la constitución y son la génesis del resto de los preceptos constitucionales, es por ello que la cláusula de Estado social y Democrático de Derecho tiene un carácter “acuñador, generador, germinal o troncal de otras normas de la Constitución”<sup>109</sup>. Entonces “el objetivo social, la concepción ascendente o democrática del poder y la sumisión de ambos términos a la disciplina del Derecho” son una totalidad<sup>110</sup>. Cada uno de los principios de la cláusula están estrechamente vinculados con el resto a través de relaciones que establecen límites en su desarrollo, pero también amplían las posibilidades en su realización<sup>111</sup>.

A través del Estado de Derecho se protegen los derechos consagrados en un cuerpo normativo. Derechos que no deben existir únicamente de manera formal, sino también en una versión material, siendo ésta la manera más idónea y justa de gozar efectivamente de ellos<sup>112</sup>. Además de lo anterior según GARCÍA-PELAYO el Estado de Derecho encuentra sus límites y su orientación en los valores sociales y

---

<sup>108</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 96.

<sup>109</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>110</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>111</sup> *Ibíd.*, p. 103.

<sup>112</sup> VERDÚ, P, *Estado de derecho y...*, ob. cit., p.13.

democráticos, que hacen que el Estado no devenga en un simple estado legal que se puede parangonar con formas autoritarias<sup>113</sup>.

Siguiendo con la exposición, el Estado democrático conjuga la democracia del liberalismo con la democracia social. GARCÍA-PELAYO piensa que una forma de controlar las decisiones democráticas es su articulación con el Estado de Derecho, lo que significa que las decisiones de la mayoría están sometidas al ordenamiento jurídico. En consecuencia, la mayoría no posee un poder ilimitado ni sobre el Estado, ni en el seno del Estado, es decir, debe actuar dentro de los límites constitucionales. Entonces los procesos democráticos deben adaptarse a los procedimientos establecidos en las normas jurídicas. Finalmente agrega el autor que las decisiones tomadas en el Parlamento no son *eo ipso* justas, ni constitucionales. Por ello existe la posibilidad de verificar su validez ante la jurisdicción constitucional<sup>114</sup>.

En síntesis, es importante destacar como la participación en el modelo de Estado actual se convierte en un elemento fundamental para el logro de los postulados constitucionales. Tendrá mayor efectividad si va acompañado por la publicidad que debe garantizar permanentemente el Estado<sup>115</sup>, para que los ciudadanos intervengan oportunamente en la toma de decisiones. Sin embargo, la participación no debe desnaturalizar el ordenamiento, en el sentido de que ésta debe someterse al Derecho.

Finalmente, considera GARCÍA-PELAYO que el postulado social debe desarrollarse por medios democráticos siempre sometidos al

---

<sup>113</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p. 98-99 y 103-104.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, p. 100-101.

<sup>115</sup> BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de la cultura económica, México, 1986 p.67.

Derecho. Pero no se debe perder de vista que el principio democrático es la garantía de que los derechos sociales sean atendidos por las leyes y las políticas del gobierno. El vínculo con el Estado de Derecho permite la materialización ordenada de los valores sociales y evita el acaecimiento de hechos arbitrarios por parte de los poderes públicos<sup>116</sup>.

Además, el principio de la procura existencial se impone como un parámetro en el quehacer público. El Estado debe brindar una satisfacción progresiva y general de las demandas sociales<sup>117</sup>. Para BENDA el Estado es el encargado de “*salvaguardar los valores constitucionales*” y debe proteger los intereses sociales e individuales<sup>118</sup>. Sobre el particular, compartimos esta concepción puesto que la defensa de los intereses generales frente a los intereses de los grupos, es una de las labores más importantes del Estado, dentro de un modelo actual. Esta posición la basa el autor en que la cláusula social y democrática de Derecho refiere expresamente que los poderes estatales están obligados a la guarda del interés común, deviniendo el Estado en el custodio de dicho interés. Así y con esta investidura puede arbitrar e intervenir en caso de presentarse una colisión de intereses<sup>119</sup>. Bajo este

---

<sup>116</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, *ob. cit.*, p. 103.

<sup>117</sup> PISARELLO PRADOS, G., “Del Estado social legislativo al estado social constitucional”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho. No 15, de 2001*, p. 95.

<sup>118</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho...”, *ob. cit.*, p. 540. “Pero el Estado social que no puede por menos de tener en cuenta la realidad no debe reducir su consideración al comportamiento de los individuos. Sin duda el individuo puede llegar a poseer considerable poder. Ordinariamente, sin embargo, suele tener mayor peso el poder social que se forma en las grandes organizaciones, que se caracterizan por un gran número de afiliados, intereses y creencias comunes y una actividad dirigida a la realización de sus metas. Cuando se enfrentan asociaciones de tan heterogéneos intereses, sería cándido continuar hablando de la certeza de una armonía de los intereses orientada al bien común.”

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 540, 545 y 559. “El Estado social debe esforzarse por la compensación de todos los intereses en juego. También derechos subjetivos de naturaleza jurídico-fundamental pueden colidir entre sí. En tal supuesto habrá que buscar un camino para conciliar la diversidad de intereses. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental afecta a otro, habrá que decidir cuál de ellos, en términos generales o en el caso concreto de que se trate, tiene prioridad.”

contexto, es evidente como el Estado y en particular el poder Ejecutivo están revestidos de amplios poderes para garantizar el interés general, que repercute en el bienestar del individuo.

Resulta así un hecho indiscutible que en este modelo de Estado social y democrático de Derecho la persona se considera como su pilar, fin, y esencia, razón suficiente para que el individuo sea determinante en su sistema jurídico. De otra parte, al convertirse en una de sus principales finalidades, el Estado debe garantizar su bienestar. En tal medida son las instituciones públicas una herramienta para que se asegure la dignidad de la persona y los derechos y las libertades que se establecen en la Carta Magna<sup>120</sup>.

Si bien es de trascendental importancia la vinculación social referida a la obligación del Estado de prestar ayuda en las situaciones de necesidad social<sup>121</sup>, no será el único que satisfaga las demandas sociales. Por el contrario, la comunidad o el sector privado pueden contribuir a su consecución<sup>122</sup>, en tal caso estaríamos podíamos hablar de la participación al interior de las instituciones administrativas, a través de las organizaciones sindicales, empresas o partidos políticos, entre otros, de manera que esta interacción permite mantener identificadas las necesidades sociales a fin de que el modelo de Estado sea eficaz.

---

<sup>120</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 561 de octubre 20 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T401 de junio 3 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C 479 de agosto 13 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A., y HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia SU 086 de febrero 17 de 1999 M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia T 321 de mayo 10 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.

<sup>121</sup> CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 74

<sup>122</sup> BENDA, E., "El estado social de derecho...", ob. cit., p. 521 y CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho...*, ob. cit., p. 552.



### 1.2.6 EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

El Estado ha adaptado su modelo a lo largo de la historia a las transformaciones de la sociedad. Es así como no resulta extraño que los procesos constitucionales de España (1978) y de Colombia (1991) hayan sido fruto de la necesidad de cambio que merecía el modelo de Estado. Incluso fue a partir de la intervención y el consenso de la sociedad como surgieron los textos constitucionales que positivaron la cláusula de Estado social y democrático de Derecho.

En cuanto a la Constitución de España de 1978, obedeció al fin de un gobierno dictatorial y a la conciliación de los diferentes extremos sociales. Sobre el particular, PÉREZ DÍAZ manifiesta que esta Constitución representa un acercamiento entre la derecha y la izquierda; entre la religión y quienes están en contra de ella; entre el capitalismo y los movimientos sociales<sup>123</sup>. Aparte, permitió armonizar los diferentes poderes e influencias coyunturales del momento<sup>124</sup>, luego de una época en que la censura y el radicalismo fueron marcados. De este modo se puede inferir que para obtener la actual concepción de Estado fue necesario que se involucraran todas las facciones de la sociedad, fundamentando su objetivo en lograr una cohesión social. Incluso se dejó un claro panorama de garantías constitucionales y legales para toda la comunidad.

En el caso del proceso constitucional colombiano, a mediados de 1991 se promulgó la nueva Constitución, en remplazo de la Constitución de 1886, la cual se consideró obsoleta y urgía la necesidad

---

<sup>123</sup> PÉREZ DÍAZ, V., *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993, p. 37.

<sup>124</sup> *Ibíd*, p. 58.

de cambiarla para garantizar la paz, ya que en ese momento el país estaba convulsionado por la violencia generada por grupos ilegales alzados en armas y por narcotraficantes. Este cambio lo forjó un movimiento estudiantil denominado “Todavía podemos salvar a Colombia”, que creó la propuesta de la “Séptima Papeleta” y pretendía convocar a una Asamblea Nacional Constituyente para modificar la Constitución existente. A tal efecto, se requirió hacer una consulta popular y se aprovecharon las elecciones presidenciales que se realizaron en mayo de 1990, como resultado fue aprobada dicha consulta. Con la conformación de esta Asamblea Constituyente se dio inicio al acercamiento de distintos grupos, entre ellos el desmovilizado grupo guerrillero M-19, los movimientos indígenas y constituyentes de diversas vertientes políticas. Sobre este desarrollo, existen opiniones en el sentido de que dicho proceso no tuvo en cuenta las minorías, por tal razón aquél no obedeció a un consenso<sup>125</sup>. Al respecto, dicho proceso fue participativo en el entendido que los constituyentes los eligió el mismo pueblo, y participaron diferentes grupos como lo anotamos anteriormente.

Partiendo de estas experiencias encontramos como entre las circunstancias generadoras de los procesos constitucionales, los mismos no fueron resultado del capricho del Estado de reformar la Carta Magna, más bien fueron producto de fenómenos sociales que deseaban el establecimiento de una nueva normatividad constitucional. Estos procesos permitieron en su momento el replanteamiento de las estructuras estatales teniendo como punto cardinal el concepto de persona como fin del Estado.

---

<sup>125</sup> MEJÍA QUINTANA, O., “A dos décadas de la Constitución de 1991”, en *Araucaria Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, año 15, No 29, 2013. P. 99-116.

Estamos de acuerdo con BENDA, cuando afirma que la Constitución desde su origen tiene una función social, ello en el entendido que intenta integrar y acoplar los diferentes valores provenientes de los grupos que integran una sociedad. Es así como creemos que los valores fundamentales tienen como soporte un carácter reconciliatorio entre la sociedad<sup>126</sup>. Bajo el marco de este consenso y de los diferentes procesos históricos, la República de Colombia (en adelante Colombia) y el Reino de España (en adelante España) preceptuaron que se conformaban bajo el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

#### **1.2.6.1 La positivación del modelo del Estado social y democrático de Derecho en España.**

Respecto a la positivación del modelo de Estado actual en la Constitución de 1978, es pertinente apuntar que tuvo su inspiración en la Ley Fundamental alemana de 1949, particularmente en lo preceptuado en su artículo 20.1 que establece “*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*”.

La Constitución del Reino de España establece en su artículo 1.1, que “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*”. Esta expresión para el Tribunal Constitucional requiere “... *determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental*”<sup>127</sup>. Así las cosas, y a fin de entender los tres postulados que constituyen el modelo de Estado, veremos sus manifestaciones en la Carta Magna del país ibérico.

---

<sup>126</sup> BENDA, E., “El estado social de derecho..., *ob. cit.*, p. 530.

<sup>127</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 18/1981, de junio 8, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

### 1.2.6.1.1 El Estado de Derecho.

El actual Estado social y democrático de Derecho ha sido influenciado por la concepción clásica del Estado liberal de Derecho, y se armoniza con la condición social<sup>128</sup> y democrática, encontrando como fin la efectiva garantía y ejercicio de los derechos fundamentales<sup>129</sup>.

*i) Principio de legalidad.* El ordenamiento constitucional español establece en su artículo 9.1 que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Este apartado constitucional define el principio de legalidad al interior del Estado español, por lo que deviene como un mandato inequívoco de obligatorio cumplimiento<sup>130</sup>.

El sometimiento a la ley se impone a todos los poderes públicos y a los particulares<sup>131</sup>, para de esta forma generar seguridad jurídica<sup>132</sup>. Por otro lado el ciudadano puede a partir de este principio prever el efecto de sus acciones frente al Estado, y conocer los instrumentos con que cuenta para defenderse<sup>133</sup>. En esta medida las instituciones inspiran confianza y credibilidad.

---

<sup>128</sup> BENDA, E., "El estado social de derecho" *ob. cit.*, p. 488-490.

<sup>129</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-426 de junio 24 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia T - 271 de junio 23 de 1995, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia C-521 de septiembre 23 de 1998, M.P. BARRERA CARBONELL, A. Sentencia T- 029 de enero 19 de 2001, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-190 de marzo 18 de 2010, M.P. PALACIO PALACIO, J.

<sup>130</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 25/1981, de julio 14, M.P. TRUYOL SIERRA, A. Sentencia 80/1982, de diciembre 20, M.P. TOMÁS Y VALIENTE, F., Sentencia 171/1989, de octubre 19, M.P. GARCÍA MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL, F., Sentencia 245/1991, de diciembre 16, M.P. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BREVO Y FERRER, M.

<sup>131</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 171/1989, de octubre 19, M.P. GARCÍA MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL, F.

<sup>132</sup> BENDA, E., "El estado social de derecho...", *ob. cit.*, p. 493.

<sup>133</sup> *Ibíd.*, p. 502

Así, la seguridad jurídica, la garantía de los derechos fundamentales de la persona y el acatamiento de los principios de la actuación estatal son “*consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de Derecho*”<sup>134</sup>, que junto con la justicia social orientan el ejercicio de la actividad estatal, con el fin de dotarle de la relevancia propia que caracteriza los derechos y las libertades consagradas en el Título primero de la Constitución Española. El artículo 53.1 nos recuerda el respeto que deben tener todos los poderes públicos a los derechos fundamentales de la persona, los cuales sólo pueden ser regulados por medio de la ley.

Siguiendo con el análisis y aparte del sometimiento general que impone la Constitución, observamos que el artículo 9.3 establece también una serie de garantías como 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, que permiten por ejemplo en materia penal establecer una serie de garantías a la persona dentro del proceso.

Resulta particularmente interesante la “*interdicción de la arbitrariedad*” que se demanda a los poderes públicos<sup>135</sup>. Esto es el respeto por la ley, que a propósito es una garantía de los principios de igualdad, justicia y seguridad jurídica que blindan al ciudadano de los posibles abusos del Estado. Por esta razón los poderes públicos están obligados a salvaguardar los postulados constitucionales, la esencia del

---

<sup>134</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 449 de julio 9 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.

<sup>135</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 50/1995, de febrero 23, M.P. DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE, R.

régimen constitucional<sup>136</sup>. Aunado a lo anterior, existen postulados que demandan la protección de los derechos de las personas (art. 24 y 106 C.E). Éstos se traducirán en acciones judiciales que reivindicán o indemnizan los derechos en caso de ser lesionados<sup>137</sup>.

De otro lado los artículos 97 y 103 C.E. vinculan a la Administración Pública y al Gobierno con la defensa y la obediencia a la Constitución<sup>138</sup>. Es así como de manera especial la Carta española establece el sometimiento al principio de legalidad en la organización administrativa. Por lo tanto, su actuar deberá estar caracterizado por el sometimiento a la ley.

En efecto, si bien existe la legalidad, propia del modelo liberal, no debemos olvidar que debe humanizarse, es decir, encontrarse en conexión estrecha con la garantía de los derechos de las personas. En este sentido los poderes públicos deben intervenir, para que permitan que todos los postulados constitucionales se ejerzan real y efectivamente. Es por ello que el Estado aparte de respetar la ley de manera formal, debe precisar qué necesidades padece la comunidad, para de esta manera garantizar la procura existencial, que tiene como colofón el ejercicio de una vida digna.

*ii) La separación de poderes. Especial referencia al modelo parlamentario.* El sistema de gobierno español, contrario al presidencial de Colombia, se caracteriza por ser una monarquía parlamentaria. Esta diferencia repercute, fundamentalmente en la

---

<sup>136</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 34/1986, de febrero 21, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

<sup>137</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 197/1988, de octubre 24, M.P. DÍAZ EMIL, E. Sentencia 107/1992, de julio 1, M.P. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BREVO Y FERRER, M. Sentencia 34/1993, de febrero 8, M.P. GIMENO SENDRA, J.

<sup>138</sup> BENDA, E., "El estado social de derecho...", *ob. cit.*, p. 496.

forma que el Estado trata sus asuntos públicos. Además difiere en las formas de elección de los representantes y en las funciones que éstos detentan. Por este motivo se hace necesario hacer alusión al sistema de gobierno en España. Con posterioridad estudiaremos el caso Colombiano.

La idea de separación de poderes en España parte del artículo 1.3 constitucional, donde se establece que la forma o sistema de gobierno es una monarquía parlamentaria. Significa lo anterior que el Parlamento cobra especial relevancia al ser el eje y el motor de toda la actividad política y jurídica. De forma paralela existe un jefe de Estado que es un monarca (Art. 56 C.E), el cual no constituye un poder *per se*. La corona es un órgano al cual se le dedica el Título II. El Jefe de Estado, como manifiesta NARANJO MESA, “*Encarna y representa a la Nación y ocupa la más alta jerarquía dentro del Estado*”<sup>139</sup>. Sus funciones consisten en sancionar las leyes, convocar y disolver las Cortes Generales, convocar a referéndum, proponer candidato a Presidente del Gobierno, nombrar miembros del Gobierno, ejercer el mando de las fuerzas militares, otorgar indultos, representar al Estado, entre otras (art 56 y 62 C.E).

Siguiendo con el estudio existe una división tripartita de poderes a los cuales la Constitución le dedica a cada uno de ellos un apartado, a saber: el poder Legislativo (Título III), el Ejecutivo (Título IV) y el Judicial (Título VI).

Para entender el sistema español abordaremos la estrecha relación de cooperación y colaboración entre el Ejecutivo y el Legislativo. En virtud de lo anterior para que el Presidente o Jefe de

---

<sup>139</sup> NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 2006, p. 315.

Gobierno sea investido, se requiere en primer lugar un candidato propuesto por el Rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria. Este candidato solicitará la confianza del Congreso de los Diputados por medio de un debate, en el cual expone su programa político de gobierno. En cuanto al Jefe de Gobierno para ser elegido se requiere el voto de la mayoría absoluta. De no lograrse esta mayoría, se someterá nuevamente a votación la propuesta, y la confianza se obtendrá con el apoyo de una mayoría simple. Posteriormente y de cumplirse alguno de los presupuestos señalados el Rey como jefe de Estado nombrará al Jefe de Gobierno(Art. 99 C.E.)<sup>140</sup>. Debe decirse además, que las relaciones de confianza que se predicán entre el Ejecutivo y el Parlamento deben mantenerse durante toda la legislatura.

El ordenamiento constitucional español cuenta con verdaderos mecanismos eficaces que permiten mantener la gobernabilidad y ejercer control de ambos poderes, su regulación se encuentra tipificada en todo el Título V constitucional. Es así como encontramos de un lado los que se refieren a la responsabilidad política del Gobierno ante el Parlamento, para ello el artículo 108 C.E nos recuerda que el “*Gobierno responde solidariamente en su gestión política frente al Parlamento*”. Conjuntamente los miembros de las Cámaras podrán recabar información que precisen del Gobierno y de la Administración (109 C.E). Simultáneamente los miembros del Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a la rendición de cuentas e interrogatorios que precisen las Cámaras. Adicionalmente y como medidas extraordinarias están la moción de censura (Art. 113 C.E) y el voto negativo de confianza (Art.114 C.E.), mecanismos que pueden llevar a la dimisión del gabinete ministerial en su totalidad o en una determinada cartera. En realidad, el ordenamiento español establece

---

<sup>140</sup> *Ibíd.*, p. 315.



claramente mecanismos de control para evitar los posibles excesos del Ejecutivo, puesto que la responsabilidad y la confianza del Ejecutivo con el Legislativo son esenciales dentro del régimen parlamentario<sup>141</sup>.

Si bien es cierto que el Parlamento detenta bastante poder frente al Gobierno, también es claro que el Presidente de Gobierno está facultado para disolver las Cortes Generales, lo cual materializa el equilibrio de poderes, “... *ya que constituye un contrapeso al derecho Parlamentario de revocar el gobierno*”<sup>142</sup>. De ocurrir esto conllevaría a convocar nuevas elecciones, siendo el pueblo el encargado de designar a los nuevos parlamentarios.

Advertimos entonces la dependencia entre el Gobierno y el Parlamento a través de las relaciones y los controles que constitucionalmente se establecen. El modelo está diseñado para ejercer un verdadero control al Gobierno por parte del Parlamento. Paralelamente, y frente a las relaciones tan estrechas que tienen éstos poderes hay lugar a confusión entre estos dos. Un ejemplo de ello es la forma de elección del Jefe de Gobierno o la conformación del Gobierno en donde muchos de sus titulares hacen parte del Parlamento.

#### **1.2.6.1.2 El Estado social.**

El postulado social aparece regulado a lo largo de la Constitución española, y su positivación responde a la idea de un Estado que quiere tomar partido e intervenir en el ámbito económico y social. En este sentido el Estado en la Constitución no es abstencionista, sino que siguiendo la tradición europea incorpora todos los rasgos

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 316.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 316.

característicos de un Estado social<sup>143</sup>, como son la igualdad material, el reconocimiento de derechos sociales y la intervención en la economía.

*i) La igualdad material.* En particular, la igualdad material es una de las características del modelo “social” que permite ejercer de manera real y efectiva los derechos y las garantías constitucionales. Así pues, dentro del articulado constitucional observamos que la igualdad material ocupa un lugar preferente al interior de la Constitución, haciendo parte del título preliminar y formando parte de los pilares del Estado. Razón suficiente para manifestar que junto con la intervención y el reconocimiento de los derechos sociales la Constitución española es eminentemente social.

En consideración de lo anterior, observamos como en el artículo 9.2 se establece un mandato de igualdad material o en la ley dirigido a todos los poderes del Estado: *“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”* (Art. 9.2 C.E). Sin dejar de lado el tema de la igualdad material encontramos la igualdad formal o ante la ley (Art. 14 C.E). Juntas no deben entenderse como excluyentes, por el contrario hacen que la igualdad en su conjunto cobre plena vigencia en su aplicación actual.

En este sentido se nos hace importante reseñar algunos pronunciamientos proferidos por el Tribunal Constitucional al respecto.

*“Partiendo de esta afirmación debemos ahora señalar que el principio de igualdad jurídica consagrado en el art. 14 hace referencia inicialmente a la*

---

<sup>143</sup> Constitución de Alemania de 1949, Constitución de Italia de 1947 y Constitución portuguesa de 1976.

*universalidad de la Ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del Ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 9.3). Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación, como declara de forma expresa el art. 14 de la Constitución, es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”.*(STC 34/1981. de noviembre 10, fundamento jurídico 3B).

De otro lado en la sentencia STC 83/ 1984, de 24 de julio precisó:

*“No implica sin embargo este precepto, en modo alguno, la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, pues esta igualdad real, cuya procura encomienda la Constitución (art. 9.2) a todos los Poderes Públicos y que es una finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho, no impide que, en la práctica, el ejercicio de determinadas actividades requiera la posesión de determinados medios. (...) ni puede entenderse que sea contrario al principio de igualdad ante la Ley (...)”*(fundamento jurídico 3).

Respecto de la igualdad no debemos olvidar también el artículo 1.1 *ibídem*, donde se añade que este modelo de Estado se regirá bajo el principio de la igualdad. Es preciso anotar que el mandato consagrado en el artículo 9.2 C.E. tiene su desarrollo en toda la Constitución. Sin embargo y sin ser el único precepto que desarrolle el postulado social, el artículo 40.1 C.E. preceptúa: *“los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico”, agregando “para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política económica orientada al pleno empleo”*. Esta norma permite inferir claramente que los postulados sociales pretenden promover condiciones que permitan la satisfacción de la llamada procura existencial a través de prestaciones sociales.

En relación a la aplicación de la igualdad material es clara su vinculación a los poderes públicos. No obstante cabe hacer una precisión frente a la forma en la que el Tribunal Constitucional utiliza este principio. En España la aplicación de la cláusula social tiene que ser interpretada en su justo equilibrio con la del Estado democrático y con la del Estado de Derecho, de manera que cuando el Tribunal Constitucional es llamado a pronunciarse sobre alguna norma que presuntamente vulnera el artículo 9.2 es sumamente cuidadoso, porque debe respetar el principio democrático que se refleja en el pluralismo político (Art. 1 C.E). En consecuencia, el juez constitucional no puede decirle al Parlamento qué debe hacer, ya que este último en virtud de los postulados democráticos determina las materias que legisla. En este sentido el Tribunal Constitucional suele acudir primordialmente al artículo 14 en sus pronunciamientos, y en lo relacionado con el artículo 9.2 su aplicación es timorata y la circunscribe a las funciones propias que debe ejercer el legislador.

ii) *Reconocimiento de los derechos sociales.* Otro postulado del Estado social es la consagración de los derechos sociales, que por supuesto tienen relevancia constitucional. Al respecto PÉREZ LUÑO reconoce su importancia arguyendo que los tribunales españoles le han dado preeminencia a estos derechos en el ordenamiento. Los derechos sociales se encuentran principalmente en el Capítulo III del Título I de los denominados “*principios políticos de la actuación social y económica*”<sup>144</sup>, aunque no sólo se circunscriben al tercer capítulo, como sería el caso del derecho a la educación (Art. 27 C.E).

Hablando del lugar que ocupan los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español, advertimos que el artículo 53.3 establece que su protección dependerá de la labor legislativa primordialmente y su tutela se ejercerá a través de la jurisdicción ordinaria. Por ende, estos derechos no son sujetos de la acción de amparo. Aparte de esto, los derechos sociales devienen en mandatos de optimización<sup>145</sup>, es decir, son normas e instituciones que obligan a los poderes a tratar de realizar una actividad en la medida de lo posible. En este tenor los derechos sociales presentan una serie de problemas prácticos en cuanto a su vigencia y materialización, ya que deben ser desarrollados para su efectiva aplicación. Por lo tanto, carecen de concreción. Más aún, para su realización requieren recursos económicos y voluntad del Legislador y del Ejecutivo.

iii) *La intervención económica.* La constitución de 1978 dedica un título entero a la intervención del Estado en la economía (Título VII). El Estado español, teniendo en cuenta el texto constitucional, es

---

<sup>144</sup> Vid. PÉREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y sus críticos”, en AA.VV. (Dir. THEOTONO CÁCERES, V., y PRIETO MARTÍNEZ, F.). *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Publicaciones ETEA, Córdoba, 1996, p. 45.

<sup>145</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 67

considerablemente interventor. Ejemplo de ello es la libertad de empresa, la cual debe ser garantizada por los poderes públicos, aunque no es absoluta dado que el Estado puede intervenir cuando el interés general lo manifieste (Art.128.2 C.E)<sup>146</sup>.

Adicionalmente encontramos que esta intervención no se da al libre arbitrio, sino que cuenta con instrumentos de planificación (Art.131 CE). Al mismo tiempo, cuenta con la participación de los sindicatos, las organizaciones profesionales, empresariales y económicas. Bajo este esquema, se evidencia una cortapisa al papel del Estado, y es la sumisión a la ley, elemento importante en el Estado de Derecho.

Ahora bien, otro ejemplo de intervención lo precisa el referido artículo 128.2. El Estado puede reservarse actividades que consideran de interés público. Otro mecanismo con que cuenta el Estado español en materia económica es la potestad de imponer tributos (Art. 133 CE), esencial para materializar las prestaciones sociales. Adicional a ello, le corresponde desarrollar la política presupuestaria (Art. 134 CE) que permitirá determinar la aplicación de gastos al interior de un Estado generando mayor orden al priorizar sus necesidades.

Haciendo este análisis concluimos que el Estado cuenta con herramientas que hacen que su intervención permita la materialización del modelo social. Pese a todos estos instrumentos con que cuenta el país ibérico, observamos que los mismos no fueron empleados adecuadamente. Como consecuencia de esto, se desató una crisis que produjo la reforma constitucional del artículo 135. Los resultados de esta reforma se circunvalan a la limitación de

---

GARRONERA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Barcelona, 1987, p. 152.

endeudamiento por parte del Estado y del gasto público. En consecuencia la materialización plena de los derechos, en especial los sociales se puede ver afectada, específicamente por los recortes presupuestarios y las restricciones que se establecieron para solicitar un préstamo. Si bien es cierto que esta medida garantiza la situación fiscal de un Estado, también puede ir en contravía de la satisfacción de los derechos de las personas, por ejemplo en materia de atención sanitaria o de educación.<sup>147</sup>

#### 1.2.6.1.3 El Estado democrático.

El Preámbulo de la Constitución preceptúa que España garantizará “*la convivencia democrática dentro de la Constitución*” y agrega que establecerá “*una sociedad democrática avanzada*”. Por eso reconoce la existencia de procesos participativos que permiten el ejercicio de la democracia. Además del precitado aparte constitucional, la Constitución española es democrática desde sus inicios, porque su elaboración fue fruto de un proceso democrático, en donde se contó con la participación activa del pueblo. Ya que luego del régimen franquista se tuvieron en cuenta las diferentes vertientes políticas en la elaboración de la Carta Magna.

En este sentido y al tener el principio democrático como un elemento esencial, el artículo 1.2 constitucional recuerda que la soberanía reside en el pueblo, y de él emanan los poderes del Estado. En consecuencia la actividad del Estado debe estar encaminada a la garantía y salvaguarda de las personas.

---

<sup>147</sup> Respecto de la reforma constitucional ver: CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES, Encuesta sobre la reforma constitucional, en *Revista española de Derecho constitucional*, No 93 septiembre-diciembre 2011, p. 159-210.

El principio democrático se concretiza en un amplio abanico de mecanismos que garantizan a la ciudadanía la intervención directa o indirecta en la toma de decisiones públicas, con el propósito de que el individuo cuente con mejores oportunidades en la intervención de los asuntos públicos. Más aún, la Carta Magna española estipula diferentes formas en que la comunidad puede manifestar sus necesidades, y abre la puerta al ejercicio de un control ciudadano a sus gobernantes.

En primer lugar, encontramos la democracia representativa como una de las formas en que desarrolla el postulado democrático. En efecto, el artículo 23 constitucional establece que *“los ciudadanos tendrán derecho a participar en los asuntos públicos, directa o por medio de sus representantes”*. Tal como se puede ver, en este precepto se establece la democracia representativa y la democracia indirecta. Para el caso de la democracia representativa el establecimiento de los poderes estatales únicamente se legitima *“...en la medida en que su existencia y su poder resulten de una decisión directa o indirecta, pero cierta del pueblo soberano”*<sup>148</sup>. En virtud de estos planteamientos encontramos por ejemplo las Cortes Generales, cuyos miembros son elegidos por elecciones periódicas a través del sufragio universal (Título III Cap. I CE).

Sin embargo, actualmente la democracia en España no se centra únicamente en la representativa, como es el caso del Parlamento y demás órganos de elección popular, propios del modelo de Estado liberal de la Revolución francesa. Por el contrario, el Estado democrático debe *“trascender las estructuras y los comportamientos democráticos más allá de ese nivel originariamente burgués que es la*

---

<sup>148</sup> GARRONERA MORALES, A., Derecho Constitucional..., *ob. cit.*, p. 132.



*competencia parlamentaria y política*<sup>149</sup>. Así encontramos la iniciativa legislativa popular (Art. 87.3 C.E), el referéndum (Art 92 C.E), la acción popular y la participación en la Administración de justicia mediante la institución del Jurado, entre otras. Por lo tanto, se puede decir que la sociedad puede interactuar permanentemente con el Estado y de esta manera conseguir la formación conjunta de la voluntad estatal.

Adicional a ello el pluralismo social como valor constitucional se establece en la Carta. Para ello se reconocen estructuras como los sindicatos y asociaciones empresariales (Art. 7 C.E); los colegios profesionales (Art. 36 C.E); las organizaciones profesionales (Art. 52 C.E); la libertad de asociación (Art. 22 C.E) y se da la posibilidad de participar en la seguridad social o en la empresa (29 C.E.). También se positiva el pluralismo político a partir del establecimiento de los partidos políticos como organizaciones que concurren a la manifestación y a la formación de la voluntad popular (Art. 6 C.E).

En suma, el Estado español contempla todos los elementos que hacen que se constituya en un Estado social y democrático de Derecho. Los elementos del modelo en la Constitución de España se armonizan y conjugan, v.g. el caso de la democracia que debe estar acorde con la ley y con los postulados sociales. Otro ejemplo es la armonía y no exclusión de la legalidad material propia del modelo social con la formal característica del Estado de Derecho. El problema no está en el texto constitucional, sino que surge en la praxis cuando en ocasiones se rompe esa ponderación entre los principios generando una lesión sobre otros postulados. Un caso que posteriormente veremos es el de la reforma del artículo 135, que de cierta manera conculcó principios del Estado democrático, social y de Derecho.

---

<sup>149</sup> *Ibíd.*, p. 206.

### **1.2.6.2 La positivación del modelo del Estado social y democrático de Derecho en Colombia.**

Colombia es un Estado social y democrático de Derecho, así lo señala el artículo 1 de su Constitución: “*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*” (Art. 1). Observamos que pese a que en el inicio únicamente se menciona el carácter social y el de Derecho, posteriormente reconoce la democracia, la participación y el pluralismo como principios que integran el modelo de Estado.

#### **1.2.6.2.1 El Estado de Derecho.**

El ordenamiento constitucional colombiano al igual que el modelo español contiene elementos propios del Estado de Derecho, los cuales perviven y son determinantes para entender el actual modelo de Estado.

*i) Principio de legalidad.* La Constitución Política de Colombia se proclama como la norma jurídica fundamental (Art. 4 C.C). A renglón seguido establece que es deber de todos los nacionales y extranjeros acatar lo establecido en la Carta Magna y en las leyes. También recuerda la obediencia y el respeto por las autoridades públicas.

Posteriormente el artículo 6 establece que la actividad de los poderes públicos estatales debe realizarse dentro del respeto y marco

de los postulados establecidos en la Norma Superior<sup>150</sup>. Asimismo preceptúa que los servidores públicos serán responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Paralelamente los artículos 121, 122 y 123 de la Constitución de Colombia establecen que las autoridades no podrán ejercer funciones distintas a las establecidas en la Constitución y la ley. Por tal motivo, todo empleo público deberá tener las funciones detalladas respecto de su labor, lo cual refuerza la obediencia que los funcionarios le merecen a la ley y a la Constitución.

En lo que se refiere al poder Ejecutivo, y por ser de especial atención para nuestra investigación, observamos que se obliga a la Administración Pública a la consecución del interés general. Así pues, se insta a las autoridades administrativas a generar un actuar coordinado, con el objeto de poder cumplir todos y cada uno de los fines estatales (Art. 209 C.C). En el terreno del principio de la legalidad, únicamente la ley y la Constitución están facultadas para establecer las funciones de la Administración Pública. Por consiguiente, la Administración sólo podrá ejercer las labores que se encuentran en el ordenamiento jurídico, en aras de satisfacer el interés general. De esta manera, se limitan los excesos de poder que puedan originarse<sup>151</sup>. De lo anterior se puede colegir fácilmente que la organización administrativa está vinculada permanentemente al ordenamiento constitucional, por lo que su actuar deberá seguir los postulados de la Carta<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 747 de diciembre 2 de 1998, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E., *Gaceta Constitucional*, 1998.

<sup>151</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 060 de febrero 1 de 2005. M.P. ARAUJO RENTERIA, J.

<sup>152</sup> RUBIO LLORENTE, F., “El principio de legalidad”, en *Revista española de derecho constitucional*, año 13 No. 39, sept-dic 1993. P. 13-14.

*ii) Separación de poderes. Especial referencia al modelo presidencial.* Colombia se constituye como una República, y siguiendo los postulados del modelo de Estado de Derecho cuenta con una división de poderes. A causa de esto encontramos que el artículo 113 establece como ramas del poder público la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial. Es menester mencionar que la Constitución también dedica un apartado a cada uno de los poderes mencionados, Título VI, VII y VIII respectivamente.

A diferencia del modelo español en donde el motor de la actividad política y jurídica reside en el poder Legislativo, el modelo presidencial se caracteriza por la preponderancia del poder Ejecutivo, en razón a la extensión de facultades que se le otorgan al presidente.

En cuanto a la conformación del Ejecutivo, el presidente es elegido directamente por los ciudadanos a través de elecciones. En éste reside la calidad de Jefe de Estado y de Gobierno, por lo que será quién nombre y escoja a su gabinete.

Un punto que nos permite entender la diferencia entre el sistema monárquico parlamentario español y el presidencial colombiano es que en este último no existe la relación de confianza entre el Parlamento y el Ejecutivo. Por ende la responsabilidad es más limitada. A causa de esto en Colombia no existe moción de censura, ni voto negativo de confianza. El control se realiza por medio de citaciones y debates que emprenden las cámaras al mismo presidente o a sus ministros. No obstante el Legislativo no tiene la facultad para hacer renunciar al presidente. De igual manera el presidente no puede disolver el Parlamento. La justificación de estas dos situaciones es que la

*“legitimidad obtenida directamente del pueblo se alcanza por medio de votaciones separadas”*<sup>153</sup>.

NARANJO MESA infiere que en la práctica no existe un verdadero equilibrio de poderes, en razón a que el Ejecutivo se abroga una serie de funciones como la de colegislador (estados de excepción 212 C.C), que en ocasiones hacen que el Ejecutivo cobre primacía sobre los demás poderes.<sup>154</sup> Es así como estos excesos de poderes otorgados al gobierno deben eliminarse y, en consecuencia, ejercer una colaboración armónica entre las ramas del poder<sup>155</sup>.

En relación con la separación de los poderes, se ha visto en la actualidad que los mismos no son bastiones alejados unos de otros<sup>156</sup>. Por el contrario, observamos como entre sí se generan relaciones recíprocas con el fin de realizar los fines supremos<sup>157</sup>. Más aún, los poderes no son ajenos entre ellos, para poder conseguir los fines del Estado y coexistir deben actuar de manera armónica. Frente a los escépticos, vemos como las iniciativas de ley pueden venir desde el Gobierno (Art. 154), agregando la enorme influencia que pueden tener los partidos políticos en una o más ramas del poder<sup>158</sup>. No debemos olvidar que el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia incluye esta realidad, determinando que si bien los poderes son separados, los mismos deben colaborar entre ellos, para de esta manera garantizar los fines constitucionales.

#### **1.2.6.2.2 El Estado social.**

---

<sup>153</sup> NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional ...*, ob. cit., p. 322.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p. 325.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 322.

<sup>156</sup> VERDÚ, P, y MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de derecho...*, ob. cit., p. 80 ss.

<sup>157</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 449 de julio 9 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.

<sup>158</sup> VERDÚ, P, y MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de derecho...*, ob. cit., p. 80.

La Constitución colombiana al igual que la española no fue ajena al introducir los atributos característicos del modelo de Estado social como son la igualdad material, el reconocimiento de los derechos sociales y la intervención en la economía. De ahí que la Constitución Política de Colombia sea por excelencia intervencionista.

*i) Igualdad material.* El texto constitucional colombiano establece la igualdad, tanto formal como material en un mismo artículo, obligando al Estado en general a promover las condiciones para que se pueda ejercer de manera real y efectiva (Art. 13 C.C). El término social, a la luz de la jurisprudencia constitucional implica respecto de la igualdad, que no basta con su garantía desde el ámbito formal, sino que al Estado se le “*exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes, y ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales*”<sup>159</sup>. De esta manera, se hace necesaria la intervención del Estado para que promueva la igualdad material en ejercicio de sus acciones, enfatizando su actuar en los grupos marginados para generar una igualdad sustantiva<sup>160</sup>.

Se puede colegir de manera clara la consagración de la igualdad en sus dos aristas, material y formal, las cuales recuerdan a los poderes públicos la necesidad de su materialización a través de la real y efectiva garantía de los derechos constitucionales. Por ello, el Estado debe contar con mecanismos idóneos de intervención, en aras de hacer

---

<sup>159</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 747 de diciembre 2 de 1998, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.

<sup>160</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 793 de noviembre 4 de 2009, M.P. MENDOZA MARTELO, G. Sentencia C 258 de mayo 7 de 2013 M.P. PRETEL CHALJUB, J. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 34/1981, de noviembre 10, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

realidad los fines constitucionales<sup>161</sup>. De ese modo, estos postulados no son optativos para los detentadores del poder, son perentorios y obligatorios, ya que provienen de la Constitución<sup>162</sup>.

ii) *Reconocimiento de los derechos sociales*. Este tipo de derechos se encuentran consagrados principalmente en el Capítulo II Constitucional estableciendo el derecho a la familia (Art. 42 C.C); igualdad de género (Art. 43 C.C); a la niñez (Art. 44 C.C); seguridad social (Art. 48 C.C); salud (Art. 49 C.C), entre otros.

Respecto del lugar que ocupan los derechos sociales en el ordenamiento colombiano, debemos manifestar que al igual que los derechos fundamentales éstos son objeto de protección a través de la acción de tutela. Dicha situación difiere del modelo español, que establece que estos derechos son protegidos en la jurisdicción ordinaria.

Avanzando con el tema de su protección, es claro el parecido que tienen con España respecto de su eficacia, ya que están sujetos a la voluntad del legislador y su posterior desarrollo por parte del Ejecutivo, razón por la que muchas veces su materialización puede verse obstaculizada.

iii) *La intervención económica*. La constitución colombiana consagra un título entero al régimen económico y de hacienda (Título XII C.C), estableciendo claramente la intervención económica propia del modelo social, sin olvidar la iniciativa privada en el mercado. Por

---

<sup>161</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 533 de septiembre 23 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C- 328 de julio 27 de 1995, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C- 776 de septiembre 9 de 2003, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M. Sentencia C- 793 de noviembre 4 de 2009. M.P. MENDOZA MARTELO, G.

<sup>162</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 479 de agosto 13 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A., y HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia SU 086 de febrero 17 de 1999 M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia T 321 de mayo 10 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.

ende garantiza la actividad económica, la libre competencia y creación de la empresa, que es considerada el motor que mueve la economía. Es así, como el Estado puede promover acciones para que se establezcan mecanismos que impidan la obstrucción de estas libertades (Art. 333 C.C).

De otra parte el Estado asume una serie de funciones como es la dirección de la economía (Art. 334 C.C). En este aspecto, el constituyente declaró la actividad financiera, bursátil y aseguradora afines al interés público. Fue así como le impuso al Gobierno la obligación de intervenir para que el ejercicio de tales actividades sea previamente autorizado y provisto de rigurosos controles de inspección y vigilancia, a efectos de supervisar el sistema financiero en aras de salvaguardar su estabilidad, confianza y seguridad (Art. 335 C.C). De igual forma, limita el establecimiento de monopolios (Art. 336 C.C).

En la misma dirección, la Carta Magna señala la obligación de contar con un Plan Nacional de Desarrollo que contiene los objetivos de la acción estatal a fin de determinar la política económica, social y ambiental del país (Art. 339 C.C) para un periodo de gobierno determinado.

Adicional a ello, anualmente el Gobierno debe formular el Presupuesto de Rentas y la Ley de apropiaciones, los cuales deben ser aprobados por el Congreso (Art. 346 C.C). La Ley de Presupuesto debe ser elaborada, presentada y aprobada dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo de turno, y no se podrá hacer ningún gasto público que no haya sido aprobado en el presupuesto.



Se señala también que el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, en tiempos de paz deben imponer las contribuciones fiscales o parafiscales, es decir, los ingresos corrientes que ayudarán a financiar el gasto público (Art. 338 C.C).

#### **1.2.6.2.3 El Estado democrático.**

Desde el inicio de la Constitución se establece que Colombia es un Estado democrático. Así lo dispone el preámbulo que establece: *“en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación (...) dentro de un marco jurídico, democrático y participativo (...) decreta, sanciona y promulga la siguiente constitución...”*, y agrega en el artículo primero *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (...) democrática, participativa y pluralista...”*.

Adicional a lo anterior no se debe olvidar la soberanía como elemento esencial en la democracia. Para el caso colombiano el artículo tercero establece que ésta reside en el pueblo, el cual la ejercerá de manera directa o a través de sus representantes. Como resultado de esta disposición la Constitución desarrolla diferentes mecanismos para ejercer de manera real y efectiva la democracia directa e indirecta en la conformación del ejercicio y el control del poder político (Art. 40), y en la toma de decisiones públicas.

En lo que concierne a la democracia representativa, se preceptúa la posibilidad de elegir o ser elegido (Art. 40 C.C). De igual forma la Constitución establece que los ciudadanos eligen al *“Presidente y Vicepresidente de la República, Senadores, Representantes,*

*Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale” (Art. 260 C.C).* Además debemos decir que se elevó a rango constitucional la organización electoral (Arts. 363 y ss. C.C)<sup>163</sup>.

Pero existen también instrumentos que desarrollan la democracia directa, particularmente en el artículo 103 de la Norma Superior se consagra: *“el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato”*. Asimismo se establece la posibilidad de tener iniciativa en las corporaciones publicas (Art 40 C.C).

A la par que en España, en Colombia se instituye el pluralismo social estableciendo el derecho que tienen los trabajadores a formar sindicatos o asociaciones. Se protege el fuero sindical (Art. 39 C.C). De otro lado existen también manifestaciones del pluralismo político garantizando la conformación de partidos políticos (Art. 40 y Título IV, capítulo II C.C).

En suma, no fue ajeno para España ni para Colombia acompañar el régimen constitucional con las diversas formas de democracia surgidas a raíz de la evolución del modelo de Estado. Como fruto de este proceso normativamente se positivaron una serie de mecanismos democráticos que dieron paso para que al individuo se le considere en una posición especial. Como resultado los mecanismos democráticos permiten hacer efectivas las pretensiones de los ciudadanos.

---

<sup>163</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU- 747 de diciembre 2 de 1998, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.

Visto el aspecto histórico y jurídico del modelo de Estado social y democrático de Derecho, podemos decir que en un ámbito teórico se erigen una serie de principios, valores y derechos que tienen como fin garantizar un bienestar común a toda la sociedad, y a través de los poderes públicos se le imponen una serie de labores que hacen que todos estos anhelos constitucionales se materialicen. Pero debemos manifestar que este modelo es fruto de una larga evolución, y que jurídicamente otorga herramientas capaces de contrarrestar cualquier tipo de abuso que conculque los derechos de las personas y los demás pilares en que se funda el modelo. No obstante, en la práctica se ha demostrado que a raíz de intereses políticos o económicos el actual modelo ha entrado en crisis, por cuanto muchas veces se conculcan los postulados que rigen en la actualidad. Esto, sin lugar a dudas pone de manifiesto la necesidad de generar conciencia por parte de la ciudadanía para que haga uso de las herramientas legales que se le han dotado, y de esta manera logre que se garantice y respete el modelo de Estado. Respecto de los gobernantes debe recordárseles que su función es la garantía de la Constitución.

### **1.2.7 LA CRISIS DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.**

El modelo del Estado social y democrático de Derecho desde antes de su positivación fue objeto de cuestionamientos. Así lo demuestra el debate que surgió en Alemania respecto del carácter jurídico constitucional del Estado social y su compatibilidad con el Estado de Derecho.

No obstante, evidenciamos que a mediados de los años setenta se produjo una crisis del modelo del Estado social y democrático de Derecho y en la actualidad nos seguimos enfrentando a un

distanciamiento y desmantelamiento del mismo. Esta crisis se ha caracterizado por los ataques ideológicos principalmente del neocapitalismo, que aboga por la no intervención del Estado en los asuntos económicos y perjudica gravemente el postulado social, porque se limita cada vez más el brazo de acción que tiene el Estado en la garantía de los derechos sociales.

La denominada crisis de los años setenta vino antecedida por la consolidación del Estado social luego de la Segunda Guerra Mundial. Durante los primeros veinticinco años el modelo parecía acoplarse a las necesidades sociales. Incluso se llegó a hablar de una armonía con el capitalismo. En este sentido DÍAZ GARCÍA indica que en esta época se intentó compatibilizar el neocapitalismo y el bienestar en el marco de la sociedad industrial. Su institucionalización jurídico-política es realizada a través del modelo del Estado social de Derecho<sup>164</sup>. Así se pensó haber encontrado una forma ponderada de Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior se toman las ideas de Keynes referidas a que el Estado puede corregir las externalidades del capitalismo, mediante la intervención estatal. Además el Estado asume la responsabilidad en el crecimiento económico, el pleno empleo y la cobertura de las necesidades elementales de los ciudadanos.<sup>165</sup> Por lo anterior, el papel del Estado en el ámbito económico y social es determinante al ser el muro que permite imponerse sobre el mercado y la economía.

---

<sup>164</sup> DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1984, p. 101-102.

<sup>165</sup> MISHRA. R., *The Welfare State in Crisis. Social thought and social change*, Londres, Harvester, 1985, p. 7. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 143.

De cualquier modo, como lo reconocen DE CASTRO CID y CONTRERAS PELÁEZ, el Estado social arraigó una ideología ambigua entre quienes veían en el modelo una forma de superación del capitalismo y quienes intentaban mantener las estructuras tradicionales que se identificaban con el capitalismo<sup>166</sup>. De todas formas, el carácter ambivalente del modelo de Estado originó la protesta por diferentes movimientos sociales que eran excluidos del modelo o se incluían de manera subordinada. Un ejemplo de esto fueron los movimientos feministas<sup>167</sup>.

Pero la crisis del modelo no dio espera. En 1973 luego que la Organización de Países Exportadores de Petróleo elevara el precio del petróleo, se generó un freno en el crecimiento económico mundial. Esto tuvo como consecuencia el aumento del desempleo, la pérdida del poder adquisitivo, el retroceso de la economía, entre otros.

Siguiendo a CONTRERAS PELÁEZ, las causas que generaron la crisis del modelo de Estado fueron, en primer lugar, las conmociones estructurales de la economía mundial a partir de mediados de los años 70, que pusieron un límite y afectaron el crecimiento de la economía de los Estados. Adicionalmente, considera que otro efecto fue el recrudecimiento de las tensiones entre Este-Oeste y Norte-Sur, generando el aumento del gasto militar en detrimento de las partidas asistenciales. Paralelamente, se vio un envejecimiento de la población, esto tuvo como resultado la disminución de personas trabajadoras, las cuales tenían que sostener las necesidades del creciente grupo de

---

<sup>166</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, p. 144. DE CASTRO CID, B., “Los derechos sociales: análisis sistemático”, en AA.VV, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de Murcia, Murcia, 1981, p. 17.

<sup>167</sup> PISARELLO PRADOS, G., “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática”, en *Revista del Estado*, No 28, 2012, p. 59-

asistidos. A la par las necesidades sociales que estaban a cargo del Estado cada vez se veían mas irrealizables, al aumentar de forma vertiginosa los gastos sociales amenazando con el equilibrio del fisco. Finalmente se produjo un aumento acelerado de los impuestos; como resultado, se generó un malestar en las clases altas que utilizaron la evasión o técnicas de fraude fiscal como medida de retaliación<sup>168</sup>.

Esta confluencia de factores hizo que se reavivaran las criticas ideológicas al modelo de Estado, principalmente capitalistas. Para estos ideólogos el exceso paternalismo estatal y el aumento de impuestos tuvieron como efecto la reducción de la iniciativa privada y la destrucción del dinamismo de la sociedad. En consecuencia para estos pensadores queda plenamente demostrado la ineficacia del modelo, económicamente hablando y desde el punto de vista de las políticas neo-liberales. En su lugar propusieron “*el retorno a las políticas monetarias, la desregulación, el recorte de los gastos sociales, la reducción de la presión fiscal y el restablecimiento de los estímulos para los inversores*”<sup>169</sup>. Adicionalmente, concuerdan con la persistente crítica que se le hace al intervencionismo estatal y el despilfarro de los recursos públicos. Para evidenciar esta posición podemos recurrir a HAYEK, quien sin ser el único de los doctrinantes que se identifica con este movimiento es muy concluyente en sus manifestaciones.

Para HAYEK el mercado es un orden espontaneo autorregulado. Es por ello que resulta ilógico concebirlo como un orden artificial sujeto de planificación. A partir de lo anterior, el autor tiene la premisa que en el mercado “*las distintas personas tienen disimiles apetencias en relación con las mismas cosas y que, con frecuencia, cada individuo puede beneficiarse del esfuerzo de otro a cambio de proporcionar a*

---

<sup>168</sup> CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social...*, ob. cit., p. 148.

<sup>169</sup> *Ibíd.*, p. 149.

*aquél lo que precisa*<sup>170</sup>. Con lo dicho, concluye: *“Mientras que, en el seno de la organización, quienes en ella están integrados se prestan mutua ayuda tan sólo en la medida en que sus propósitos coinciden, en el ámbito de la catalaxia [el orden de mercado] todos contribuyen a la satisfacción de las necesidades ajenas sin tener que ocuparse de ellas e incluso sin saber en qué consisten*<sup>171</sup>.

Al mismo tiempo HAYEK considera que el retorno de la dinámica al mercado permite en cierta forma la satisfacción general. De otro lado se opone en cierta medida a la función asistencial del Estado, por lo que arguye: *“A menos que la gente aprenda a aceptar que muchas de sus reivindicaciones son injustificadas (...) y que en el mundo en que vivimos el gobierno no puede cargar con la responsabilidad de hacer que estas o aquellas personas vivan mejor o peor, será imposible construir una sociedad decente*<sup>172</sup>.

Ahora bien, el Estado no sólo fue sujeto de críticas por parte de los simpatizantes del capitalismo. Hubo también doctrinantes de izquierda que sustentaron la crisis del modelo de Estado en la forma solapada que el capitalismo incursionó dentro del modelo, lo cual hizo posible sostener que desde el principio el modelo estaba destinado al fracaso. Fundamentaron esta afirmación argumentando que los contenidos sociales del modelo eran a todas luces irrealizables dentro de un sistema capitalista<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II, Unión Editorial, Madrid, 1988, p.196.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p.197.

<sup>172</sup> HAYEK, F., *Democracia, justicia, socialismo*, Unión Editorial, Madrid, 1977, p. 81. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social...*, *ob. cit.*, p.151.

<sup>173</sup> HAYEK, F., *Democracia, justicia, socialismo...*, *ob. cit.*, p. 81. CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social...*, *ob. cit.*, p. 158.

Como hemos visto, en esta época el modelo de Estado se puso en tela de juicio por parte de la doctrina, pero también tuvo consecuencias prácticas particularmente en los gobiernos de Reagan y Thatcher. Así pues, el postulado social se vio desplazado a favor de los intereses del mercado. En esta medida se vio proliferar la presencia de poderes de tipo privado<sup>174</sup>, teniendo como resultado el desmantelamiento de los derechos sociales. En particular, encontramos las condiciones laborales que devinieron en precarias y mal retribuidas<sup>175</sup>.

Este tiempo se caracterizó también por la privatización de las empresas y la retirada del Estado como interventor. Así, las políticas liberales en cierta forma triunfaron, viéndose aminorados los principios del Estado social. Como resultado de estas políticas se gestaron una serie de protestas que pretendían hacer ver el desmantelamiento del Estado social. Hacemos mención a las británicas de 1984-1985 y las movilizaciones de los estudiantes franceses de 1986.

Pero esto no sólo es una cuestión del pasado, en la actualidad hay sectores de la doctrina que consideran la constante destrucción a la que está sometido el Estado social. DE CABO MARTÍN sostiene que existe un deterioro del principio de supremacía de la Constitución a favor de los intereses del capitalismo<sup>176</sup>. Esto ha supuesto para el autor el desmantelamiento del Estado social y como derivación la desprotección del individuo<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> PISARELLO PRADOS, G., "El constitucionalismo social...", *ob. cit.*, p. 60.

<sup>175</sup> *Ibíd.*, p.60.

<sup>176</sup> Cfr. DE CABO MARTÍN, C., *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Barcelona, 2006. LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 65.

<sup>177</sup> DE CABO MARTÍN, C., " III Congreso Teoría y Práctica del Poder Constituyente. Conferencia dada el día 2 de diciembre de 2014, en la Universidad de Valencia. En; [www.youtube.com/watch?v=aR\\_QyWH2FCE](http://www.youtube.com/watch?v=aR_QyWH2FCE), consulta 28 de febrero de 2016.



Los efectos del capitalismo que a continuación revisaremos generaron varias crisis económicas, como la crisis de Estados Unidos o la Española de 2008, las cuales transgredieron el modelo de Estado social y democrático de Derecho. En consecuencia se redujeron y cercenaron muchas de las garantías democráticas y sociales que trae implícito este modelo<sup>178</sup>.

Como lo anunciamos, la crisis trajo resultados que afectaron el modelo de Estado. En primer lugar podemos hablar del cambio de diseño en la política pública económica. Según RECIO ANDREU esta transformación introdujo como elemento esencial la imposibilidad y el no deseo de satisfacer el pleno empleo por ir en contra de la políticas económicas, esto teniendo en cuenta que existe la posibilidad constante de generar una inflación exacerbada. Dando lugar a unas garantías laborales más precarias, en donde la variable que se tiene en cuenta es la satisfacción de los datos estadísticos referidos a si una persona está empleada o no, independientemente de las garantías y la satisfacción de los derechos en el ámbito laboral<sup>179</sup>.

Una segunda consecuencia es la retirada del Estado de las actividades que otrora ejercía. La razón que se tuvo en principio era la supuesta eficiencia y eficacia de las empresas privadas. Además se piensa que un Estado moderno es “un Estado modesto”<sup>180</sup>. Por lo tanto se debe devolver el protagonismo al mercado. Justamente, ALLI ARANGUREN piensa que el Estado ha sufrido serios cambios por cuanto el mismo ha pasado de ser prestador, redistribuidor y configurador, a

---

<sup>178</sup> PISARELLO PRADOS, G., “El constitucionalismo social...”, ob. cit., p. 62 y ss. RECIO ALBERT, A., “La crisis del neoliberalismo”, en *Revista de Economía crítica*, No. 7, 2009, p. 96 y ss.

<sup>179</sup> RECIO ALBERT, A., “La crisis del neoliberalismo...”, ob. cit., p. 98 y ss.

<sup>180</sup> SAINZ MORENO, F., “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 105.

un garante de las condiciones del mercado, de las libertades y de los derechos<sup>181</sup>.

Por su parte SAINZ MORENO expone que la reducción del papel de la Administración y en general del Estado puede generar decisiones arbitrarias y peligrosas sobre los derechos y las libertades de los hombres, como se vivió en otras épocas<sup>182</sup>. Huelga expresar que el poder que ostentan las autoridades públicas se quebranta, incluso hace ver que disposiciones constitucionales parezcan obsoletas o simplemente escritas en un papel<sup>183</sup>.

BECK pone de manifiesto una consecuencia real del retorno del *laissez faire*, propio del Estado liberal de Derecho, en el cual el poder del Estado se ha replegado a favor de la competencia, esto es, del sector privado. El autor nos presenta un hecho contundente que pone al descubierto los efectos nocivos de la dejación de actividades que eran estatales a particulares, que no se interesan por la satisfacción de los postulados constitucionales, sino por la rentabilidad en la ejecución de una actividad. *“Mucha gente ha confundido modernización con privatización, es decir, con la idea del Estado neoliberal. (...) Un ejemplo descollante es la privatización de la seguridad aérea en EE. UU. (...) se ha encomendado a empleados a tiempo parcial y con condiciones de suma flexibilidad. Su sueldo estaba por debajo del de los empleados de los restaurantes de comida rápida. Se les dieron unas pocas horas de 'formación' (...). Hay que reconocerlo con tristeza: esta concepción neoliberal que complace a EE. UU., que comprende la cicatería del Estado por un lado y por otro la trinidad de desregulación, liberalización y privatización, ha vuelto al país vulnerable a los ataques*

---

<sup>181</sup> ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson Civitas, Madrid p. 163.

<sup>182</sup> SAINZ MORENO, F., “El valor de la administración...”, *ob. cit.*, p. 111.

<sup>183</sup> LASSALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Madrid, 1989.

*terroristas. En este sentido las terribles imágenes de Nueva York contienen el mensaje (...) un país puede suicidarse por exceso de neo liberalización.”<sup>184</sup>.*

De la lectura de esta cita podemos deducir la reducción por parte del Estado en materia de inversión y la privatización de los servicios públicos<sup>185</sup>, lo cual tiene como resultado que las garantías y la satisfacción de los postulados constitucionales son cedidos a favor de los intereses del mercado. Esto conduce al deterioro del modelo de Estado, por lo que poco a poco los derechos, las instituciones, los fines, los valores y las demás garantías estatuidas en la Constitución quedan preceptuadas pero no tienen una protección real y efectiva.

Otra consecuencia de la crisis que está estrechamente vinculada a la desestatización de actividades, es la contractualización. Al respecto RESTREPO MEDINA, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ESCOBAR MARTÍNEZ y RINCÓN SALCEDO expresan: *“...es un proceso a través del cual se manifiesta la tendencia a la desestatización de funciones a favor del mercado, se caracteriza por que si bien no hay un desprendimiento ni la prestación de los servicios tradicionalmente a cargo del Estado, ni de su titularidad, su ejercicio deja de hacerse mediante personal vinculado laboralmente con el Estado y pasan a desarrollarlo mediante terceros. En otros términos, se trata de un traslado en la prestación efectiva de un determinado servicio o en el desarrollo de una actividad específica de la administración”<sup>186</sup>.*

---

<sup>184</sup> BECK, U., “Libertad capitalismo: el incierto futuro del trabajo”, en Periódico El País. 24 de febrero de 2002. España, este texto es citado en los mismos términos también por MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 217.

<sup>185</sup> ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo ...*, ob. cit., p. 236.

<sup>186</sup> RESTREPO MEDINA, M. *et. al.*, *Globalización del Derecho administrativo Colombiano*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 49.

Los precitados autores nos ponen sobre la mesa el ejemplo de los contratos de prestación de servicios, que merece ser analizado en conjunto con lo expresado por BECK. Según RESTREPO MEDINA, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ESCOBAR MARTÍNEZ y RINCÓN SALCEDO, este tipo de contratos pueden ser vistos como una consecuencia de la desestatización, siempre y cuando no se tomen como una manera de evadir la ley laboral, fenómeno que puede ser causante de este tipo de contratos<sup>187</sup>. Así, se supone que el contrato de prestación de servicios es utilizado para responder a las necesidades públicas y para suplir el desarrollo de actividades que el Estado no está en capacidad de realizar. De tal suerte, se ve obligado a contratar a un tercero que presuntamente ejerce una labor de forma eficiente, evitando así gastos innecesarios y el aumento injustificado del Estado<sup>188</sup>.

Frente al proceso de contractualización, consideramos la posibilidad de que el Estado ceda la prestación de ciertos bienes y servicios al sector privado, pero debe ser consciente de cuáles no debe conferir al mercado, teniendo en cuenta las consecuencias que pueden generar a los ciudadanos.

Como resultado de las anteriores causas podemos establecer una cuarta consecuencia, la desregulación. De un lado, este fenómeno hace referencia a que el Estado en la nueva dinámica del mercado elimina un gran número de regulaciones, restricciones y constricciones que afectan las decisiones de las empresas. De otro lado, se da presumiblemente para promover el desarrollo económico, y fundamentalmente se ve reflejado en el relajamiento y la laxitud de los controles por parte de las instituciones públicas, propiciando una

---

<sup>187</sup> *Ibíd.* p. 52-53 “pues cuando simplemente se disfraza una relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios, se está incitando a la creación de nóminas paralelas que en nada compagina con la idea de tercerización inherente y característica del proceso de contractualización.”

<sup>188</sup> *Ibíd.*, p. 53.

mayor libertad para el mercado<sup>189</sup>. En conexión con lo anterior RECIO ANDREU piensa que ante la sustitución de la regulación pública por formas de autorregulación del mercado se ha generado una hipertrofia del sistema financiero<sup>190</sup>, lo cual pone en riesgo la economía del país.

Este tipo de laxitud en la regulación económica ha generado una serie de paquetes legislativos, tendientes a la reducción de tributos directos para las empresas. Igualmente PISARELLO PRADOS pone de manifiesto otra situación que se conecta con la anterior: existe un aumento en la inversión por parte de las empresas privadas, pero la riqueza generada no retorna al país en que se invierte, ya que existe la posibilidad que los beneficios obtenidos por el mercado sean depositados en paraísos fiscales. Todo esto se produce por la pasividad estatal<sup>191</sup> y conduce a la disminución de los índices de riqueza de la población. Conjuntamente afecta a la capacidad que tiene el Estado a través de los tributos de realizar inversiones de tipo social.

Una quinta consecuencia de la crisis es que ante la mecánica del mercado, éste ha trascendido las fronteras de los Estados. Esto ha repercutido en la concepción del Estado, que se ha visto obligado a ceder parte de su soberanía a favor de organizaciones internacionales. Entre otras encontramos la Unión Europea, el Mercado Común del Sur, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial de Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico etc.<sup>192</sup>. Este tipo de organizaciones generan decisiones que

---

<sup>189</sup> MARTÍN MATEO. R., *La liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988, p. 47. DE LA SERNA BILBAO, M., *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzandi, Pamplona, 1995, p. 40

<sup>190</sup> RECIO ALBERT, A., "La crisis del neoliberalismo...", ob. cit., p. 99.

<sup>191</sup> PISARELLO PRADOS, G., "El constitucionalismo social...", ob. cit., p. 66

<sup>192</sup> RESTREPO MEDINA, M., *et. al. Globalización del Derecho...*, ob. cit. p. 21.

muchas veces son de obligatorio cumplimiento para los Estados a fin de acceder a ayudas que requieren.

Un ejemplo de la intrusión que tienen este tipo de organismos internacionales en los países, lo podemos ver en el caso colombiano. Al respecto RESTREPO MEDINA, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ESCOBAR MARTÍNEZ y RINCÓN SALCEDO sostienen que para que los organismos de crédito internacional aprueben un empréstito, el país debe realizar “*políticas de desarrollo y estabilización*”<sup>193</sup>, las cuales se ven reflejadas en la aprobación de las leyes internas. Así, las leyes de contratación<sup>194</sup>, de empleo<sup>195</sup>, de regulación y de control de la actividad económica<sup>196</sup>, han venido precedidas de amplias influencias de organizaciones internacionales. Esto implica una interferencia en el ejercicio del poder de las autoridades públicas<sup>197</sup>, independientemente de lo idóneo o perverso de las condiciones impuestas por los organismos internacionales.

---

<sup>193</sup> *Ibíd.* p. 98.

<sup>194</sup> *Ibíd.* p. 102. “No solo la Ley 1150 y sus Decretos reglamentario se encuentran, en principio y de acuerdo con sus autores, inspirados en los principios y reglas propuestas en materia de *Public Procurement*, por el Banco Mundial, sino que de manera expresa esta norma prevé que en algunas ocasiones se pueda dar una aplicación directa de ciertos contratos para el caso específico de los contratos y convenios celebrados con estos organismos. (...) según las disposiciones del artículo 20 de la Ley 1150 del 2007, cuando se celebre un contrato o convenio financiado en su totalidad o en un 50% o más por organismos internacionales o con personas extranjeras de derecho público, podrán aplicarse las reglas de dichos organismos.(...)Ello implica la posibilidad de una aplicación directa del derecho extranjero en la selección de contratistas dentro del territorio nacional”.

<sup>195</sup> *Ibíd.* p.110. “En esa medida, la posterior expedición en Colombia de la Ley 909 del 2004,(...) responde a las líneas trazadas por la Carta Iberoamericana, por cuanto aquella incorpora los aspectos relativos a la profesionalización de la Administración Pública, la flexibilidad en la organización y gestión dela función pública, la responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, el señalamiento explícito delas causas de desvinculación del servicio y el establecimiento de los órganos y sus competencias para la dirección y gestión del empleo público”.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, p. 144. Aquellas generan espacios destinados a la inversión extranjera, en donde es más fácil su incursión.

<sup>197</sup> *Ibíd.*, p. 98.

De otro lado queremos dejar enunciadas las decisiones referentes al Derecho internacional público económico, que son tomadas por los tribunales internacionales de arbitramento (v.g. el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones). Dichos tribunales en la actualidad resuelven disputas en las que se encuentran envueltos los Estados y organizaciones privadas. Referente a estos organismos debemos hacer una acotación. Los árbitros que componen estos tribunales son terceros que no tienen relación con un Estado y tienen la capacidad de fallar sobre materias que pueden referirse al ámbito económico y social de un país, afectando los postulados constitucionales.

De dichas situaciones, observamos entonces como las funciones de administración de justicia y de generación de leyes que son propias del Estado, son cedidas a favor de entes internacionales.

Otro punto que se debe tener en cuenta de este fenómeno es que los integrantes de este tipo de organizaciones no son elegidos por el pueblo. Sobre el tema MIR PUIGPELAT considera que la creación de organizaciones supranacionales puede generar “*un menoscabo del principio democrático*”<sup>198</sup>, porque en muchas de estas organizaciones internacionales no se preocupan por implementar o por considerar mecanismos participativos como parte fundamental de sus estatutos. Debemos reconocer que una de las pocas organizaciones que se han interesado por tratar de corregir en cierta forma la participación democrática, ha sido la Unión Europea. Esta organización elige parlamentarios por medio del sufragio universal. En cualquier caso, encontramos la presencia de órganos carentes de legitimación democrática que juegan un papel preponderante en la formación de la

---

<sup>198</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado ...*, ob. cit., p. 60. Cfr. CLOSA MONTERO, C., “*El libro blanco sobre la gobernanza*”, en *Revista de Estudios Públicos (Nueva Época)*, No 119, enero-marzo de 2003, p. 491.

voluntad de la Unión Europea, v.g. la Comisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Consejo<sup>199</sup>.

Volviendo al tema de la cesión de soberanía, ésta ha generado no sólo una influencia en la legislación ordinaria de un país, sino también cambios constitucionales. Para comprender la repercusión que tiene este fenómeno en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, es necesario que comentaremos, brevemente, la reforma del artículo 135 de la Constitución Española.

Empezaremos por mencionar los problemas materiales. La reforma constitucional del verano de 2011 tuvo como propósito enviar una señal de reducción de la vulnerabilidad del no pago de deuda pública. Esto se haría por medio del endurecimiento del déficit estructural y del endeudamiento público. De otro lado pretendía otorgar garantías reforzadas a los acreedores en el pago de deuda pública<sup>200</sup>.

Pues bien, estos mecanismos repercutieron gravemente en la inversión social que realiza el Estado a través del gasto público, teniendo en cuenta que se ordenó a las Administraciones públicas limitar y recortar sus gastos a fin de obtener un déficit de las finanzas públicas cercano a cero, a costa de la garantía de los derechos sociales. En lo referente al gasto público y al endeudamiento PISARELLO PRADOS describe que sirven para la garantía y la protección de los derechos sociales y los servicios públicos<sup>201</sup>. No debemos perder de vista que el Estado genera gastos por la necesidad de cubrir las demandas sociales, que se ven reflejadas en pensiones, sistemas de salud, educación etc.

---

<sup>199</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado ...*, *ob. cit.*, p. 60. Cfr. CLOSA MONTERO, C., *“El libro blanco sobre la ...”*, *ob. cit.*, p. 491.

<sup>200</sup> PISARELLO PRADOS, G., *“El constitucionalismo social...”*, *ob. cit.*, p. 160.

<sup>201</sup> *Ibíd.*, p. 163.



Por lo tanto, al limitarse el déficit estructural, se genera una reducción sucesiva del gasto social, al tener que hacer recortes con el objetivo de poder pagar sus deudas.

En realidad, el problema trasciende al modelo de Estado constitucional. Incluso se puede hablar de un cercenamiento del artículo 9.2 C.E. por la prioridad absoluta que se estableció al cumplimiento de las obligaciones de endeudamiento y por las constantes reducciones al gasto social. Los poderes públicos tienen la obligación de eliminar cualquier rémora para hacer efectivos los derechos sociales, pero se ven imposibilitados por una norma que les impide hacer uso de los recursos económicos, por la prioridad que debe existir de honrar la deuda. Pues bien, observamos una primacía a los mercados financieros sobre la obligación que tienen los poderes públicos de satisfacer el principio del Estado social. Esto daría lugar a hablar de una posible contradicción en el seno de la Constitución. En primer lugar porque establece como obligación a los poderes públicos la salvaguarda de todos los postulados del modelo social, pero posteriormente limita las herramientas con las cuales puede generar la satisfacción de estos fines, valores, principios y derechos que son propios del modelo de Estado.

Paralelamente, se generó una afectación de la autonomía política y financiera de las Administraciones públicas, al existir una restricción en la autonomía del gasto<sup>202</sup>. Esto permite la descontextualización de la organización Estatal. Sostiene en este punto PISARELLO PRADOS que la reforma obligó a las Administraciones a destinar sus ingresos a fines que afectan el logro de principio del Estado social. A la sazón de lo anterior, no hay dudas que dicha reforma fraguó una clara erosión de

---

<sup>202</sup> *Ibíd.*, p. 164.

postulados como la democracia, las garantías sociales y la autonomía territorial<sup>203</sup>.

Si bien la precitada reforma trata de una disposición de asuntos económicos, se está limitando la capacidad de endeudamiento de las Comunidades Autónomas, y como sostiene MONTOYA MARTÍN, las reformas administrativas deben basarse en la estabilidad presupuestaria<sup>204</sup>. Pero este postulado debe armonizarse con el modelo social y democrático de Derecho, y brindar elementos para su satisfacción. De no hacerse puede llegar a lesionar los derechos fundamentales de las personas, para ello se hace necesario el respeto por la Constitución, sin negar la capacidad que tiene el Estado de incidir en los asuntos presupuestarios del Estado en general<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> PISARELLO PRADOS, G., "Una reforma constitucional para la periferia europea", en *Revista de económica crítica. Asociación cultural*, No 12, 2011, p. 160.

<sup>204</sup> MONTOYA MARTÍN, E., "Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización", en VII, Congreso AEPDA, Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.

<sup>205</sup> *Ibíd.*, "En todo caso, importa señalar que este Tribunal en su STC 62/2001, de 1 de marzo, reiterando anterior doctrina, ha considerado legítimo el establecimiento de límites presupuestarios en materias concretas, señalando que existe para ello un doble fundamento. De un lado, porque la limitación de gasto impuesta a las Administraciones públicas "encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13) (STC 96/1990, FJ 3), y su establecimiento está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario (STC 237/1992, FJ 3). Por todo ello, nada cabe objetar desde el punto de vista competencial a que el Estado adopte esta decisión en la Ley de presupuestos, máxime cuando ésta, lejos de ceñirse a ser un mero conjunto de previsiones contables, opera como un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno [SSTC 27/1981, FJ 2; 76/1992, FJ 4 a), por todas] (STC 171/1996, FJ 2)". Y de otro, porque "la imposición de estos topes máximos por parte del Estado también encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE, con el alcance previsto en el art. 2.1 b) LOFCA, el cual exige a las Comunidades Autónomas la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general (SSTC 171/1996, FJ 2; 103/1997, FJ 1). Con base en el principio de coordinación delimitado por la LOFCA cabe, pues, justificar que el Estado acuerde una medida unilateral con fuerza normativa general susceptible de incidir en las competencias autonómicas en materia presupuestaria, siempre que aquélla tenga una relación directa con los mencionados objetivos de política económica" (STC 62/2001, de 1 de marzo, FJ 4)."

Señala DE CABO MARTÍN que la reforma de la Constitución de España significó la destrucción del Estado social como elemento definitorio y central de la Constitución y del modelo, desmantelamiento que es a todas luces ilegítimo y que viene acompañado de influencias externas, que sin importar el costo en la sociedad quieren introducir estas políticas. Para DE CABO MARTÍN el Estado social es la pieza fundamental del modelo, por lo que su ruina lleva a una crisis también del Estado de Derecho y del Estado democrático<sup>206</sup>.

De lo visto la reforma constitucional lesionó los derechos sociales al limitar extremadamente los gastos públicos, con los que se pueden garantizar. Esta restricción se dio a favor de presiones extranjeras. No es dable que los poderes públicos olviden que la Constitución contiene derechos, valores y los principios fundadores del Estado que sirven como garantía y protección a la persona, por lo que no pueden ser sujetos de negociación<sup>207</sup>.

Aparte de las graves consecuencias para el ordenamiento constitucional español la reforma presentó también problemas formales, es decir, en su tramitación. Así pues, el Estado español inició un proceso de reforma a través del procedimiento que se encuentra regulado en el artículo 150 del Reglamento del Congreso de los diputados conocido como de lectura única. Adicional a ello se le dio una declaración de urgencia (Art. 93 Reglamento congreso de los diputados). Así, la reforma constitucional se caracterizó por tener una limitación de plazos y del debate parlamentario que claramente son necesarios para llevar a cabo una reforma de tal magnitud.

---

<sup>206</sup> DE CABO MARTÍN. C., “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo.*, año 10, No 19, enero-junio de 2013, p. 390.

<sup>207</sup> REY PÉREZ, J., “La reforma del artículo 135: una aproximación del título preliminar (Estado social) por la puerta de atrás”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, No 24, 2011, p. 235.

Respecto del procedimiento legislativo, piensa PISARELLO PRADOS que el mismo se caracterizó por una celeridad parlamentaria insólita, que tenía como objetivo evitar cualquier rémora como el referéndum popular o los debates previos. Fue así como no se dio el trámite democrático adecuado, en el sentido que dicha reforma no se caracterizó por un debate abierto y deliberativo, sino por el contrario, el mismo se efectuó de forma soterrada. Para realizar estas afirmaciones tenemos como evidencia el corto tiempo para su promulgación, fue así como la reforma se presentó el 26 de agosto de 2011 y el 27 de septiembre de la misma anualidad entró en vigor<sup>208</sup>.

Como corolario de este aparte debemos ser conscientes de que el Estado debe adecuarse a las transformaciones de la sociedad, pero no a cualquier costa. Debe tener en todo momento clara su función y con esto realizar los procesos de cambio. De igual forma no se debe perder de vista que la satisfacción del interés general y la garantía de los derechos y las libertades de las personas no se alcanzan con la reducción sistemática a la que se está sometiendo al Estado<sup>209</sup>. Por el contrario, lo ideal sería que en un Estado se salvaguardaran las prestaciones sociales, y además el mercado coexistiera de forma pacífica y ayudara por medio de tributos a sostener al Estado<sup>210</sup>.

Vistas las consecuencias de la crisis para el modelo de Estado debemos descender poder Ejecutivo. Teniendo en cuenta los cambios del Estado en general, el papel del Ejecutivo se ha visto reducido en la prestación de bienes cediendo esta función a los particulares. En efecto

---

<sup>208</sup> PISARELLO PRADOS, G., “Una reforma constitucional...”, *ob. cit.*, p. 160.

<sup>209</sup> Vid. NIETO GARCÍA, A., “Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública ¿Un problema pendiente?”, en *Revista de Administración Pública*, No 23 enero-abril de 1989, disponible en <http://www.ivap.euskadi.net/r61-vhome/es/> (con último acceso 28 de julio de 2014).

<sup>210</sup> *Ibíd.*

ha pasado de prestador a tener un papel garante, otorgándole mayor libertad al sector privado<sup>211</sup>, ya que los procesos de desregulación y liberalización permiten un mayor juego de los intereses privados.

Ante la cesión de la soberanía, el Ejecutivo se ve afectado, por cuanto muchas de sus funciones en ámbitos principalmente referentes a la actividad reguladora no se adecúan a los grandes cambios globales como son los desastres medioambientales o las crisis económicas. Situación que debe ser reconsiderada, la Administración y el Gobierno deben de jugar un papel determinante en la defensa y la protección de la dignidad, los derechos fundamentales de la persona y sus libertades, en contra de los excesos de poder<sup>212</sup>. Esto implica, de cierta manera, la obligación por parte del Ejecutivo de garantizar los postulados constitucionales por medio de prácticas como la buena administración y el buen gobierno, que son principios con los que se cuenta para que este poder del Estado actúe conforme a Derecho.

Consideramos que una forma de reivindicar el papel de la Administración y del Gobierno es ceñirse a los postulados constitucionales que los obligan. Así cumplirán con sus fines y objetivos. En consecuencia, el modelo de Estado se verá salvaguardado. Muchos considerarán este hecho como una utopía lejana o como un razonamiento ingenuo de alguien que no tiene conocimiento de la realidad pública, en la cual muchos intereses privados pretenden manejar a su acomodo las instituciones públicas. Pero si nos basamos en el ordenamiento jurídico, no debe ser extraño para todos los funcionarios el correcto actuar en su quehacer.

---

<sup>211</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 207.

<sup>212</sup> NIETO GARCÍA, A., "Reforma administrativa y...", *ob. cit.*

Además no se les debe olvidar a los gobernantes que del pueblo surgen los poderes que ostentan, motivo suficiente para no generar rémoras en la consecución de los derechos, no sólo los de primera generación, sino también los sociales. Como veremos en el capítulo segundo, todos ellos en conjunto permiten darle sentido a la función que desempeñan los poderes público y especialmente el Ejecutivo, ya que los mismos no se conciben únicamente como límites, por el contrario, son fuente inspiradora de los fines que se le imponen.

### **1.3 LA EVOLUCIÓN DE LOS MODELOS DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL SIGLO XX Y XXI.**

Habiendo analizado el modelo de Estado social y democrático de Derecho y teniendo en cuenta que el propósito de nuestra investigación es el análisis de la institución de la asistencia jurídica del Estado, nos percatamos que aquella en principio hace parte de la Administración activa. Además evidenciamos que los servicios que presta tienen el objeto de permitir el correcto actuar de la organización administrativa, es decir, su actividad está dirigida hacia la Administración. Con base en lo anterior se hace necesario determinar el papel de la Administración dentro del modelo actual del Estado, visto desde una perspectiva histórica y a través de los modelos de gestión que se han erigido. Lo anterior debe hacerse con el propósito de estar acorde a la dinámica de la sociedad y a las exigencias que todo el aparato estatal realiza a fin de poder garantizar el papel determinante de la persona. Es así como cada modelo pretendió satisfacer las demandas sociales a través de diversos principios como la legalidad, eficacia o eficiencia.

Por lo anterior en este aparte pretendemos realizar un examen partiendo de la burocracia, hasta llegar a la que se denomina hoy en día gobernanza, que tiene como característica considerar a la sociedad y al individuo fundamentales para la toma de decisiones públicas.

El Estado social y democrático de Derecho ha permitido que la sociedad tenga un papel más relevante en las relaciones que tiene con el Estado, por cuanto es su centro y la finalidad. Esto le impone el deber de ser garante los postulados constitucionales. Por lo tanto debe adoptar una estructura administrativa que le permita llevar a cabo dicho papel<sup>213</sup>.

De este modo encontramos que actualmente la Administración como brazo ejecutor del Gobierno es la piedra angular en la consecución del bienestar de las personas. Es cierto que el poder Legislativo y el Judicial juegan un papel determinante en la consecución de los postulados constitucionales. Sin embargo consideramos que el poder Ejecutivo tiene una relación más constante con el individuo, por lo que juega un papel relevante en la realización de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho<sup>214</sup>.

Así, le surge a la Administración la obligación no sólo de proporcionar bienes y servicios, deberá también generar las condiciones que le permitan al individuo obtener una adecuada calidad de vida<sup>215</sup>. A tal efecto, la Administración debe atender con objetividad los intereses generales, teniendo presente que su actuar siempre estará

---

<sup>213</sup> RESTREPO MEDINA, M., “Burocracia, gerencia pública y gobernanza”, en *Revista Diálogos de saberes*, No 30, enero-junio de 2009, p. 168.

<sup>214</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1064 de octubre 10 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M. y CÓRDOBA TRIVIÑO, J.

<sup>215</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Notas sobre derecho Administrativo I*, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 45-46.

regulado por el Derecho<sup>216</sup>. Es así como la Constitución es la carta de navegación para la Administración, en la medida que en ésta se definen los valores y principios, y mandatos a los que se debe someter. Principalmente hacemos referencia al interés general el cual demarcará su actuar<sup>217</sup>.

De lo estudiado hasta el momento observamos como en el actual modelo de Estado se garantizan unos postulados que comportan garantías en el ejercicio real y efectivo de los derechos. Sin embargo, no basta con la existencia de estos postulados, se requiere también que al interior de la Organización Administrativa se generen los cambios necesarios que permitan satisfacerlos<sup>218</sup>.

Bajo el esquema de las transformaciones que se suscitan en la gestión de la Administración y del modelo de Estado, no debe ser un tema extraño para los estudiosos del Derecho administrativo y constitucional. Además de tener presente la importancia que reviste, ellos deben entrar a valorar las herramientas con las que pueden contar las autoridades públicas para satisfacer las demandas de los individuos. Más aún, el cambio de estos modelos de gestión generan un aumento de las capacidades institucionales, lo cual asegurará el mantenimiento y la elevación del nivel de vida de la sociedad, ello en el entendido que al transformarse la Administración y el Estado se encontrará acorde con la realidad social

---

<sup>216</sup> AGUILERA IZAGUIRRE, G., *Modelos de Evaluación de la calidad de las organizaciones dependientes de la Administración Pública en México y España*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010, p. 31.

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *“Los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho Administrativo Constitucional”*. Disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/> (último acceso 6 de julio de 2014).

<sup>218</sup> YOUNES MORENO, D., *Panorama de las reformas del Estado y de la Administración Pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.



Vemos como en la práctica los Estados se ajusten a la realidad, de igual forma ven la importancia que representa la Administración en estos procesos. Sin ir más lejos traemos el ejemplo del Estado español en la Orden APU/1014/2003, “Por la que se crea el Grupo de Expertos para el Estudio de las Principales Líneas de Reforma de las Administraciones Públicas”<sup>219</sup>. Toma como objetivo la adecuación de las instituciones y la preeminencia de reforzar la forma en que las Administraciones Públicas ejercen sus funciones. Por ello hace especial énfasis en la permanente revisión de la estructura y funcionamiento de las instituciones públicas.

En este orden de ideas, todo esto conlleva a que la concepción de la Administración y el Derecho administrativo se articulen y de esta manera se ponga en marcha la gestión administrativa, a favor del individuo dentro de una sociedad<sup>220</sup>.

En el presente aparte pretendemos realizar una revisión de las diferentes estructuras que se generaron después de la postguerra y cómo ellas influyeron en la organización administrativa, todo con el propósito de determinar la importancia que tienen para el logro de los anhelos constitucionales.

Desde esta perspectiva ALLI ARANGUREN muestra que la investigación histórica permite conocer la funcionalidad, la razón y el objeto de las instituciones a fin de poder determinar cuáles son las posibilidades de adecuarse a la realidad, social y política, observando que en ocasiones los problemas que aquejan a las instituciones ya

---

<sup>219</sup> REINO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE RELACIONES PUBLICAS, Orden APU/1014/2003. Del 29 de abril de 2003, Madrid, BOE núm. 102 de 29 de abril de 2003.

<sup>220</sup> YOUNES MORENO, D., *Panorama de las reformas del Estado y de la Administración Pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004, p. 24. RESTREPO MEDINA, M., “*La respuesta del derecho...*”, *ob. cit.* p. 37.

fueron vividos<sup>221</sup>. De igual forma el autor asegura que “el Derecho administrativo y la Administración son ante todo un producto histórico y sólo desde la perspectiva histórica pueden ser comprendidos”<sup>222</sup>.

### 1.3.1 LA BUROCRACIA.

Retomando el tema del análisis de las transformaciones Administrativas ocurridas en el siglo XX y XXI, debemos empezar por mencionar “*la burocracia como una forma de organización que se caracteriza por la centralización, la jerarquía, la autoridad, la disciplina, las reglas, la carrera, la división del trabajo, la tenencia*”<sup>223</sup>, en dicho modelo se pretendió separar a la Administración de la política. Este modelo “*fue considerado a la vez como expresión de la racionalidad (...) es decir, como el más apropiado para garantizar: 1) la eficacia y eficiencia de la acción administrativa, y 2) la sumisión plena de las Administraciones Públicas al Derecho.*”<sup>224</sup>

El modelo burocrático pretendía que el interés público y los intereses privados estuvieran separados, a su vez se edificaba bajo el postulado de legalidad (la primacía del interés general se realizaba por medio de normas y planes determinados)<sup>225</sup>, con el propósito de generar una diferencia organizativa de funciones y jerarquías con funciones determinadas. El objeto de este modelo de gestión radicaba en hacer más eficientes los procesos administrativos. Fue asimilado a una maquina en la que cada funcionario era parte del engranaje

---

<sup>221</sup> ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 29.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>223</sup> CLEGG, S. Y HARDY, C., “Organizations, organization and organizing”, en AA.VV (CLEGG, S.), *Handbook of organizations studies*, Sage, London, 1996, p. 8.

<sup>224</sup> PRATS CATALÁ, J., Las transformaciones de las Administraciones ..., ob. cit., p. 58.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, p. 58- 59.

administrativo, pudiéndose determinar claramente los alcances de cada función.

Debido a lo anterior, se instauró la carrera administrativa como medio idóneo para alejar a los funcionarios de la posible injerencia de influencias políticas y clientelistas<sup>226</sup>. En este sentido RESTREPO MEDINA arguye que el servicio civil fue concebido *“como un instrumento obediente e imparcial de la soberanía estatal, y un intérprete e implementador de la ley y de las políticas públicas; de esta manera el servicio civil llegó a disfrutar de un estatus de protector imparcial del interés público y se convirtió en un símbolo de estabilidad y continuidad”*<sup>227</sup>.

Este mecanismo es percibido aún como un elemento que elimina las influencias políticas, ya que en principio su ingreso se hace mediante concurso y se opone a los contratos de prestación de servicios, que tienen alta influencia clientelista y política en la que pueden entrar a jugar actos de corrupción y favorecimiento a terceros, que interferirían con el normal desarrollo de las actividades administrativas<sup>228</sup>.

Entonces el modelo burocrático pretendió revolucionar la forma en que ejercía las funciones la Administración, para lo cual requería conocimientos. Fue de este modo como se intentó tecnificar el ejercicio

---

<sup>226</sup> Respecto de esta forma de ejercer la administración debemos decir, que la Constitución Política de Colombia, consagra la carrera administrativa y la descentralización funcional como principios que se deben aplicar en la administración, elementos que son propios del modelo burocrático. Al respecto del desarrollo ocurrido en Colombia *Vid.* LÓPEZ MEDINA, D., “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”, en. *Revista de Derecho Público*, No 1, junio de 2007.

<sup>227</sup> RESTREPO MEDINA, M., “Burocracia, gerencia pública ...”, *ob. cit.*, p.169.

<sup>228</sup> Respecto de la corrupción y los delitos que se pueden configurar dentro de la Administración, *Vid.* CASTRO CUENCA, C., *Corrupción y delitos contra la Administración Pública: especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

administrativo, eliminándolo de toda posibilidad de interferencia y de discrecionalidad, pretendiendo crear una estructura limitada.

Entonces, podemos ver como la burocracia desde su concepción de poderes tiene por objeto la realización de una labor ordenada, predecible, especializada, sometida a la ley, organizada bajo parámetros de jerarquía y basada en cargos estables, separada de los intereses privados.

El modelo burocrático dejó elementos que perduran hasta el día de hoy. El primero ya fue mencionado, la carrera administrativa, otros son la preeminencia de la legalidad, el establecimiento de estructuras dentro de las instituciones y los reglamentos de funciones.

Pese a sus aportes el mismo cayó en declive, por cuanto no respondió a las demandas que se le exigían a la Administración, fue así como se vio que dicho modelo podía ser objeto de influencias de intereses privados que iban en contra de la presunta imparcialidad de los funcionarios. También se evidenció que mediante este modelo era imposible eliminar en su totalidad la discrecionalidad de los funcionarios públicos.

Además los procedimientos administrativos se caracterizaban por ser extensos y dispendiosos, lo cual iba en contra de los principios de eficacia y eficiencia. Igualmente encontramos que la percepción de los ciudadanos frente a la Administración era negativa y su organización se consideraba paquidérmica y alejadas de la realidad. Aunado a lo anterior, después de la era industrial se presentaron fenómenos como la globalización, que hizo replantear el modelo de gestión de la Administración.

Debemos manifestar que el proceso de burocratización en América Latina no brindaba el nivel de seguridad jurídica y de racionalidad burocrática necesaria para darse, “...en el contexto de los países Iberoamericanos, que no han logrado a la fecha consolidar una cultura burocrática profesional, la flexibilización de los sistemas de contratación puede producir resultados aún peores”<sup>229</sup>. Es decir, acudir a la gerencia pública sin tener instituciones públicas fuertes y desarrolladas puede generar mayores problemas de corrupción y clientelismo, en el sentido en que este modelo se caracteriza por ser menos estricto<sup>230</sup>.

A nivel mundial y coincidiendo con la entrada en crisis del Estado de bienestar, se produjo una gran afección al fisco, al asumir el Estado cargas que en términos fiscales eran imposibles de soportar. Aparte se percibía la imposibilidad de la Administración de asegurar la prevalencia del interés general, también se evidenció la desviación de intereses a favor de particulares y la generación de la ingobernabilidad sistemática<sup>231</sup>, que puso en duda la eficacia y la eficiencia de este modelo administrativo<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> FERRARO CIBELI, A., *Reinventando el Estado: Por una Administración Pública democrática y profesional en Iberoamérica*, INAP, Madrid, 2009, p.135.

<sup>230</sup> PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management...*, *ob. cit.*, p. 107 “...nuestra tesis fue siempre que las reformas administrativas en América Latina debían orientarse, prioritariamente, a la creación de verdaderas burocracias weberianas, como elemento imprescindible en la construcción del Estado democrático de Derecho. Esto representaba una tarea hercúlea, pues exigía a las nuevas clases políticas democráticas ir prescindiendo del manejo patrimonial del Estado para producir gobernabilidad interna en sus partidos políticos respectivos; ir renunciando a la voluntad arbitraria en la toma de decisiones ejecutivas para garantizar a los operadores económicos la previsibilidad y calculabilidad de las decisiones... Exigía, en definitiva, ir creando (...) eficiencia externa de la Administración o grado de eficiencia que el comportamiento administrativo es capaz de inducir en los actores económicos privados. Pero decidió ir por otros caminos (...), se mantuvo el régimen de no seguridad jurídica inherente a las burocracias patrimoniales...”

<sup>231</sup> CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA, J., *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, p. 95- 119. “Su prolífica aunque errática producción legislativa, al aumentar de modo cada vez más desordenado y articulado el número de materias, actividades y comportamientos regulados por textos legales, acaba conduciendo a la

### 1.3.2 LA GERENCIA O MANAGEMENT.

Luego de la crisis de los setenta quedó en entredicho el papel del Estado frente a la satisfacción de las demandas de la sociedad. En tal sentido surgió la idea de racionalización del gasto público y se empezó a exigir a los poderes públicos esquemas de calidad y eficiencia, encontrando la respuesta en el sector privado. Fue allí donde doctrinariamente se acuñó el término de la huida del Derecho administrativo, por cuanto se inició un proceso de sujeción del Derecho administrativo a instituciones y mecanismos propios del Derecho privado <sup>233</sup>. Si bien es cierto que se pueden encontrar otras manifestaciones en tiempos más remotos, esta época fue cuando aquella tuvo mayor utilidad en la forma de llevar los asuntos de la Administración porque permitió mayor flexibilidad en los procedimientos y en la gestión administrativa, que se caracterizaban por ser más rígidos y en ocasiones engorrosos.<sup>234</sup>

Sin embargo, el establecimiento de una estructura estricta y centralista no satisfacía las necesidades de las personas, generándose

---

ruptura de la organicidad, de la unidad lógica y de la racionalidad sistemática del ordenamiento jurídico”.

<sup>232</sup> PRATS CATALÁ, J., “Las transformaciones de las Administraciones...”, *ob. cit.*, p.62-63, RESTREPO MEDINA, M., “Burocracia, gerencia pública...”, *ob. cit.* p. 171 ss. PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management...*, *ob. cit.*, p. 112 ss.

<sup>233</sup> En España estas transformaciones tuvieron un auge en los años ochenta, al respecto Oriol Mir manifiesta que una expresión de dicho modelo se puede encontrar en la Ley 33 de 1987, que trata los asuntos de presupuesto general, en donde “permitía la existencia de entes públicos sometidos únicamente a <<su normativa específica>>. El legislador aprovechó esta genérica habilitación normativa (una auto habilitación, en realidad) y, en los años sucesivos, creó una serie de entes dotados de personalidad jurídico-política propia a los que atribuyó funciones públicas muy importantes (...) sometió en gran medida al Derecho privado : la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el ente público de Aeropuertos Españoles y Navegación (AENA), la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y el ente público Puertos de Estado”. MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho...*, *ob. cit.*, p. 161-162.

<sup>234</sup> *Ibíd.*, p. 158-160.

problemas de adaptación a los cambios sociales por parte de la Administración.<sup>235</sup> En este sentido RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ considera que “...los gastos sociales han crecido de la mano del todopoderoso Estado de Bienestar, sin embargo, la calidad en la atención del hombre marginado concreto es todavía una quimera. Si cabe la paradoja es patente, aumenta la solidaridad administrativa, pero <<esta es insuficiente, impersonal, burocrática y no responde a las necesidades concretas, inmediatas e individuales.”<sup>236</sup>

Teniendo en cuenta la crisis surgida en los años setenta y la inoperancia del modelo burocrático, se dio paso al ingreso de fuerzas neoliberales, marcadas por la reducción del fisco, la privatización, la desregulación, la apertura del mercado, la asunción por parte de particulares de labores que eran antes propias del Estado<sup>237</sup>.

A tal efecto, la estructura administrativa se vio influenciada por el sector privado, pretendiendo asemejarla a una empresa, dicho modelo es conocido como gerencia o *management*. De este modo el factor económico juega un papel determinante, siendo posteriormente criticado porque olvida los postulados propios del interés general, puesto que los fundamentos de la gestión privada son diferentes a los de la pública<sup>238</sup>.

El Estado no puede asemejarse a una empresa privada cuyo fin es producir rentabilidad económica. Si bien es cierto que el aparato estatal debe acudir a medidas económicas idóneas para su pervivencia,

---

<sup>235</sup> PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management...*, *ob. cit.*, p. 112.

<sup>236</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Reformas y modernización de la Administración Pública española”, en AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.), *La Administración Pública española*, Instituto Nacional de Función Pública, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002, p. 23.

<sup>237</sup> DE LA SERNA BILBAO, M., *La privatización en España ...*, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>238</sup> PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management...*, *ob. cit.*, p. 70.

el mismo tiene como fundamento a la persona y su bienestar, lo que implica en ocasiones gastos e intervenciones que desde el punto de vista privado parecen innecesarios, pero siguiendo los principios constitucionales se constituyen en un deber en cabeza de las autoridades públicas.

Este modelo tuvo como premisa el cambio de concepción del ciudadano a la de cliente, como consumidor de bienes y servicios. Este modelo de gestión no atendió los postulados constitucionales, en el sentido que las instituciones no sólo se encargan de la producción de bienes y servicios, sino también garantizan los derechos de las personas que le permiten llevar una vida digna<sup>239</sup>.

En lo que hace referencia a la relevancia de la sociedad y en particular del mercado, dicho modelo pretendió dejar en manos del mercado labores que anteriormente desarrollaba el Estado (entre otras utilizó contratos los cuales serán controlados, por la medición del cumplimiento de metas y de resultados)<sup>240</sup>. Al perder la capacidad prestadora de servicios y bienes manifiesta PRATS CATALÁ tuvo la regulación como una medida que permitió controlar el mercado<sup>241</sup>.

En este punto MIR PUIGPELAT considera que este tipo de transformaciones se deben enmarcar dentro de la esfera del Estado social y democrático de Derecho, los cuales independientemente del prestador, ya sea Estado o particulares, deben respetar los postulados emanados de la Constitución<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “El principio de legalidad como obligado factor de calidad en la gestión pública”., en AA.VV. (RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 145.

<sup>240</sup> GUERRERO OROZCO, O., “El “management” publico una torre de Babel”., en *Revista Convergencia*, No 17, septiembre-diciembre de 1998, p. 16.

<sup>241</sup> PRATS CATALÁ, J., “Las transformaciones de las Administraciones...”, *ob. cit.*

<sup>242</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho ...*, *ob. cit.*, p. 112 - 113.



En lo referente a la formulación de políticas públicas y estrategias, la Administración fue entendida como órgano político y formulador de aquellas. Intervenía abiertamente en su diseño, pero su implementación se dejaba en manos de técnicos o gerentes quienes por especialidades las ponían en marcha. Así, la comunicación entre gerentes era inexistente en el sentido en que cada experto se encargaba de ejecutar determinada política, por medio de su experticia, lo que tuvo como consecuencia que la cooperación y coordinación al interior de la Administración fuese cada vez más exigua.

Es pertinente mencionar que este modelo se caracterizó por generar una división entre los asuntos políticos y técnicos, relacionándose por medio de contratos. En este escenario, el político se encargaba de realizar determinados objetivos a un cuerpo técnico subordinado, y este último al final de su labor debía entregar resultados, es decir, su actividad se medía en el producto final<sup>243</sup>.

En razón de lo expuesto, encontramos las amplias libertades que se le asignaron a los gerentes. Ya para los años noventa se dieron cuenta que este sistema no cumplía con los niveles de eficacia que pretendían. Además generó hechos de irresponsabilidad por parte de los gobernantes, en razón a que ellos eran únicamente responsables de la formulación de la política, mas no de su implementación. Aunque intervinieran indirectamente en una posible reformulación<sup>244</sup>, los responsables eran los técnicos que desarrollaban e implementaban las políticas públicas.

---

<sup>243</sup> BARZELAY, M., *La nueva gestión pública: un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 90.

<sup>244</sup> PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management,...*, *ob. cit.*, p. 70.

Debemos manifestar que este modelo tuvo un gran auge en los Estados anglosajones<sup>245</sup>. Sin embargo en Europa, aquel fue aplicado con mayor reticencia, particularmente en Alemania<sup>246</sup>.

En España este modelo tuvo aplicación luego del régimen franquista que se identificaba con un modelo de gestión administrativa burocrático. Cabe mencionar que aquellas tendencias de gestión administrativa se vieron influenciadas por tendencias anglosajonas. NIETO GARCÍA sostiene que no se adecuaban con la realidad administrativa española<sup>247</sup>.

De todos modos el modelo gerencial permitió mostrar que el establecimiento de estructuras rígidas apáticas al cambio no se adecuaban a las tareas que ejerce la Administración. Adicional a ello el Derecho administrativo también fue objeto de cambios, en el sentido que el mismo se hizo más diverso y por lo tanto más complejo, con el propósito de estar acorde con la realidad social.

Respecto de los cambios en la estructura de la Administración observamos que hoy en día existe una mayor flexibilidad, particularmente en la estructura española. Según RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, está preceptuada en la Ley 6 de 1997, y en ésta no se consagra un modelo de organización único *contrario sensu* aquella está abierta a organizarse de acuerdo a los diferentes tipos de actividades que ejerce la Administración<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> Respecto del desarrollo ocurrido en estos países *Vid.* BARZELAY, M., *La nueva gestión...*, *ob. cit.*

<sup>246</sup> Respecto de la aplicación en países de Latinoamérica *Vid.* PRATS CATALÁ, J., *De la burocracia al management...*, *ob. cit.*

<sup>247</sup> NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007, p. 259, 261 y 266.

<sup>248</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *“Reformas y modernización...”*, *ob. cit.*, p. 45.

Este modelo permitió ver que al no adecuarse la Administración a las demandas sociales, económicas y políticas de una sociedad, aquella pierde legitimidad, debido a que su estructura no se encuentra coordinada por lo que el quehacer administrativo tendrá problemas, ya sea de eficacia, eficiencia, imparcialidad, transparencia, igualdad entre otros.

Asimismo, la gerencia evidenció la necesidad de comunicación y coordinación entre las instituciones, lo que significa que sus entidades deben entrar a funcionar de forma conjunta para cumplir con los fines que se le demanda. Se es consciente que una sola institución en ocasiones resulta escasa para el acometimiento de los objetivos propuestos dentro de la Administración Pública.

Con el modelo gerencial se acuñaron aparte de la legalidad, propia de la burocracia, los principios de eficacia, eficiencia y calidad como elementos que deben incluirse en el actuar administrativo. A su vez, se vio la posibilidad que la sociedad debe trabajar mancomunadamente con el Estado con el propósito de alcanzar el bienestar general, por cuanto los procesos de privatización mostraron que la participación de la sociedad en la prestación de bienes y servicios puede ser correcta siempre que se lleven procesos regulatorios adecuados.

La formulación de procesos de rendición de cuentas y de indicadores pretendía eliminar las fallas que se presentaban en el modelo burocrático. Es así como la medición por resultados fue pensada para promover la efectividad de las políticas y de los programas

desarrollados por estos<sup>249</sup>. Actualmente siguen siendo utilizados por la Administración, en particular podemos ver que las entidades públicas en sus portales institucionales tienen permanentemente actualizados indicadores de los riesgos y de los logros que se proponen, a fin de hacer más eficiente y transparente su labor a los ojos del ciudadano<sup>250</sup>.

Los indicadores de gestión se convirtieron en elemento fundamental en la rendición de cuentas, por cuanto *“permite describir características, comportamientos o fenómenos de la realidad a través de la evolución de una variable o el establecimiento de una relación entre variables, la que comparada con periodos anteriores o bien frente a una meta o compromiso, permite evaluar el desempeño y su evolución en el tiempo (...) Los indicadores sirven para establecer el logro y el cumplimiento de la misión, objetivos, metas, programas o políticas de un determinado proceso o estrategia”*.<sup>251</sup>

Con este tipo de herramientas los procesos de planeación, de presupuesto y de control de gestión, son más eficaces siempre que los indicadores estén bien diseñados, sean medibles y el objeto de control esté bien dirigido. Así se podrá evaluar la eficiencia y eficacia del quehacer administrativo.

### 1.3.3 LA GOBERNANZA.

---

<sup>249</sup> RESTREPO MEDINA, M., “La Administración Pública en la Constitución de 1991: sincretismo involuntario entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza”, en *Revista Estudios Socio-jurídicos*, No 13. 1, 2011 p. 374.

<sup>250</sup> A modo de ejemplo se puede ver el portal de la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad estatal del orden descentralizado por servicios en donde se pueden consultar todos los pormenores de su actividad cotidiana. [https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2068&Itemid=268](https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/index.php?option=com_content&view=article&id=2068&Itemid=268)

<sup>251</sup> COLOMBIA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, “Guía para la construcción de indicadores de gestión”, en [http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive\\_publicaciones?no=1445](http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=1445), consulta 24 de marzo de 2013.

Como lo hemos expresado reiteradamente, para la gerencia la concepción de la persona no fue la adecuada, por lo que se llegó a cuestionar si en la idea de cliente el Estado satisfacía todas las necesidades demandadas por la sociedad, inquietud que fue resuelta y determinó que eran muchas las necesidades de los ciudadanos que estaban insatisfechas. Por lo tanto en respuesta de la gerencia surgió la gobernanza como un modelo de interacción de todos los niveles del sector público, organizaciones privadas, la sociedad civil y el mercado. Este modelo pretende *“privilegiar las fórmulas flexibles de cooperación, que buscan asociar a los diferentes actores (...) en la toma de decisiones; la acción colectiva tiende de este modo a convertirse en el producto de negociaciones realizadas por un conjunto muy diversificado de actores públicos y privados, que van a verse implicados de una u otra manera en su elaboración”*<sup>252</sup>.

En este modelo la concepción tradicional del Estado es rebatida, por lo tanto su jerarquía sobre la sociedad y las personas es cuestionada, ello por cuanto la Administración pasa de tener un papel de impositor a un papel de garante, en el cual la sociedad es tenida en cuenta como actor fundamental. Este modelo propende por la participación activa de los diferentes actores sociales, tanto en la creación como en la ejecución de las políticas públicas, lo que permite inferir que la gobernanza depende tanto de la acción administrativa como del desarrollo y la participación de la sociedad civil y el mercado<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> RESTREPO MEDINA, M., “La Administración Pública...”, ob. cit., p. 381.

<sup>253</sup> RUANO DE LA FUENTE, J., “Acción pública y gobernanza: Desafíos gerenciales y consecuencias políticas de la coproducción de servicios públicos”, en AA.VV (coord. ARENILLA SÁEZ, M.), *La Administración Pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena Alcázar*, INAP, Madrid, 2010, p. 304.

Lo anterior implica para la Administración la re-contextualización de la persona no como un cliente o un elemento. Mas bien será aquella parte determinante para las instituciones y la implementación de políticas públicas. Este modelo se ha denominado “*gobierno relacional o en redes de interacción público-privado-civil a lo largo del eje local/global*”<sup>254</sup>, Esto no implica que los modelos vistos antes (burocracia y gerencia) queden proscritos, por el contrario aquellos pueden pervivir conjuntamente, puesto que este modelo principalmente hace referencia a la articulación que debe existir al interior del aparato estatal y este a su vez con la sociedad.

Este proceso de redes como mencionamos merece la integración de estructuras sociopolíticas con roles y responsabilidades comunes que deben ser definidos a fin de poder ejercer una gobernación eficaz, eficiente, de calidad y conforme al ordenamiento jurídico, en el cual la tradicional idea de una Administración encargada de determinar las políticas públicas unilateralmente queda rebatida, en la medida que cada vez más la sociedad civil participa en la gestión pública<sup>255</sup>.

Es por lo que el Estado juega un papel determinante en la articulación e interacción de dichas redes y de esta forma acometer los fines constitucionales, la garantía de los derechos y libertades del individuo. En virtud de ello observamos cómo se empieza a hablar de relaciones horizontales entre el Estado y la sociedad<sup>256</sup>. Por lo tanto se genera una “*multiplicación de instancias de decisión, los escenarios de*

---

<sup>254</sup> PRATS CATALÁ, J., “Las transformaciones de las Administraciones...”, *ob. cit.*, p.83.

<sup>255</sup> RESTREPO MEDINA, M., “La Administración Pública...”, *ob. cit.*, p. 385.

<sup>256</sup> RAMÍREZ CHAPARRO, C., “De las redes a la gobernante una breve revisión teórica”, en AA.VV. (JUVINAO DAZA, M., Y BERNAL IZQUIERDO, R., compiladores), *Reflexiones de la administración pública*, ESAP, Bogotá, 2002., p. 59.

*acción compartidos entre el Estado y la sociedad que contribuyen a la confusión entre el interés general y el interés particular*<sup>257</sup>.

Evidenciamos que frente a la actividad privada siempre existirá la prevalencia de intereses particulares<sup>258</sup>, por lo que el papel del Estado será fundamental en la consecución del interés general. En esta perspectiva MIR PUIGPELAT estima, refiriéndose a las practicas del mercado global, que aquel no será capaz de corregir las desigualdades, por cuanto si bien el mercado genera una enorme riqueza, ésta no será repartida de forma equitativa<sup>259</sup>. De ese modo, se reafirma el papel del Estado como garante de los postulados constitucionales, por lo que su rol deberá caracterizarse por el compromiso en su quehacer y el respeto por el ordenamiento.

Adherimos a la afirmación de SÁINZ MORENO, atinente a la exigencia que se le hace al poder público en permitir a la sociedad desplegar su “*acción en todos los órdenes*”<sup>260</sup>, adquiriendo la responsabilidad de garantizar el correcto funcionamiento de la sociedad, los derechos y libertades de las personas<sup>261</sup>.

---

<sup>257</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>258</sup> BECK, U., “*¿Qué es la Globalización...*”, *ob. cit.*, p. 18. “... podemos exportar puestos de trabajo allí donde son más bajos los costes es y las cargas fiscales a la creación de mano de obra”, vemos en este sentido que los empresarios pueden salir de un lugar a otro sin importar las personas que dejan sin trabajo, en este sentido el mencionado autor nos pone de manifiesto que mientras los salarios en algunos países no aumentan, los beneficios empresariales aumentan, lo cual en conjunto puede considerarse como una transgresión a los derechos de las personas, en particular al trabajo y al mínimo vital, los cuales se ven cada día más amenazados. Cfr. CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA, J., *El derecho en la economía ...*, *ob. cit.*, p. 23-24.

<sup>259</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho ...*, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>260</sup> SAINZ MORENO, F., “El valor de la Administración Pública en la sociedad actual”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 104.

<sup>261</sup> *Ibíd.*, p. 104.

Hicimos referencia al concepto de redes<sup>262</sup> como elemento determinante en la gobernanza, por medio del cual “*el Estado y la sociedad son dos sistemas imbricados a través de redes y nexos complejos, que forman parte de un sistema más amplio en el que cada uno de los términos sirve a finalidades complementarias y posee cualidades y principios estructurales igualmente complementarios, que precisan de la cooperación, la colaboración y la coordinación*”<sup>263</sup>.

Lo anterior implica la creación de diferentes grupos de redes públicas y privadas que de una u otra forma se interrelacionarán. Como consecuencia de lo anterior la relación unilateral de la Administración en la gestión pública se verá transformada, ya que la sociedad tendrá mayor participación en su gestión.

Dicho replanteamiento se genera debido a que en la comunidad internacional se crean organizaciones supranacionales, o reglamentos internacionales, que vienen a satisfacer necesidades (económicas, sociales, políticas, culturales, etc.) de la comunidad, a lo cual los Estados no son indiferentes y como consecuencia ceden potestades que son consideradas propias del Estado. Por este motivo se viene a reconsiderar la idea tradicional de la estructura de poderes e instituciones políticas y el papel que aquellas juegan en la satisfacción de las necesidades de las personas, a causa de ello se cree que la concepción del modelo de Estado social y democrático de Derecho está siendo transformado por un nuevo modelo de organización Estatal.

---

<sup>262</sup> ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo...*, *ob. cit.*, p.354. “Las redes son instrumentos de definición y gestión de políticas, programas y proyectos públicos por medio de procesos de articulación de las relaciones interestatales, intergubernamentales e intersociales. Estas redes de políticas públicas proceden de procesos de interacciones de muchos actores públicos y privados, con interdependencia compleja, que reflejan responsabilidades compartidas en acciones de cooperación.”

<sup>263</sup> *Ibíd.*, p.343.



Al respecto ALLI ARANGUREN considera que la gobernanza viene precedida de un proceso de globalización, el cual ha sido ampliamente influenciado por ideas neoliberales, que pretenden retornar al modelo liberal, eliminando el Estado social y democrático de Derecho, por cuanto es considerado como un obstáculo para lograr su bienestar. Igualmente sostiene que el Estado ha sufrido serios cambios por cuanto el mismo ha pasado de ser prestador, redistribuidor y configurador, a un garante de las condiciones del mercado, de las libertades y derechos <sup>264</sup> . Sobre el particular SAINZ MORENO manifiesta su preocupación arguyendo que la reducción del papel de la Administración y en general del Estado puede generar decisiones arbitrarias y peligrosas sobre los derechos y libertades de los hombres como se vivió en épocas pasadas<sup>265</sup>.

Desde luego, creemos que el papel del Estado social y democrático de Derecho ha sido remplazado en muchas de sus actividades por el mercado. Sin embargo mientras este modelo esté preceptuado en la Constitución, el Estado deberá ser garante de la primacía de la persona y de los postulados constitucionales.

De otro lado reconoce RESTREPO MEDINA que la información juega un papel determinante en este modelo, permitiendo mayores controles y celeridad en la toma de decisiones. Conjuntamente se generan espacios de transparencia y de intervención ciudadana. Respecto a este punto el precitado doctrinante, al igual que MIR PUIGPELAT coinciden en que la participación de la sociedad dentro de la gestión de la Administración Pública permite la consolidación del principio democrático del Estado. Por eso la participación activa de las personas se traduce en procesos que aseguran mayor legitimidad en el

---

<sup>264</sup> ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo...*, *ob. cit.*, p.163.

<sup>265</sup> SAINZ MORENO, F., "El valor de la Administración Pública ..., *ob. cit.*, p. 111.

actuar de la Administración, permitiendo detectar desviaciones o implementación de políticas erradas, y a su vez impulsar la correcta gestión pública<sup>266</sup>.

La gobernanza puede ser vista como un modelo de consenso entre el Estado y la sociedad. Adicional a ello se genera una transformación de las estructuras institucionales, siempre teniendo la dirección y el control de las autoridades públicas<sup>267</sup>. Con la inclusión de la sociedad en la formación de la voluntad estatal, se genera un papel más activo de la persona, por lo que aquella adquiere la relevancia necesaria para la satisfacción de sus demandas. Por lo tanto y como manifiesta BLANCO se genera un papel del gobierno más limitado, pero una mayor determinación y poder por parte de la sociedad<sup>268</sup>.

Encontramos que este modelo de Administración reconoce el conjunto de redes complejas compuestas por la Administración y la sociedad como una forma de poder alcanzar los postulados constitucionales. No obstante dicho proceso no debe perder de vista a la persona, por cuanto la Constitución demanda su protección. Es por ello que este modelo se torna interesante si se conjuga con un proceso de descentralización, el cual pretende desnuclearizar la toma de decisiones en un Ejecutivo alejado de la realidad, generando mayores procesos de participación<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> *Ibíd.*, p.130-134. Cfr. RESTREPO MEDINA, M., “La Administración Pública...”, *ob. cit.*, p. 384.

<sup>267</sup> RAMÍREZ CHAPARRO, C., “De las redes a la gobernanza...”, *ob. cit.*, p. 69.

<sup>268</sup> BLANCO, C., “Del Estado frágil al Estado sólido y del Estado sólido al Estado fluido”, en AA.VV.(coord. BARREDA DÍEZ, M., Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A.), *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Tirant Blanch, Valencia , 2012, p. 51.

<sup>269</sup> MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho ...*, *ob. cit.*, p. 347.130-134. BLANCO, C., “Del Estado frágil...”, *ob. cit.*, p. 53.

Lo anterior implica un reforzamiento en las estructuras administrativas, de los postulados del Estado social y democrático de Derecho y de los principios administrativos, los cuales por medio de la buena administración y el buen gobierno permitirán generar un proceso de diálogo y consenso entre los diferentes actores. Por consiguiente el papel de la Administración será el garante y guarda de los postulados constitucionales, en la implementación de las políticas públicas<sup>270</sup>.

De otro lado, encontramos que al interior de la Comisión de la Unión Europea se erigió un documento denominado Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea que pretendía integrar el espacio europeo de una forma tal que los ciudadanos pudiesen *“aprovechar las oportunidades de desarrollo económico y humano que ofrece la globalización y de enfrentarse a los desafíos que se plantean en ámbitos tales como el medio ambiente, el desempleo, las preocupaciones en materia de seguridad alimentaria, la delincuencia y los conflictos regionales”*<sup>271</sup>.

Ello teniendo en cuenta, la desafección política de la ciudadanía que se considera desamparada en la solución de sus problemas y en la real garantía de sus derechos<sup>272</sup>. Para hacer frente a ello, la Comisión cree necesario hacer uso de la gobernanza como un concepto de interacción entre los órganos comunitarios, los Estados y los ciudadanos por medio de normas, *“procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente*

---

<sup>270</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Derecho Administrativo y gobernanza democrática de las redes”, en AA.VV.( coord. BARREDA DÍEZ, M., Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A.), *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Tirant Blanch, Valencia , 2012, p.137

<sup>271</sup> COMISIÓN EUROPEA, *La gobernanza Europea- Un libro Blanco*, Bruselas: COM (2001)428 final , 2001, p. 1.

<sup>272</sup> CLOSA MONTERO, C., *El libro blanco sobre la ...*,ob. cit., p. 493.

*desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia*<sup>273</sup>.

El proceso de implementación de la gobernanza tiene como fin desarrollar una serie de políticas, por medio de las cuales se pretende incluir el mayor número de personas y asociaciones, y de esta manera obtener como resultado la transparencia y la responsabilidad de los participantes<sup>274</sup>.

Frente a esta situación podríamos decir que la Comisión Europea pretende un proceso de participación abierto en la toma de decisiones, *“en los que las «redes» tienen una importancia capital y, sobre todo, se trata de un proceso a varios niveles (incluyendo, además del europeo y estatal, el regional y el local) o multinivel”*<sup>275</sup>.

En lo referente a esta propuesta realizada por la Unión Europea existen ciertas dudas respecto de la puesta en marcha de la gobernanza. La primera es el posible colapso que se puede tener frente a la capacidad de suplir las numerosas demandas que se exigen desde los diferentes tipos de redes, lo cual puede desembocar en un bloqueo decisonal, o simplemente en la atención a demandas que no son las más relevantes o prioritarias.

Paralelamente, se manifiesta que aquella debe cumplir con parámetros de eficacia y calidad, pero se debe advertir que *“La Comisión no explicita cuáles son los criterios para evaluar si una política tiene «más calidad» que otra. Criterios políticos, sociales, económicos, de eficiencia o medioambientales, aisladamente o*

---

<sup>273</sup> COMISIÓN EUROPEA, La gobernanza Europea- Un libro Blanco, Bruselas: COM (2001)428 final , 2001, p. 5.

<sup>274</sup> *Ibíd.*, p. 2.

<sup>275</sup> CLOSA MONTERO, C., *El libro blanco sobre la ...*,ob. cit., p. 490.

*combinados, pueden otorgar «calidad» a una determinada política dependiendo de circunstancias cambiantes. De ahí que sea difícil establecer criterios a priori para evaluarlas de acuerdo a un parámetro de «calidad».*<sup>276</sup>.

Del mismo modo CLOSA MONTERO pone de manifiesto dos problemas referidos a la participación de la sociedad en la gobernanza. Uno de ellos es la representatividad, por cuanto sabemos que no todas las demandas de los ciudadanos se atienden. De otro lado, no existen mecanismos que obliguen a la sociedad a actuar responsablemente, por lo que el mercado puede desnaturalizar el concepto de Estado social y democrático de Derecho.

Según la Comisión la buena gobernanza se debe dar en cinco principios, a saber: la apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia, sometidos a una serie de normatividad explícita y reconocida por los Estados miembros, a fin de realizar políticas oportunas, participativas, transparentes y responsables.

Encontramos que en las actuales tendencias de la Administración, respecto a su forma de gestión la persona es cada vez más tenida en cuenta. Igualmente instituciones supranacionales como la Unión Europea propenden por la participación del individuo, a fin de poder determinar sus necesidades y se puedan adoptar medidas tendientes a satisfacer sus demandas y con ello poder generar un bienestar.

Observamos como pasamos de un modelo rígido y poco participativo como es la burocracia a un modelo que en teoría tiene en cuenta al individuo. Igualmente a la Administración se le exige que en

---

<sup>276</sup> *Ibíd.*, p. 490.

su quehacer sus decisiones se encuentren fundamentadas en el respeto que merece la persona, esto se hace respetando los postulados constitucionales y promoviendo internamente un actuar adecuado.

Entonces tanto el modelo de Estado como el modelo de gestión confluyen en el acometimiento del fin último constitucional, que es la persona, para eso es necesario entrar a analizar su posición en particular. En este contexto es preponderante para nosotros desarrollar el tema de la dignidad como principio sobre el cual se fundamenta el ordenamiento jurídico.

#### 1.4 LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO VALOR FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.

Para poder entrar al tema que debemos tener una idea de qué es la fundamentación. Según el diccionario esta palabra hace alusión a la acción de establecer la razón de algo<sup>277</sup>. Entonces diríamos, en principio, que en el ámbito de los derechos se intenta establecer un argumento que permita determinar su existencia.

Acudiendo a la doctrina, observamos que la fundamentación de los derechos hace referencia, en palabras de CASTRO CID a la argumentación dirigida a establecer motivos o razones por los cuales sería dable reconocer y garantizar los derechos<sup>278</sup>. Por lo anterior la labor de justificar los derechos humanos implica aportar explicaciones que generen el reconocimiento y la protección por parte del ordenamiento en general.

---

<sup>277</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

<sup>278</sup> DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos...*, ob. cit., p. 111, 112.

Sin embargo, los derechos humanos se caracterizan por indeterminación, cuestión que genera problemas al momento de su justificación. No obstante, PRIETO SANCHÍS considera que pese a su difusión existe un núcleo que comprende un elemento teleológico y uno funcional que dan certeza al concepto de derechos humanos. Así, el primero hace referencia a que aquellos son la traducción normativa de los principios de dignidad, libertad e igualdad y han logrado materializar las aspiraciones de las personas desde el plano moral al de la legalidad. El segundo elemento hace referencia a que los derechos humanos establecen reglas para medir la justificación de las formas de organización política<sup>279</sup>. En este orden de ideas, los derechos y su respeto son un “*criterio legitimador del poder político*”<sup>280</sup>. Es por ello que su vulneración o la pasividad en ejercer mecanismos para su garantía, se traduce en la pérdida de legitimidad del Estado a la vista de las personas.

Respecto de la legitimación del poder, debemos decir que los derechos sirven de estructura y fundamento para la democracia. De esta manera, el ejercicio de los derechos políticos consiste en llegar a un consenso que permite elegir gobernantes, quienes a su vez van a dirigir los designios de una determinada comunidad. A tal efecto, la sociedad en principio se encuentra en un estado de estabilidad y los gobernantes están legitimados para el ejercicio de sus cargos<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 17.

<sup>280</sup> DÍAZ GARCÍA, E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 125-130. “...el respeto a los derechos humanos se convierte, aunque sólo sea a ese nivel teórico-ideológico (que a veces se califica de semántico) en criterio legitimador del poder político.” El autor reconoce que si bien existen unos derechos consagrados hasta en las constituciones de los estados muchas veces éstos olvidan el respeto y la garantía que se le deben a los derechos fundamentales y a los derechos humanos provenientes de los diversos tratados internacionales.” Cfr. BARRANCO AVILÉS, M., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 70-71.

<sup>281</sup> DE ASIS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 67.

#### 1.4.1 BREVE EXCURSUS SOBRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

De lo anteriormente enunciado colegimos que los principios de libertad, igualdad y dignidad han servido para fundamentar los derechos humanos. Adicional a ello se han tejido diversas concepciones jurídico filosóficas que dan cimiento a los derechos. Sin el ánimo de desconocer la existencia de estas teorías, nos queremos centrar de manera sucinta en la libertad e igualdad, insistiendo en que el propósito de este trabajo no se centra en examinar en detalle cada una de estas teorías<sup>282</sup>. Posteriormente, estudiaremos más a fondo el tema de la dignidad, ya que para nuestra investigación se torna interesante porque refuerza la idea de que la actividad de los poderes públicos, y específicamente la del Ejecutivo, gira en torno al servicio del interés general y de la persona.

Respecto a los principios de libertad e igualdad antes de entrar a su análisis individual debemos recordar que la doctrina explica que la dicotomía inicial en la cual los derechos civiles y políticos se sustentan en la libertad y los derechos sociales en la igualdad material, ha sido superada. Agrega que en la actualidad existe una fusión de ambos principios que dan origen a la libertad real, por lo que los derechos sociales permiten la consolidación y la materialización de la libertad<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> Vid. RODRÍGUEZ-TOUBEZ MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos. Madrid, 1995.

<sup>283</sup> LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 136.



Con relación a la libertad, este principio cobró especial importancia en el siglo XVIII<sup>284</sup>, momento en que se discutió abiertamente el tema de los derechos que gozaba el hombre. Al respecto, es importante anotar lo expuesto por PECES-BARBA MARTÍNEZ y DORADO PORRAS, que consideran que la libertad en aquella época era vista como el núcleo central de los derechos fundamentales<sup>285</sup>.

Resulta un hecho indiscutible que la libertad fue el principio en el que se fundamentaron los derechos. Gracias a la libertad se consideraba que se podía llegar a la dignidad y al bienestar. Esta concepción tiene mucho que ver con el modelo de Estado liberal de Derecho, en el entendido que uno de sus postulados fue defender la libertad individual y que para alcanzar este postulado no debía existir interferencia del Estado. En este sentido “...*la libertad es al cuerpo del Estado lo que la salud es a cada individuo; sin la salud el hombre no puede disfrutar satisfactoriamente...*”<sup>286</sup>.

---

<sup>284</sup> Debemos manifestar que existen manifestaciones previas como la Carta Magna (1225) o el *Habeas Corpus* (1679), o el *Bill of Rights*, las cuales sólo garantizaban derechos al hombre libre. STARCK, C., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en AA.VV (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, F.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Dykinson S.L. Madrid. 2008, p. 396.

<sup>285</sup> Es así como estos doctrinantes estiman que se puede hablar de tres estadios de libertades, a saber: la libertad de elección (o inicial), la libertad social, política y jurídica (o medial) y la libertad moral (o final). De tal forma, que a través de estas tres se forma un proceso que permite lograr el bienestar del individuo. En relación con la libertad de elección, le permite al individuo decidir voluntariamente, por eso también se la denomina libertad de arbitrio, o, natural. ROUSSEAU la define como aquella que es previa al contrato social o primigenia; es la que nos permite llegar a la moral que es la materialización del hombre libre. Pero para llegar a la libertad moral no sólo podemos basarnos en la libertad inicial o de elección. Por el contrario, debe participar la libertad medial (social, política y jurídica) la cual a través de los derechos “*organiza la vida social al servicio de la libertad de elección*”. En otras palabras, la libertad medial permite el mantenimiento del bien público y tiene una de sus manifestaciones en los derechos democráticos y de la propiedad, el hombre a través de estos puede alcanzar la libertad y su bienestar en general. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y DORADO PORRAS, J., “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII” en AA.VV (Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASIS ROIG, R.). *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2003. Tomo II vol. I, p. 184 ss.

<sup>286</sup> *Ibíd.*, p. 188.

En lo atinente al principio de la igualdad como fundamento de los derechos, éste tiene una doble dimensión. En primer lugar tenemos la igualdad formal que “*suele identificarse con la exigencia jurídico política sintetizada en el principio de igualdad ante la ley, dicho principio supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho*”<sup>287</sup>. La igualdad formal, ya vista, es propia de la idea revolucionaria y surgió con el modelo de Estado liberal de Derecho, el cual pretendía eliminar las arbitrariedades e inmunidades de la monarquía.<sup>288</sup>

Pero cabe agregar que éste no es el único criterio por el cual se pueden fundamentar los derechos. Encontramos también la igualdad real o material, que permite generar criterios de diferenciación en situaciones particulares. Al tenor de lo anterior, merece la pena traer a colación la sentencia C-221 de 1992 proferida por la Corte Constitucional de Colombia: “*Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal (...) Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado (...) Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano. Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva*”( M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A).

---

<sup>287</sup> PÉREZ LUÑO, A., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos humanos*, 1982, p. 260.

<sup>288</sup> *Ibíd.* p. 260.

De lo anterior se desprende que la igualdad tiene dos aspectos, cada uno de ellos propio de una etapa histórica diferente. Se refiere uno al modelo de Estado liberal de Derecho, el cual pretendía establecer una igualdad formal y aplicar criterios de igualdad para todos Sin embargo, ésta no es suficiente para la real y efectiva garantía de los derechos, es así como la igualdad material permite diferenciar circunstancias a fin de aplicar un trato diferenciado pero justificado, con el objeto de propender por un bienestar general.

#### 1.4.2 LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Para empezar este epígrafe intentaremos dar un concepto instrumental de dignidad. Se debe decir que el mismo es de difícil definición. Al respecto FERNÁNDEZ GARCÍA concuerda en su abstracción, pero con el animo de encontrarle contenido, expresa que se puede tener como referencia *“las tradiciones culturales en las que se ha empleado el principio de la dignidad humana entendido como un valor de cada persona. (...) Un análisis de la historia y de la fundamentación de los derechos humanos fundamentales, vista como el origen y evolución de esas exigencias de la dignidad humana, nos pueden ayudar en aquella tarea.”*<sup>289</sup>

Para FERNÁNDEZ GARCÍA, la dignidad encuentra su contenido en un contexto *“cultural humanista”*, el cual permite comprender su alcance. Reconoce que existe una variabilidad histórica de los derechos humanos, aunque se tienen unos derechos básicos irrenunciables (la vida, la

---

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 24. En lo referente a la dificultad para llegar al concepto de dignidad Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La dignidad de la persona...*, *ob. cit.*

integridad física y moral) que permiten desarrollar el resto de derechos que protegerán la dignidad<sup>290</sup>.

Pese a su posible abstracción no se debe negar su importancia dentro del ordenamiento jurídico. La dignidad posiciona a la persona como centro de atención de los poderes públicos.

Al respecto seguiremos el concepto dado por DE ESTEBAN y GONZÁLEZ-TREVIJANO quienes definen la dignidad como “... *‘el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales’*. En definitiva, consistiría en aplicar un trato a cualquier persona igual al que deseáramos para nosotros mismos”<sup>291</sup>. Adicionalmente FERNÁNDEZ SEGADO considera que la dignidad “... *se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás*”<sup>292</sup>.

Al tener una definición inicial de qué se entiende por dignidad, deseamos ahondar más en ella para mirar cómo las normas, la doctrina y la jurisprudencia la han utilizado para fundamentar los derechos, no sin antes decir que la consideramos un principio por las razones que adelante anotaremos.

Para iniciar este análisis, partiremos por mencionar que el tema de la dignidad y de los derechos fundamentales ha sido suficientemente

---

<sup>290</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>291</sup> DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ- TREVIJANO, P., *Curso de derecho Constitucional II*, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1993, p. 25.

<sup>292</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídico-constitucionales*, Universidad Autónoma de México, México D.F. , 2003, p. 17.

tratado por la doctrina a nivel mundial y data desde remotas épocas<sup>293</sup>. Pero fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando cobró mayor relevancia, debido a los terribles hechos que se vivieron, y, que atentaron directamente contra el hombre violando sus derechos. Estos antecedentes hicieron ver la importancia del ser humano, no sólo para los fines propios de éste, sino también para el desarrollo de su entorno y de sus relaciones con el mundo en general.

En este sentido, y como consecuencia del periodo de guerras, a nivel internacional se establecieron una serie de documentos que preceptuaron el concepto de dignidad. Fue así como se proclamó la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, que estableció el concepto de dignidad como un principio primordial de los derechos fundamentales<sup>294</sup>.

Por lo anterior, y como reconoce GROS ESPIELL<sup>295</sup>, es imposible hallar un documento internacional luego de la Declaración de 1948 que no se refiera a los derechos humanos y que recuerde el concepto de dignidad. Al respecto podemos hacer alusión al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1976; el *Pacto de Derechos civiles y políticos* de 1966; el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950; la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación*

---

<sup>293</sup> Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Dykinson. Madrid. 2003.

<sup>294</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, diciembre 10 de 1948, preámbulo “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” artículo 1 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

<sup>295</sup> GROS ESPIELL, H., “La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Anuario de Derechos humanos, Nueva Época*, vol. 4, 2003, p. 205.

*racial* de 1965; la *Convención sobre la tortura de 1985*; la *Convención sobre los Derechos del niño* de 1989; la *Convención de las Naciones Unidas sobre diversidad biológica* de 1992, entre otros.

Del mismo modo al interior de los Estados se estatuyó en muchas de las constituciones el principio de dignidad, como elemento esencial del ordenamiento estatal interno. Podemos decir que el constitucionalismo de la postguerra tomó la dignidad de la persona como el núcleo axiológico de todo el ordenamiento jurídico, fruto de la necesidad de reivindicación de los ideales humanos<sup>296</sup>. Adicional a ello, las instituciones públicas tuvieron un replanteamiento en torno a la persona al considerarla parte fundamental del desarrollo de sus funciones. En esta perspectiva, las constituciones están desarrolladas sobre la base de la importancia que deben tener los seres humanos<sup>297</sup>, es decir, los poderes públicos se centraron en el ser humano como individuo y parte de una comunidad. Por consiguiente, sus necesidades fueron tenidas en cuenta por parte de los poderes públicos. De este modo, se pasó del modelo en el que fue centro la producción de bienes y servicios a un modelo garantista de los derechos.

Preceptuar en una constitución el principio de dignidad, conlleva a que se tenga una posición garantista y antropocéntrica de dicho cuerpo normativo. Como lo manifiestan HÄBERLE y STARCK, dicho principio bosqueja la concepción del Estado y del Derecho, convirtiéndose en una garantía fundamental que sirve de premisa para

---

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos” en *Revista de Derecho Público*, No 6, junio de 1996, p. 13.

<sup>297</sup> Con ello no estamos negado catálogos de derechos previos como *the bill of rights*, la Constitución mejicana de 1917, la constitución alemana de 1919, entre otras más, que consagraron derechos y vieron a la persona como sujeto de derechos, nuestro argumento va en el sentido en que en esta época los poderes públicos se concientizaron de la importancia del concepto de persona en una sociedad, momento en el cual se generaron mecanismos judiciales, políticos y administrativos a fin de garantizar la supremacía de la persona, el respeto y cuidado que se le debe a aquella. KATEB, G., *Human dignity*. Harvard University press, Estados Unidos, 2011, p. 1.

los derechos fundamentales que se consignarán en la Carta Magna<sup>298</sup>, es decir, es el fundamento de ellos.

El establecimiento de la dignidad en la constitución, como bien lo señala FERNÁNDEZ SEGADO, trajo consigo “...*la quiebra de las bases mismas del positivismo jurídico, un rechazo (...) a la arbitrariedad (...), y una reafirmación de que la persona (...) tiene existencia previa, y aunque es evidente que el ordenamiento jurídico habrá de dotarla de significación, no lo es menos que en ningún caso poder ignorar esa preexistencia que se manifiesta en (...) unos derechos inviolables que han de ser considerados como inherentes a ella...*”<sup>299</sup>.

Queremos también destacar lo manifestado por FERNÁNDEZ SEGADO, referente a que cada persona en si es una realidad. Además el Estado para este autor es accidental y tiene por único objeto procurarle el bien a las personas, motivo por el cual en todo momento le deben ser reconocidos su condición y sus derechos<sup>300</sup>.

Sin duda alguna, la consagración de la dignidad en la Constitución es el marco para la construcción del ordenamiento jurídico de un Estado. Doctrinantes como HÄBERLE sostienen que la dignidad es un “ ‘*valor jurídico más importante*’ dentro del ordenamiento constitucional, o (...) el ‘*valor constitucional supremo*’. Lo que parece indicar el carácter ‘*prepositivo*’ de la dignidad del hombre. También es

---

<sup>298</sup> Como veremos adelante consideramos que un catálogo de derechos no abarcan todos los derechos que un Estado debe garantizar, razón por la cual creemos al igual que Eusebio Fernández, que existen otros derechos que tienen la vocación de ser positivados, pero no lo están, ello no es razón para no respetarlos, es así como pone de manifiesto un determinado derecho propio de las comunidades minoritarias, a modo de ejemplo las comunidades indígenas, derechos que son propios de dicho grupo de personas y en el caso de no garantizarlo se puede atentar contra la dignidad de estas personas. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid 1984, p. 78.

<sup>299</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La dignidad de la persona...*, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>300</sup> *Ibíd.*, p. 20.

*característica la formulación de la dignidad como el ‘fin supremo de todo el Derecho’, o como base fundamental de todos los derechos fundamentales*<sup>301</sup>. Aunado a lo anterior sostiene que la dignidad es la esencia y la naturaleza del hombre, por antonomasia<sup>302</sup>.

Para ver un ejemplo de la constitucionalización del principio de dignidad, revisaremos el ordenamiento alemán, por ser el que consolidó el Estado social y democrático de Derecho. Adicionalmente, estudiaremos la situación en España y Colombia por ser los ordenamientos en los que se centra esta investigación.

En relación con la Ley Fundamental de Alemania de 1949 el artículo 1.1 preceptuó *“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”*. Entonces la dignidad (die Würde) es inviolable e insta a los poderes públicos a su protección y respeto. En consonancia con lo anterior el artículo 1.2 establece *“Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt”*. Así preceptuar la dignidad en la Constitución de Alemania, trae consigo el reconocimiento y garantía de unos derechos cuyo titular es el hombre. Respecto de la consagración de estos dos artículos, FERNÁNDEZ SEGADO arguye que la dignidad permite la materialización del hombre como y eje central del orden constitucional. Así, la Constitución reconoce al individuo unos derechos inalienables, inviolables, reconocidos por toda la comunidad y respetados por el Estado<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> HÄBERLE, P., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal en el derecho alemán”, en AA.VV (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, F.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Dykinson S.L. Madrid. 2008 p. 197.

<sup>302</sup> *Ibíd.*, p.197.

<sup>303</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídico-constitucionales...*, *ob. cit.*, p.7-8.



En lo que se refiere a Colombia, la Constitución consagra la dignidad en el artículo primero. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (...) 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”* (Art. 1 C.C.).

Sobre la positivación de la dignidad en la Carta Magna colombiana, podemos expresar su importancia y primacía en el ordenamiento jurídico constitucional al quedar estatuida dentro del Título I, que hace referencia a los principios fundamentales. Por consiguiente, se constituye en un principio que irradiará el sistema jurídico constitucional, deviniendo así en un mandato de obligatorio cumplimiento para los poderes públicos y para las personas. Refiriéndonos al contenido de la dignidad dentro del sistema colombiano, equivale al merecimiento del trato apropiado que tiene toda persona por ser tal<sup>304</sup>, a través de los derechos establecidos constitucionalmente.

La Constitución del Reino de España preceptúa la dignidad en su artículo 10.1. Es menester manifestar que la dignidad es un principio inherente al ser humano, que antecede la existencia del Estado como forma de organización política. Por lo tanto el ordenamiento constitucional con posterioridad lo recoge y lo positiva<sup>305</sup>. También, este artículo señala de manera particular lo siguiente: *“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*

---

<sup>304</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU 062 de febrero 4 de 1999, M.P. NARANJO MESA, V., Sentencia T-075 del 26 de enero de 2001, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.

<sup>305</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M., *La dignidad de la persona: como fundamento del ordenamiento jurídico español*. Universidad de León. León, 1996, p.21.

*orden político y de la paz social*” (Art. 10.1 C.E.). Aquí se connota el sustento y razón de ser de la dignidad<sup>306</sup>. Si revisamos el mismo artículo rescatamos que en éste se establece la inviolabilidad de los derechos de la persona.

Observamos que la dignidad consagrada en la Constitución de España es un principio nuclear del ordenamiento constitucional español<sup>307</sup>. Por lo tanto, a partir de la dignidad el hombre no puede ser tomado como un objeto que está al servicio del Estado, sino que este último está al servicio del ser humano.

Sostiene FERNÁNDEZ SEGADO que los derechos que se establecen en el Título I, incluyendo los contenidos en el Capítulo III, provienen de la dignidad y su titular es el individuo en cuanto a persona humana, cívica y social implicada en el proceso social y económico<sup>308</sup>. Agrega el autor *“es claro que el artículo 10.1 aun cuando, si se quiere, dentro de un estilo lingüístico más propio de una proposición descriptiva que de otra prescriptiva, presenta un valor que desborda el de un mera declaración rectora de la conducta social de los titulares de los poderes públicos, teñida de una alta carga didáctica, para integrar un auténtica norma jurídica vinculante, un mandato jurídico objetivo que a todos, ciudadanos y poderes públicos, vincula y reviste una notable relevancia política y, desde luego, jurídica...<sup>309</sup>”*.

FERNÁNDEZ SEGADO considera que el artículo 10.1 tiene una triple función. La primera hace referencia a que este precepto sirve como legitimador del orden político y del ejercicio de los poderes públicos, por cuanto será legítimo el orden político cuando se respete y

---

<sup>306</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La dignidad de la persona...*, *ob. cit.*, p. 19

<sup>307</sup> *Ibíd.*, p. 10-11.

<sup>308</sup> *Ibíd.*, p.30-31.

<sup>309</sup> *Ibíd.*, p. 20-21.

garantice la dignidad y los derechos que le son inviolables. En segundo lugar, le confiere una función promocional, que hace alusión a la dinámica de los Derechos. Finalmente tiene una función hermenéutica o de herramienta que sirve de interpretación de todas las normas, imponiéndoles a los poderes públicos el deber de aplicar y ejecutar la normatividad, sin olvidar que es su obligación hacerlo de acuerdo con los valores y principios establecidos en el artículo 10.1<sup>310</sup>.

De otra parte, PAREJO ALFONSO explica que el artículo 10.1 de la Constitución española es la clave y el sustento axiológico que le da legitimidad y sentido a la totalidad del ordenamiento constitucional<sup>311</sup>.

En realidad, la dignidad es reconocida en las constituciones española y colombiana, percatándonos que frente al Estado la persona tiene protagonismo.

Precisamente, encontramos que el concepto de dignidad ha sido ampliamente desarrollado, tanto por la legislación nacional como internacional, al considerarla como un postulado importante a la hora de concebir al hombre como destinatario de las normas y las acciones que los Estados y organismos internacionales ejercen.

Para continuar nuestro análisis, hay que tener en cuenta el desarrollo que sobre la dignidad ha tenido la jurisprudencia de Colombia y de España. De este modo, observamos que la Corte Constitucional, como tribunal máximo en lo relativo a la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en Colombia, ha tomado tres formas de analizar la dignidad a lo largo de su jurisprudencia,

---

<sup>310</sup> *Ibíd.*, p. 22.

<sup>311</sup> PAREJO ALFONSO, L., “Constitución y valores...”, *ob. cit.*, p. 109.

haciendo ver que dicho concepto consagrado en el preámbulo de la Carta Política tiene enorme importancia para el Derecho<sup>312</sup>, a saber:

i) *Principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado.* Entendiendo al ser humano como un fin en sí mismo<sup>313</sup>. Al ser el hombre el fin, el Estado se funda en la dignidad y debe procurar el bienestar de las personas por medio de la efectividad de los derechos y las garantías preceptuadas en la Constitución. Por ese motivo el ordenamiento jurídico y las instituciones públicas y su actividad se dan en razón a la dignidad<sup>314</sup>.

ii) *Dignidad como fundamento en el ejercicio del poder.* Hace referencia al deber de todas las autoridades del Estado a que su actuar esté encaminado a la efectiva protección de la dignidad de la persona y por consiguiente a todos sus derechos<sup>315</sup>.

---

<sup>312</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-796 de diciembre 14 de 1998. M.P. HERRERA VERGARA, H. Sentencia T-572 de agosto 11 de 1999, M.P. MORÓN DÍAZ, F. Sentencia T-926 de noviembre 28 de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C. Sentencia T-1387 de octubre 12 de 2000. M.P. BELTRÁN SIERRA, A. Sentencia T-1430 de octubre 20 de 2000, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia T1123 de agosto 25 de 2000, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.

<sup>313</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-618 de mayo 29 de 2000. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.

<sup>314</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-401 de junio 3 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia T-499 de agosto 21 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia T-011 de enero 18 de 1993, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-338 de agosto 24 de 1993, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-472 de septiembre 24 de 1996, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E., Sentencia C-239 de mayo 20 de 1997, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C. Sentencia C-045 de febrero 25 de 1998, M.P. ARANGO MEJÍA, J., Sentencia C-521 de septiembre 23 de 1998, M.P. BARRERA CARBONELL, A. Sentencia T-556 de octubre 6 de 1998, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia T-1430 de octubre 20 de 2000, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. Sentencia C-317 de mayo 2 de 2002. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C. Sentencia C-659 de agosto 28 de 2002, M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, J. en particular el salvamento de voto de los magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-709 de septiembre 3 de 2002. M.P. MORÓN DÍAZ, F., Bogotá, *Gaceta Constitucional* 2002, en particular el salvamento de voto del magistrado Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia T-1062 de diciembre 7 de 2006. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C. Sentencia T-317 de abril 24 de 2006. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C.

<sup>315</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-499 de agosto 21 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia T-596 de diciembre 10 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. Sentencia T-461 de septiembre 3 de 1992. M.P. MORÓN DÍAZ, F. Sentencia

Estas concepciones son de gran importancia para nuestra investigación, en el sentido que marcan el límite que tiene el legislador en la creación del Derecho y el Ejecutivo en su actuar. En este orden de ideas, no cabe duda que la Administración como brazo ejecutor del Gobierno debe adecuarse a los postulados constitucionales, incluyendo a la persona como eje de la sociedad.

iii) *La dignidad humana como derecho autónomo*, del cual es titular toda persona, teniendo por objeto la protección de la autonomía, las condiciones de vida, la integridad física, moral y obviamente ostentando un mecanismo de protección judicial en caso de supuesta vulneración<sup>316</sup>.

Respecto del tema de la dignidad en la jurisprudencia de España, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado tangencialmente, tomándola como valor jurídico vinculado a los derechos fundamentales. Sin embargo, algunos de estos pronunciamientos nos brindan algunos elementos importantes que deben ser mencionados.

En primer lugar y a diferencia de Colombia, el Tribunal Constitucional español no considera que la dignidad por sí misma constituya un derecho fundamental. En consecuencia, la dignidad de la persona y sólo en la medida en que los derechos sean sujetos de *“amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta*

---

C-328 de marzo 22 de 2000, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia C-012 de enero 17 de 1992. M.P. SÁCHICA MÉNDEZ, M. Sentencia T-958 de septiembre 6 de 2001. M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.

<sup>316</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-881 de octubre 17 de 2002, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E. Sentencia SU 062 de febrero 4 de 1999, M.P. NARANJO MESA, V. Sentencia T-075 del 26 de enero de 2001, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.

*tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan” (STC 120/1990 de junio 27, fundamento jurídico 4). Asimismo agrega el Tribunal Constitucional en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre. “Pero es evidente que el art. 10.1 de la Constitución no puede servir en modo alguno de fundamento, por sí sólo y aisladamente considerado”(fundamento jurídico 2).*

Pese a no considerar la dignidad como derecho, el Tribunal no niega su relevancia constitucional. En este sentido la sentencia 53/1985 de abril 11, arguyó que tanto la vida como la dignidad humana son la génesis de los derechos fundamentales. Respecto de estos últimos, sostuvo que no sólo sirven como medio de defensa frente a las posibles agresiones del Estado, sino los mismos tienen un componente positivo, es decir, sirven como estructura del orden jurídico. Además *“estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa (...) sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan...”(fundamento jurídico 4).* No parece discutible entonces afirmar que el Estado tiene una permanente sujeción a los derechos<sup>317</sup> y a la dignidad.

---

<sup>317</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 53/1985, de abril 11, M.P. BEGUÉ CANTÓN, G. y GÓMEZ FERRER MORANT, R. Sentencia 129/1989, de julio 17, M.P. TRUYOL SIERRA, A. Sentencia 123/2009, de mayo 18, M.P. CASAS BAAMONDE, M.

El lo concerniente a la titularidad de la dignidad, y a riesgo de parecer una obviedad, debemos manifestar que el Tribunal Constitucional consideró que la dignidad y sus derechos deben garantizarse y protegerse a todos los hombres sin importar su nacionalidad<sup>318</sup>.

De otro lado, observamos que el Tribunal Constitucional de España ha manifestado que la restricción de ciertos derechos no puede considerarse como atentatorio de la dignidad, y pone el ejemplo de las personas sometidas a penas de privación de la libertad. Si bien es cierto que la Carta española establece la dignidad como el “*fundamento del orden político y la paz social*”, observamos como este concepto no puede ser llevado al extremo de considerarlo conculcado en cualquier situación. El mencionado tribunal agregó que dichas restricciones deben permitir el disfrute de los derechos fundamentales, sin que lleven a desestimar el estatus de persona <sup>319</sup>.

Del análisis jurisprudencial podemos colegir que la dignidad es la base y la razón de los derechos fundamentales; también sirve como un fin para el reconocimiento de los derechos y la previsión de mecanismos para su protección<sup>320</sup> y es un límite de la actuación de las autoridades públicas y de las demás personas<sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 107/1984, de noviembre 23, M.P. y RUBIO LLORENTE, F.

<sup>319</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 120/1990, de junio 27, M.P. GONZÁLEZ-REGUERAL, F., DÍAZ EIMIL, E., y GIMENO SENDRA, J. Sentencia 57/1994, de febrero 28, M.P. GONZÁLEZ CAMPOS, J.

<sup>320</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La dignidad de la persona...*, *ob. cit.*, p. 74.

<sup>321</sup> Para Francisco Fernández Segado la función del artículo 10.1 cumple las siguientes funciones: “a. En primer término, una función legitimadora del orden político, en sí mismo, y del ejercicio de todos los poderes públicos, por cuanto únicamente será legítimo nuestro orden político cuando respete y tutele la dignidad de cada una y de todas las personas humanas radicadas en su órbita, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad.(...)b. En segundo lugar, una función promocional, en cuanto que ni la dignidad de la persona, ni los derechos inviolables a ella inherentes son elementos estáticos, fijados de una vez para siempre, sino dinámicos abiertos a un constante enriquecimiento, de lo que bien

Con fundamento en lo analizado, para nosotros la dignidad es un principio fundante del ordenamiento. Por lo tanto, la misma proviene de la naturaleza humana y le da estatus al hombre, y por tenerlo se generan una serie de derechos que son los que brindan una guía en la formación del ordenamiento. En palabras de PECES-BARBA MARTÍNEZ, la dignidad es un “(...) *fundamento de la ética pública de la modernidad, como un prius de los valores políticos y jurídicos y de los principios que derivan de esos valores*”<sup>322</sup>.

Entonces, al fundamentarse el ordenamiento constitucional en el principio de dignidad los poderes públicos deben en todo momento tener presente el concepto de persona. Para ello, la Carta establece aparte de los derechos que protegen al hombre, una serie de mandatos expresados a través de principios, fines y valores que hacen que su actuar esté demarcado por la salvaguarda del individuo. Asimismo, se establece la forma de Estado que redunde en la manera de relacionarse con la sociedad y genera una estructura orgánica a través de la cual el principio de dignidad se materializará.

Es cierto que la dignidad es previa al contrato social, ello no quiere decir que nos encontremos en contra del Estado. Por el contrario,

---

ilustra la explícita referencia del art. 10.1 al "libre desarrollo de la personalidad", a la que hay que añadir la cláusula interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, del art. 10.2 de la Norma Suprema, en la que hay que ver, como muestra a las claras su origen y génesis en el "iter" constituyente, una cláusula de tutela y garantía de los derechos, enderezada a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, recurriendo al efecto a las normas de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. (...)c. Por último, una función hermenéutica, de acuerdo con la cual el art. 10.1 opera como pauta interpretativa de todas las normas ordinamentales, correspondiendo a todos los poderes públicos la evaluación del significado objetivo de las diversas disposiciones normativas, sea cual sea su índole, y consecuentemente, aplicándolas y ejecutándolas con estricta fidelidad a los valores y principios definidos en este art. 10.1 (...)” *Ibíd.*, p. 28-30.

<sup>322</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La dignidad de la persona...*, *ob. cit.*, p. 12.



creemos que el Estado es determinante para el hombre en lo que se refiere a la organización social<sup>323</sup>, siempre y cuando el mismo parta de un consenso en donde la participación de la sociedad sea la que tenga por objeto la legitimación del poder, el cual luego de establecerse de acuerdo a la voluntad de la comunidad, deberá ejecutar los instrumentos de garantía de los derechos, para que las personas gocen de una vida digna.

Los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la dignidad<sup>324</sup>. Así, para los intereses de nuestro trabajo, resaltamos el poder Ejecutivo, porque tiene un permanente contacto con los ciudadanos, y está llamado a respetar los derechos de las personas, por cuanto son éstas las que legitiman el ejercicio de sus actividades.

Así las cosas, el administrado deja de ser visto como un mero destinatario de bienes y servicios, prevaleciendo su carácter de persona humana, y por tener tal estatus le son intrínsecos unos derechos inalienables, los cuales deben ser garantizados por el Estado, convirtiéndose así el individuo en parte esencial y activa<sup>325</sup> en el marco de la definición de las políticas públicas<sup>326</sup>. En este orden de ideas, la dignidad y los derechos imponen directrices al marco de su actuar<sup>327</sup>. *A fortiori* su actuación debe caracterizarse, entre otros, por la “*igualdad*,

---

<sup>323</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la justicia y derechos...*, *ob. cit.*, p.175.

<sup>324</sup> LANDA ARROYO, C., “Dignidad de la persona humana, Cuestiones constitucionales”, en *Revista mexicana de derecho constitucional*, No 7, 2002, p. 112-113 y 123.

<sup>325</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 18/1984, de febrero 7, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

<sup>326</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción”, Disponible en Internet en <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/JaimeRodriguezArana.pdf>>, consulta del 20 de enero de 2014.

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Gobernanza, buena administración y gestión pública”. Disponible en Internet en <http://aragonparticipa.aragon.es/dmdocuments/GOBERNANZA%20curso%20de%20Arag%C3%B3n.pdf> >, consulta del 20 de enero de 2014.

*moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad*”(Art.209 C.C), prestando servicios de calidad, realizándose con la debida garantía de los derechos fundamentales<sup>328</sup>.

Por lo anterior, la organización administrativa debe estructurarse en el individuo, que en palabras prácticas es dirigir su actividad a todas las direcciones creando una política verdaderamente incluyente, generando cohesión en una sociedad, respeto por los derechos y el ordenamiento, lo que tendrá por efecto el respeto y la legitimidad por las instituciones públicas.

Entonces, creemos que en verdad se debe realizar una reivindicación del rol de la persona, en cuanto a las instituciones, siendo necesario repensar algunas de ellas. Por cuanto, no debe dejarse el ordenamiento constitucional en una mera formalidad, sin llevarlo a la práctica. Especialmente nos referiremos en este estudio a la asistencia jurídica pública.

Este cobra especial importancia ya que al tener al individuo y el principio de dignidad como elementos fundantes del ordenamiento, el Ejecutivo deberá generar mecanismos tendientes a la salvaguarda de estos postulados que se consagran con singular importancia en la Carta, materializándose en el buen gobierno y la buena administración.

---

<sup>328</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “El principio de legalidad...”, *ob. cit.*, p. 142. “La calidad se aprecia por tanto como un elemento conformador básico de una mentalidad social relativamente novedosa que reorienta la gestión pública una gestión pública de la calidad. Los poderes públicos ya no sólo se encuentran vinculados por los correspondientes mandatos que le obliguen a proceder a la tutela de determinados derechos o situaciones de los ciudadanos o garanticen mediante prestaciones materiales concretas las necesidades de éstos, sino que además habrán de hacerlo alcanzando unos resultados de satisfacción óptimos...”

**CAPÍTULO II.- LOS PRINCIPIOS DEL BUEN  
GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.**



## 2.1 INTRODUCCIÓN.

En el capítulo primero estudiamos las transformaciones del modelo de Estado, que nos permitieron llegar al actual modelo de Estado social y democrático de Derecho. Observamos como en estos cambios el papel de la persona ha sido determinante. El individuo deviene en la fuente inspiradora del ordenamiento y las instituciones públicas. En este marco, encontramos la existencia de principios y valores que deben estar presentes en la Administración y en el Gobierno. Es preciso aclarar, que cuando se hace referencia al buen gobierno o buena administración, no es otra cosa que la exigencia que se le hace al Ejecutivo de actuar sometido a lo dispuesto en la Constitución y las normas.

Ahora bien, el objeto de éste capítulo consiste en determinar los conceptos de buena administración y buen gobierno, y así establecer cuáles elementos constitucionales tienen directa relación en el proceder del Ejecutivo. Para ello, iniciaremos con la construcción de un concepto unívoco de buena administración y buen gobierno aplicables tanto en el ordenamiento español como en el colombiano. Por lo tanto consideramos adecuado partir de un análisis normativo.

Posteriormente pretendemos establecer si el buen gobierno y la buena administración son un derecho o un principio. Teniendo en cuenta la doctrina, nos decantaremos por considerarlo como un principio en el cual subyacen los postulados constitucionales que conminan a la Administración y al Gobierno a ejercer un actuar adecuado.

Vale decir, que al analizar el buen gobierno y la buena administración concluiremos que su contenido se encuentra en los

textos constitucionales, por lo que estos conceptos no son novedosos. Su desarrollo data de tiempos remotos, pero eventualmente han sido reinventados en el concepto de buena administración o buen gobierno con el firme propósito de recordar la importancia que tienen estos postulados constitucionales al interior de la Administración y el Gobierno.

Una vez teniendo claro el significado de buen gobierno y buena administración, es conveniente revisar los postulados constitucionales que confluyen, para ello estudiaremos la legalidad; la prohibición de la arbitrariedad; la eficacia; la eficiencia; la rendición de cuentas; la transparencia; la participación; la imparcialidad y la objetividad. Estos principios nos darán las bases fundamentales en las que la Administración y el Gobierno centren su quehacer.

Seguidamente, incursionaremos en el interés general, tema que es mencionado a lo largo de nuestra investigación. Consideramos pertinente introducirlo en esta parte para hacer notar el papel supremo que tienen los derechos fundamentales, y por ende, el protagonismo que representa la persona al interior de la Administración. Téngase en cuenta que el interés general como principio deviene en la piedra angular del Derecho administrativo. Así las cosas, es necesario revisar distintas teorías que se han tejido alrededor de aquél, es del caso la individualista y la voluntarista. Este examen nos va a permitir evidenciar la participación que tiene la persona en la formación del interés general actualmente.

Del desarrollo de lo anterior se podrá reafirmar el doble papel que tiene el individuo en la Administración, es decir, como eje sobre el cual va a pivotar la actividad administrativa y como actor determinante en la formación de la voluntad administrativa. Para

demostrar esta afirmación nos vamos a basar en la teoría alemana del doble carácter, establece que los derechos fundamentales no sólo tienen un carácter subjetivo o de defensa, también en conjunto devienen en un concepto axiológico que determinará el actuar de los poderes públicos. De esta manera, encontramos que el concepto de interés general es el objetivo del actuar de la Administración y lo fundamenta el respeto por los derechos fundamentales y el cumplimiento a los postulados del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Finalmente, exploraremos algunas herramientas con las que puede contar la Administración para ejercer un actuar correcto. A tal efecto, nos detendremos en analizar la importancia que tienen los empleados públicos, la planeación, los controles y los códigos de ética. Todo esto servirá para concluir lo valioso que resulta para la Administración Pública hacer uso de estas herramientas, adecuándolas a la realidad social que se viva en el momento, y de ser eficientemente utilizadas permiten asegurar el cumplimiento de sus objetivos.

## **2.2 DESARROLLO NORMATIVO DE LOS PRINCIPIOS DEL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN ESPAÑA Y EN COLOMBIA.**

No debemos desconocer que la Administración está permanentemente sometida al Gobierno, ambos deben estar en permanente contacto con la sociedad. La Administración se enaltece cuando cumple los fines constitucionales, prima el interés general, garantiza los derechos fundamentales y las libertades que gozan las personas. Bajo este contexto, surgen las palabras de buen gobierno y buena administración al interior del quehacer del Ejecutivo, es así como aparte de la legalidad se realizan nuevas exigencias a la

organización administrativa, y tienen como finalidad la generación de procesos que se ajusten a las necesidades sociales y al ordenamiento jurídico. Estas exigencias se concretizan en la transparencia, la participación, la eficacia, la eficiencia, la rendición de cuentas, objetividad, imparcialidad, igualdad, proporcionalidad y responsabilidad<sup>329</sup>, todas éstas encauzadas a la consecución del interés general.

En efecto, estos principios no son extraños para el derecho administrativo, han sido desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia con bastante exactitud. En la actualidad aquellos subyacen en el concepto de buena administración o buen gobierno y vienen a hacer frente a la deslegitimidad que padece el sector público, debido a que las personas no se sienten conformes con las acciones ejercidas por la Administración al no adecuarse a las necesidades sociales<sup>330</sup>.

La consecución de una buena administración y de un buen gobierno no se logra sólo con la elaboración de leyes formalmente instauradas, pero materialmente olvidadas, más que una labor legislativa o de procedencia merece tomar en serio los asuntos públicos. Admitamos que al interior de la Administración debe existir una relación armónica entre los gobernantes y la Administración. Dicho de otra manera, resulta fundamental que exista una comunicación sólida y fluida entre la dirección política y la organización técnica para encontrar la realización de los fines constitucionales, con el objetivo de garantizar un adecuado servicio<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> PRATS CATALÁ, J., “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, en *Cuadernos de derecho público*. No 31 mayo-agosto 2007, p. 18.

<sup>330</sup> *Ibíd.*, p. 18-19.

<sup>331</sup> *Ibíd.*, p. 18-19.



A su turno se hace necesario apartar los intereses particulares y debe primar el interés general. En este sentido PRATS CATALÁ manifiesta como la consecución de una buena administración y en consecuencia de un buen gobierno no protege un estatus individual, sino que tiene su realización en la consecución de la convivencia<sup>332</sup>. Esta base conceptual funda el papel determinante que tiene el ciudadano en la gestión pública, ya no sólo como receptor de prestaciones, sino que en la actualidad se reclama la solidaridad de las personas y de las empresas. Así, se logra conseguir una comunión entre el sector público y el privado para contribuir a materializar los fines constitucionales.

Para lo que nos ocupa, resulta preciso traer a colación el análisis de NEVADO-BATALLA MORENO quién sostuvo: *“el derecho no hace milagros, es algo que calma consciencias. Con la elaboración de una ley de transparencia, una ley de gobierno abierto, se “engaña” un poco a la (...) ciudadanía (...) dándole el “huesito” de la norma (...) Pero tiene que haber una consciencia, una consciencia cívica, una cultura cívica (...) En definitiva, las sociedades tienen los políticos que se merecen y tienen los gestores públicos que se merecen (...) Los políticos proceden de la sociedad a que sirven”*<sup>333</sup>.

Por lo tanto, la sociedad debe tomar responsablemente los espacios de participación generados con el propósito de eliminar la desafección hacia los asuntos públicos y hacer primar los verdaderos intereses generales. Por su parte, la Administración deberá tomar a la

---

<sup>332</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>333</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., "Gobierno abierto: la experiencia de Extremadura", II Jornada sobre gobernanza, transparencia y rendición de cuentas. Conferencia dada el día 10 de junio de 2013, en la Universidad de Salamanca. En: [http://www.youtube.com/watch?v=61S\\_S2md55I](http://www.youtube.com/watch?v=61S_S2md55I) ,consulta 6 de octubre de 2014.

persona como aquella que legitima su existencia y actuar<sup>334</sup>, por lo que su quehacer aún siendo discrecional deberá estar acorde al postulado de legalidad.

*“En ese sentido, la buena administración requiere de un equilibrio entre las obligaciones propias de la Administración y el desarrollo de los derechos; conlleva una serie de reglas y prácticas que ésta debe cumplir, en el ejercicio de la función pública que realiza. Así, la buena administración busca consolidar una auténtica modernización de la Administración y se configura como herramienta contra la corrupción, siendo en definitiva, una estrategia para controlar la arbitrariedad y la desviación de poder”<sup>335</sup>.*

Como quiera, la gobernanza se impone como un nuevo modelo de gestión en los asuntos públicos, así no debe ser el centro en que se fragüen los planes que beneficien intereses privados. Hay que repetirlo, le corresponde servir como un método que traiga consigo alcanzar el interés general. Para ello la Administración debe crear espacios democráticos que garanticen el respeto de los derechos de las personas<sup>336</sup>.

Admitamos que existe una labor mancomunada entre la organización pública y la sociedad civil, e incluso el mercado en la consecución de los fines estatales, pero no cabe duda que al interior de la Administración se deben cumplir con los principios constitucionales enunciados. Por lo tanto, es ineludible analizar el tema a la luz del

---

<sup>334</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., "Gobierno abierto: la experiencia de Extremadura...", *ob. cit.*

<sup>335</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena ...*, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>336</sup> *Ibíd.*, p. 41.

buen gobierno y la buena administración con el propósito de elaborar una definición y determinar posteriormente qué postulados constitucionales subyacen en estos conceptos para que en la actualidad se hable del actuar correcto del Ejecutivo.

### **2.2.1 EL CONCEPTO DEL BUEN GOBIERNO Y BUENA ADMINISTRACIÓN.**

Empezaremos por considerar como las constantes transformaciones que se dieron al interior del Ejecutivo, consintieron para que emergiera lo conocido hoy en día como buen gobierno y buena administración. Con éstos se busca prestar un mejor ejercicio al interior de la organización administrativa, de tal forma que permanentemente existe una máxima que recuerda al Gobierno y a la Administración que su actuar debe estar acorde con el ordenamiento constitucional y por ende con el administrativo.

En cierto sentido el comportamiento exigido al Ejecutivo no es nuevo, el mismo se refiere a *“la inclusión bajo un nombre relativamente novedoso de una serie de derechos y principios por los que la Administración debía guiarse hace tiempo”*<sup>337</sup>. Eventualmente, ante la vigencia y actualidad que despierta el concepto de buen gobierno y de buena administración y su innegable relevancia constitucional se podría llegar a pensar que estos conceptos forman un nuevo derecho de relevancia constitucional.

Sabemos que muchos derechos, así no estén preceptuados como fundamentales, tienen cierta relevancia constitucional (v.g., el derecho

---

<sup>337</sup> GARCÍA CALVETE, Y., “Prologo”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011, p. 13.

a la salud). En todo caso y siguiendo el análisis realizado por TOMÁS MALLÉN, considera que la buena administración se constituye como un derecho, a saber: *“se configura como un genérico derecho, a su vez integrado por otros ‘subderechos’ (...) un derecho de nuevo cuño en cuanto a su formulación autónoma por primera vez en un catálogo de derechos; una formulación autónoma que dota de unidad a diversos derechos reconocidos de manera dispersa en el orden nacional (...) y en el orden comunitario (...). Pero ante todo, si los derechos valen tanto como las garantías, en el derecho a la buena administración puede decirse que se conjugan ambos elementos, conformando una especie de derecho-garantía o derecho instrumental, que propicia la defensa de otros derechos”*<sup>338</sup>.

Agrega la citada autora como la buena administración comporta dos aristas en su ejercicio: (i) La judicial, referida al ejercicio judicial y a la tutela efectiva de los derechos, donde luego de surgido el daño un tercero (juez contencioso administrativo) debe entrar a juzgar las acciones u omisiones de la Administración; (ii) la extrajudicial, demanda a la Administración que garantice la buena administración haciendo uso de mecanismos de auto-tutela o autocontrol a fin de garantizar los postulados constitucionales<sup>339</sup>.

Desde esta perspectiva, a juicio de ORREGO MORALES la buena administración se encontraría íntimamente relacionada con el derecho que tiene toda persona a acceder a una pronta y efectiva Administración de justicia. Complementa el autor afirmando que se

---

<sup>338</sup> TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004, p. 31-41-42.

<sup>339</sup> *Ibíd.*, p. 41-42. En el mismo sentido ORREGO MORALES, C., *La buena administración del Estado: comprensión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde la gerencia jurídica pública*, en <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf>, consulta de 10 de marzo de 2014 p.13-14.

*“demandará que, previo al escenario judicial, corresponda a las administraciones públicas justipreciar cada caso y determinar cuándo está ante una reclamación legítima y fundamentada y cuando no, y podrá, por tanto, a través de instrumentos jurídicos como el agotamiento previo de la vía gubernativa o el del mecanismo de la conciliación prejudicial, o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, restablecer los derechos y garantías de los asociados”<sup>340</sup>.*

Por su parte, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ considera que tanto el buen gobierno como la buena administración son derechos: *“...en la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses (...) entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la Administración, se concibe desde esta aproximación, que el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena Administración Pública sea algo razonable y adecuado. Derecho que supone, como corolario necesario, la obligación de la Administración Pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas determinadas”<sup>341</sup>.* En realidad este autor analiza como el derecho a la buena administración y al buen gobierno es propio de la

---

<sup>340</sup> TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena...*, *ob. cit.*, p. 41-42. En el mismo sentido ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, *ob. cit.*, p.14-15.

<sup>341</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena Administración de instituciones públicas”, en AA.VV (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.) *El derecho a una buena Administración Pública*, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Valladolid, 2008, p. 15.

persona porque las instituciones tienen su justificación en la satisfacción de las necesidades del individuo<sup>342</sup>.

Es prudente advertir que encontramos errada la teoría de concebir a la buena administración y el buen gobierno como un derecho, si tenemos en cuenta que existen normas (entendidas bajo la teoría desarrollada por ALEXY)<sup>343</sup> las cuales a su vez se dividen en principios (mandatos de optimización)<sup>344</sup> y reglas<sup>345</sup>, y pueden ser normas formales o adscritas de derecho fundamental (bajo una fundamentación *iusfundamental* correcta, la cual el autor considera que no existe un proceso que permita determinar con certeza el resultado, por el cual existe incertidumbre de cuáles son las normas que pueden ser consideradas como adscritas)<sup>346</sup>. De este modo, en el tema de buen gobierno y buena administración confluyen una serie de reglas y principios, condición propicia para llegar a pensar que es una norma de derecho fundamental<sup>347</sup>, dada su estrecha relación con el texto constitucional y eventualmente podrían ser vinculados por la adscripción que se pudiera hacer para darle el carácter constitucional.

Pero esta circunstancia carecería de sustento, en primer lugar por es menester decir que estos principios y reglas ya se encuentran protegidos constitucionalmente. De igual forma, considerar este

---

<sup>342</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno...”, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>343</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales ...*, *ob. cit.*, p. 33. El autor considera que las normas son el significado de los enunciados normativos y estos últimos son aquellas disposiciones que se encuentran en el ordenamiento jurídico.

<sup>344</sup> *Ibíd.*, p. 67 “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades”.

<sup>345</sup> *Ibíd.*, p. 68 “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”

<sup>346</sup> *Ibíd.*, p. 53-55.

<sup>347</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental a una buena administración de instituciones públicas y del derecho administrativo”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011, p. 78. El autor considera la buena administración y el buen gobierno como un derecho fundamental del ciudadano.

concepto como un nuevo derecho fundamental en el ordenamiento español generaría cierta reticencia, puesto que la concepción que se tiene en este ordenamiento es de tipo formal, es decir, son amparados únicamente los derechos fundamentales establecidos formalmente en la Constitución, por lo que su entrada en práctica requeriría de un cambio normativo y jurisprudencial, el cual no merece la pena, porque muchos de los postulados que subyacen en el buen gobierno y la buena administración tienen *per se* una protección y relevancia constitucional.

Ahora bien, la buena administración y el buen gobierno pueden ser considerados como una mera práctica que implica una forma de proceder para el Ejecutivo<sup>348</sup>, en busca de la satisfacción de las necesidades y expectativas de los ciudadanos. A lo anterior debemos contestar que si bien el buen gobierno y la buena administración no son un derecho fundamental, éstos tienen relevancia constitucional por cuanto es una obligación encomendada a la Administración y al Gobierno de actuar adecuadamente en su quehacer.

Mirándolo así consideramos eventualmente al buen gobierno y a la buena administración como un principio. Para ello debemos saber qué es un principio, la Corte Constitucional de Colombia los define como:

*“Los principios Constitucionales, (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Ellos se refieren a la*

---

<sup>348</sup> PEGORARO, L., “¿Existe un derecho a una buena administración?”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011, p. 40.

*naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. (...). Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.” ( SCC. T-406 junio 5 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.).*

Desde este ángulo la buena administración y el buen gobierno son un principio en el que confluyen otros principios, valores y derechos que conminan al Ejecutivo a que actúe de acuerdo a la Constitución.

Siguiendo con la exposición, consideramos que estos conceptos se refieren a la organización estatal y a la relación que debe existir entre la Administración y los ciudadanos (gobernantes y gobernados). Además establecen *un deber ser* en la actuación de la Administración Pública en general, creando así un límite y un camino a seguir para el Ejecutivo. Desde esta perspectiva el concepto se adecúa a la definición de principio. A tal efecto recurrimos a ALEXEY, estima que son principios aquellas “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas reales*



*existentes.*”<sup>349</sup> Por lo tanto, este mandato de optimización está dirigido al Ejecutivo para que cumpla a cabalidad su función de manera óptima, y lo obliga a someterse al principio de legalidad, en consecuencia debe atender todos los mandatos que le determinan un correcto actuar.

Entonces el buen gobierno y la buena administración son principios que enmarcan la actividad del Ejecutivo hacia el cumplimiento de los postulados constitucionales que le obligan. En nuestra opinión, el concepto que proponemos puede ser aplicado tanto al ordenamiento español como al colombiano y se acomoda a los postulados constitucionales, así lo evidenciamos en el primer capítulo.

El buen gobierno y la buena administración se configuran como un concepto que pretende posicionar al individuo como centro de atención de las autoridades públicas. Por tal motivo se hace interesante antes de adentrarnos en los principios que subyacen en estos conceptos, analizar como en los ordenamientos colombiano y español existen manifestaciones de éstos.

PEGORARO nos recuerda que para el estudio del derecho comparado se hace necesario determinar la: *“comparabilidad, entendida como condición de la comparación, nace de la observación de las profundas diferencias que pueden desprenderse de los ordenamientos jurídicos”*<sup>350</sup>. Como es sabido, nuestro tema de investigación tiene por objeto analizar dos modelos jurídicos de Asistencia jurídica del Estado, que deben estar enmarcados dentro del buen gobierno y la buena administración. Por eso debemos determinar

---

<sup>349</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales ...*, ob. cit., p. 67.

<sup>350</sup> PEGORARO, L., Y RINELLA Á., Á., *Introducción al derecho público comparado*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2006, p. 57.

si los ordenamientos de Colombia y de España son compatibles con el concepto esbozado.

### **2.2.1.1 El buen gobierno y la buena administración en el ordenamiento español.**

Para comenzar se debe decir que la buena administración y el buen gobierno en España, no se encuentran taxativamente en su Constitución.<sup>351</sup> Conviene sin embargo advertir, que se pueden encontrar dispersas algunas manifestaciones al interior de este cuerpo normativo. Tal es el caso del artículo 103 C.E., que impone el deber a la Administración de servir con objetividad al interés general. Esta norma no debe pasarse por alto por cuanto el interés general se consigue siempre y cuando la actividad administrativa gire alrededor de la persona. Por su parte, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ manifiesta: *“Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas”*<sup>352</sup>.

Lo anterior denota el rol que tiene el Estado, al que se le reclama contar con estructuras fuertes en su interior con el objetivo de *“administrar adecuadamente los asuntos públicos”*<sup>353</sup> y de alcanzar el interés general. Por ende, las estructuras administrativas deben

---

<sup>351</sup> RUÍZ-RICO RUÍZ, G., “El derecho a una buena administración dimensiones constitucional y estatutaria”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011, p. 59. TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena...*, ob. cit., p. 27.

<sup>352</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho a la buena administración en la relación entre ciudadanos y Administración Pública”, en *Anuario de derecho de la Universidad la Coruña*, 2012, No16, p. 249.

<sup>353</sup> *Ibíd.*, p. 249.

responder a las demandas ciudadanas<sup>354</sup>. También es cierto que el artículo 103 en cita, establece el principio de la eficacia, el cual debe permear el interior de la organización administrativa, razón suficiente para conminar a la Administración Pública a cumplir con los postulados constitucionales. De igual forma, el actuar de la Administración española debe estar sometido al imperio de la ley, la seguridad jurídica, la responsabilidad y prohíbe el actuar arbitrario de los poderes públicos (arts. 9.3. y 106.2 C.E).

Para enfatizar, los derechos que se encuentran preceptuados en la Constitución, contenidos en el Capítulo Segundo, Tercero, permiten garantizar la plena vigencia de los postulados constitucionales, logrando una efectiva protección del individuo. Además se convierten en la carta de navegación de la función administrativa.

Quizás en la actualidad el Estado puede haber perdido algo de su poder prestacional, pese a ello, no implica que su papel debe considerarse disminuido. Por el contrario, aquél retoma la función principal de ser garante de los derechos y libertades de las personas<sup>355</sup>, corolario de esto debe ser un defensor acérrimo del Estado social y democrático de Derecho. En lo referente al Ejecutivo no se debe olvidar que existe un aparte exclusivo para la Administración Pública y para el Gobierno (Título IV C.E.), que impone una serie de comportamientos generales.

Llegados a este punto, se puede inferir que una manifestación del buen gobierno y la buena administración en el ordenamiento español es la primacía que tiene la persona en la organización

---

<sup>354</sup> RUÍZ-RICO RUÍZ, G., “El derecho a una buena administración...”, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>355</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., El derecho a la buena administración en la relación..., *ob. cit.*, p. 258.

administrativa a través del principio del interés general. Sobre el tema, vale la pena citar a RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, quien afirma “*la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia*”<sup>356</sup>.

Retomando este análisis nos permite dar cuenta que en la Carta Magna española dejan ver como la participación de la persona en los asuntos públicos resulta esencial. Por eso, su actuar no debe ser pasivo, *contrario sensu* su proactividad determinará el rumbo de los asuntos públicos. Bajo este tenor, se recuerda lo dispuesto en el artículo 9.2 Superior, que impone a los poderes públicos a promover las condiciones de libertad e igualdad, y de esta manera hacer posible la participación efectiva de los ciudadanos en asuntos políticos, económicos, culturales o sociales<sup>357</sup>. Esto denota como en la actualidad se es consciente que en el modelo de Estado los principios democráticos trascienden y son desarrollados por mecanismos eficaces que impulsan el ejercicio correcto de la función administrativa, es decir, satisfacen las expectativas y necesidades de los ciudadanos. En efecto, la participación está positivada en el artículo 23.1 C.E., en concordancia con lo dispuesto en los artículos 9.2., 105 y 129 C.E., y en conjunto hace

---

<sup>356</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho a la buena administración en la relación...”, *ob. cit.*, p. 252.

<sup>357</sup> *Ibíd.*, p. 254. “La participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco, abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad, sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas”

que dimanen las distintas formas de hacer parte en la toma de decisiones públicas.

Hay que reconocer también el deber que tiene el Ejecutivo de promover tanto el principio de imparcialidad (Art. 103.3 C.E.), como el derecho de igualdad (Art. 14 C.E.). Así pues, la organización administrativa debe caracterizarse por la *“falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo...”*<sup>358</sup>. Más aún, debe propender por asegurar una igualdad formal y material, evitando tratos discriminatorios injustificados o negativos. De otro lado, encontramos establecida la eficiencia contemplada en el artículo 31.2 la cual debe ir en consonancia con el modelo de Estado y no con la concepción que se tiene en la empresa privada.

Pese a todo lo anterior, y si el actuar del Ejecutivo no está acorde con los postulados constitucionales, existe la tutela efectiva de los derechos y garantías (Art. 24.1 C.E.) a fin de generar procesos de responsabilidad administrativa (Art. 106.2 C.E).

Hemos examinado hasta aquí algunas disposiciones constitucionales que nos hacen ver los parámetros del buen gobierno y la buena administración, pero como dijimos al principio, estos principios no están positivados en la Constitución. No obstante, muchos de los principios y derechos que subyacen en el buen gobierno y la buena administración se encuentran plenamente protegidos por la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, si descendemos en la escala normativa no sólo la Constitución del Reino de España tiene nociones del buen gobierno o buena administración. El análisis normativo no resulta baladí por

---

<sup>358</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, en <http://lema.rae.es/drae/?val=imparcialidad>, consulta 15 de octubre de 2014.

cuanto a lo largo del desarrollo normativo administrativo español la buena administración y el buen gobierno son una idea que ha permanecido, y no es una cuestión que merezca la expedición de nuevas leyes que introduzcan este término como novedoso, podremos acudir a los principios y al derecho administrativo. Con ellos podremos instar al Ejecutivo a realizar buenas prácticas concernientes al correcto desarrollo de sus funciones.

Para hacer este estudio normativo conviene iniciar con la Ley 30/1992 y su Ley modificatoria 4/1999. Las dos integran el llamado Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, y establecen un procedimiento administrativo común, que constituye un elemento fundamental para que exista respeto por parte de la Administración hacia las personas y a la vez garantiza la satisfacción del interés general.

Es menester mencionar que el procedimiento único tiene su origen en una disposición constitucional, que conmina al Estado a regular el régimen jurídico de las Administraciones públicas, a fin de garantizar un tratamiento común, garantizando la igualdad entre las personas (art. 149.1, 18 C.E.).

Encontramos también que la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas en su artículo segundo preceptúa la vinculación a la legalidad por parte de la Administración Pública. La ley vincula a la Administración General del Estado, a las Administraciones de todas las comunidades autónomas, y a las entidades que conforman la Administración local. Frente a los parámetros constitucionales que recoge la LRJAP<sup>359</sup>, recuerda a la

---

<sup>359</sup> Entiéndase desde ahora LRJAP, como Ley régimen jurídico de las administraciones públicas.

Administración de servir con objetividad al interés general, dándole el debido respeto a la Constitución y a la ley. Igualmente, esta norma aparte de regular el régimen de la Administración Pública, contiene algunos principios característicos de la buena administración y en consecuencia del buen gobierno, estos son: la legalidad, eficacia, eficiencia, transparencia, participación ciudadana y el sometimiento al interés general.

Ya refiriéndonos al trato directo del individuo con la Administración, encontramos que el artículo 35 de la LRJAP, para los procedimientos administrativos fija una serie de derechos que tratan de equilibrar la relación entre la persona y la Administración, condición ineludible para garantizar parámetros y procesos adecuados con el ciudadano.

No se puede dudar que esta ley desarrolla el mandato constitucional que le ordena a la Administración regular el procedimiento administrativo en aras de dotar al proceso de herramientas afines con la Constitución, son estas: la abstención; la recusación; la comparecencia de los ciudadanos; el registro de solicitudes, de escritos y comunicaciones; el derecho de igualdad; la formulación de alegaciones; la proposición de pruebas; la participación; el uso de lenguas y el derecho a una resolución expresa que debe ser motivada proporcional, objetiva y dictada en el plazo legalmente establecido<sup>360</sup>.

Siguiendo con el análisis legal encontramos la Ley 6/1997, conocida como LOFAGE o Ley de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. Esta ley enfatiza en la exposición

---

<sup>360</sup> CRUZ DÍAZ Y DÍAZ, M., *El empleado público ante el procedimiento público y administrativo: deberes y obligaciones de una buena administración*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010, p. 71.

de motivos el deber de amparar la legalidad y el interés general en la Administración. Es así como hace ver la obligación que tiene de contar con estructuras destinadas a satisfacer las necesidades del individuo.

De esta Ley rescatamos dos artículos que merecen ser comentados: el primero de ellos es el 3º, recoge los principios y derechos que subyacen la organización administrativa. Adicionalmente indica las diferentes formas de organización y funcionamiento que existen en la Administración, y de éstas resalta el papel preponderante de la persona. El segundo artículo es el 4º, que recopila los parámetros que debe seguir la Administración, dirigidos a garantizar los derechos de los ciudadanos. Resumiendo, esta norma le señala a la Administración que su actuar debe atender todos los postulados constitucionales. Aún más, recoge la concepción garantista del Estado y la primacía que tiene la persona.

A la par de la normatividad estudiada hallamos la Ley 7/2007 por la cual se promulga el Estatuto Básico del Empleado. A primera vista, denotamos la importancia que tienen los empleados públicos en la Administración, para que ésta marche correctamente se necesita que sus operadores ejerzan apropiadamente su función<sup>361</sup>, es decir, no sólo basta tener los medios y las condiciones adecuados, hace falta también el constante compromiso profesional de los empleados en su labor<sup>362</sup>. Con lo anterior estos empleados son determinantes en el desarrollo de las prácticas de la buena administración, exigencia que puede extenderse a los gobernantes quienes también hacen parte de la Administración.

---

<sup>361</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 52.

<sup>362</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración...*, *ob. cit.*, p. 26.



Avanzando en la lectura del Estatuto Básico del Empleado nos percatamos en el aparte denominado *deberes del empleado público y código de buena conducta* se exige someterse a los principios de legalidad y de “*objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres*”<sup>363</sup>.

Aparte, el artículo 53 *ibídem* señala los principios éticos del empleado como obligatorios, los cuales deben ser desarrollados en consonancia con lo establecido en el artículo 54 del mismo cuerpo normativo. Vale decir que los principios que conforman un código de conducta trascienden el carácter programático, y se convierten en exigencias que pueden ser reclamadas jurídicamente<sup>364</sup>. En conjunto, los artículos en mención establecen de manera general para todos los empleados públicos la necesidad de ejercer una actividad destinada a la salvaguarda de los derechos y libertades de las personas y demás postulados constitucionales.

Entorno a los códigos de buena conducta, se convierten en una herramienta auto-reguladora, coadyuvante al ejercicio del buen gobierno y la buena administración, que permite generar procesos internos facilitadores del quehacer administrativo, dado que con un código se establecen los mecanismos necesarios para ejercer un buen actuar. Bajo esta óptica se está contribuyendo a garantizar la correcta prestación de la función administrativa. En realidad los códigos de

---

<sup>363</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 7 del 12 de abril de 2007, Madrid, BOE 89 de 13 de abril de 2007, artículo 52. En extenso *Vid.* CASTILLO BLANCO, F., “Los deberes de los funcionarios públicos” en AA. VV. (Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a la ley del Estatuto Básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

<sup>364</sup> CASTILLO BLANCO, F., “Los deberes de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a la ley del Estatuto Básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 367-368.

buena conducta son instrumentos preventivos de promoción y protección del interés general, de ahí que deberán adecuarse a la realidad del momento. En consecuencia, luego de establecidos se someterán a una permanente revisión para que estos se acoplen a las verdaderas necesidades de la Administración. Colateralmente se requiere una disposición proactiva de los empleados públicos. Sobre el tema RIVERO ORTEGA cree que los empleados públicos deben involucrarse con mayor entusiasmo en los proyectos de cambio<sup>365</sup>, para normalizar el funcionamiento interno de la organización administrativa. Así, se hace necesaria la permanente capacitación, esta acción es otro paso que se tiene que dar en aras de garantizar la correcta función administrativa.

La regla de oro o requisito *sine qua non* para quienes hacen parte de la Administración y por supuesto al interior del Gobierno es la primacía de la ética. Es evidente que existen diferentes coyunturas políticas, sociales y económicas en el país que lleven a la proliferación de un ambiente laboral de desmotivación. En tal situación, RIVERO ORTEGA manifiesta que el Estatuto Básico del Empleado Público no ahondó en el tema de la evaluación del desempeño<sup>366</sup>, actividad esencial para controlar y a la vez estimular la dinámica de promoción (carrera horizontal).

En este contexto, encontramos un derrotero para los empleados públicos y es el comportamiento que deben tener al ejercer sus funciones, también la imperiosa necesidad de tener una ética férrea e inquebrantable. Aparte, la Administración debe implementar los mecanismos necesarios para evaluar y promocionar a los empleados

---

<sup>365</sup> RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones administrativas: organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid, 2012, p. 90.

<sup>366</sup> *Ibíd.*, p.100.

públicos, más aún, debe merecerle importancia el mérito en el acceso a los empleos públicos, y así lograr vincular empleados excelentes ética y profesionalmente. Como resultado se lograría oxigenar y promover la mejora de sus actividades, procedimientos y procesos al interior de la organización administrativa.

RIVERO ORTEGA manifiesta que si bien la Ley 7 de 2007 pretendió generar un proceso despolitizado y adecuado para el correcto funcionamiento de la Administración, muchas veces estos influjos son difíciles de erradicar. Es así como en ocasiones se hace uso abusivo de las interinidades, o el *outsourcing*. Por lo tanto recuerda la necesidad del reforzamiento del mérito y la capacidad en la carrera administrativa<sup>367</sup>.

En lo que se refiere al Gobierno, encontramos la Ley 5/2006 que regula el tema de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General, e impone al Gobierno una serie de obligaciones concernientes al desempeño de sus labores referidas al buen gobierno. Esta ley pretende que los gobernantes se dediquen de forma exclusiva a sus labores y prohíbe el desarrollo de su labor pública con actividades privadas, incluso, restringe el manejo de dinero privado.

Esta ley propende por salvaguardar el interés general y pretende eliminar todo resquicio de intereses particulares tendientes a lesionar la objetividad. Tan es así, que impone una serie de prohibiciones a los gobernantes que dejan sus cargos, prohibiéndoles el ejercicio de actividades referentes a los asuntos de conocimiento en razón al cargo que dejaron, en éste sentido promulga: *“no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente*

---

<sup>367</sup> *Ibíd.*, p. 88-89.

*con las competencias del cargo desempeñado...*”(Art. 8). Adicional a ello, crea un control de rentas fiscalizado por la oficina de conflictos de intereses y un procedimiento sancionador. Esto a nuestro modo de ver, permitirá la correcta adecuación a los postulados constitucionales por parte de los gobernantes.

Como antecedente de la ley en cita, encontramos la Orden APU/516/2005, del 3 de marzo, la cual es un verdadero código de conducta para los gobernantes en el ejercicio de sus labores. En su primera parte, estatuye con vehemencia el respeto por las buenas prácticas y antepone la primacía que debe merecer la persona en los asuntos públicos. Es así como insta a respetar los derechos y libertades, con el objetivo de lograr la satisfacción del interés general.

Siguiendo con nuestro análisis encontramos que con posterioridad a estas normas se erigió la Ley19/2013. En su primera parte hace referencia a la importancia de la transparencia y a la necesidad que tiene la Administración Pública de rendir informes *motu proprio*, referentes a su organización, planificación, economía, presupuesto y en materia jurídica. La intención de esta norma es permitir que los ciudadanos conozcan el cumplimiento de los objetivos y el manejo de los recursos por parte de cada una de las entidades públicas. Al respecto, se trae a colación el análisis realizado por JIMÉNEZ FRANCO<sup>368</sup>, en el caso del portal de internet del Defensor del Pueblo de España<sup>369</sup>. Se trata de un sitio web que da a conocer en detalle los gastos y recursos que se necesitaron para el funcionamiento

---

<sup>368</sup> JIMÉNEZ FRANCO, E., "Principios de transparencia activa", II Jornada sobre gobernanza, transparencia y rendición de cuentas. Conferencia dada el día 10 de junio de 2013, en la Universidad de Salamanca. En: [http://www.youtube.com/watch?v=vhPjo5X\\_tpg](http://www.youtube.com/watch?v=vhPjo5X_tpg), consulta del 10 de octubre de 2014.

<sup>369</sup> <http://www.defensordelpueblo.es/es/Transparencia/Plantilla/index.html>

de la entidad, permitiendo que los ciudadanos ejerzan un control oportuno, por lo que se convierte en un buen ejemplo de transparencia.

La Ley 19/2013 reglamenta también el procedimiento para la solicitud de información, que es objeto de consulta ciudadana, y debe ser suministrada en detalle, por lo que es obligación de los funcionarios absolver las dudas que formule el individuo a la Administración Pública.

Finalmente, encontramos el apartado de buen gobierno, hace referencia únicamente a los: *“miembros del Gobierno, a los Secretarios de Estado y al resto de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal, de Derecho público o privado, vinculadas o dependientes de aquella”* (Art. 25). Los principios a los que esta ley acude en búsqueda del buen gobierno son: la legalidad y el estricto respeto que se le debe a la Constitución; la imparcialidad; el derecho a la igualdad, eficacia; correcto trato al ciudadano; responsabilidad; actuación con objetividad en pro del interés general; transparencia; eficiencia; respeto por los derechos de las personas (Art. 26).

De las anteriores consideraciones, vemos como se hace una recopilación de las normas constitucionales y administrativas, antes analizadas, a fin de brindar una guía y elementos necesarios para tener una Administración y un Gobierno acorde a los postulados constitucionales.

Por lo tanto, es ineludible concluir como las principales normas en materia contencioso administrativa nos brindan elementos que subyacen en el buen gobierno y la buena administración, sin que exista una específica que los positive. No desconocemos el reconocimiento

legal que se le ha dado a la buena administración en varias comunidades autónomas (Andalucía, Cataluña, Castilla y León, Extremadura, Valencia etc.). Somos conscientes que existen otras leyes estatales o autonómicas que pueden tener manifestaciones del buen gobierno o la buena administración, pero el objeto que pretendemos con este ejercicio no es auscultar toda la normatividad, sino determinar las manifestaciones de dichos conceptos en el ordenamiento jurídico español.

Sabemos que la buena administración se encuentra establecida en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo el 7 diciembre de 2000 en Niza<sup>370</sup>, la cual establece la buena administración como un derecho de los ciudadanos europeos frente a las instituciones pertenecientes a la Unión Europea. En relación con la buena administración, es considerada a nuestro modo de ver, desde una perspectiva procesal. Puesto en otros términos, se refiere exclusivamente al contacto que puede llegar a tener la persona con las instituciones europeas. Para nosotros la buena administración junto con el buen gobierno trascienden más allá de las relaciones o los procedimientos administrativos, estos principios como venimos analizando comparecieron desde antes, y deben darse al interior de las

---

<sup>370</sup> UNIÓN EUROPEA, Constitución de derechos fundamentales Unión Europea, Artículo II 101 “Derecho a una buena administración 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que la concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

instituciones administrativas desde el inicio de sus actividades, ello con el objeto de garantizar los derechos del individuo.

Lo anterior, no obsta para decir que la buena administración consagrada en el tratado de Niza hace parte de la relación que debe tener la Administración con el ciudadano, pero este actuar no sólo debe venir reflejado en el procedimiento y en la reparación de los daños, aquellas prácticas deben trascender este plano y reflejarse en el conjunto de la institución pública. En cuanto a la aplicación de la precitada disposición en los Estados miembros de la Unión Europea, TOMÁS MALLÉN sostiene que la Carta de Niza tendrá aplicación cuando los Estados miembros aplican el derecho comunitario<sup>371</sup>.

#### **2.2.1.2 El buen gobierno y la buena administración en el ordenamiento colombiano.**

Al igual que el ordenamiento español, y como se detalla en el primer capítulo de esta investigación, la República de Colombia se proclama como un Estado social y democrático de Derecho, y se fija como norte el respeto por la “...*dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*” (Art. 1 C.C).

Dentro de este ámbito se expresa que el Estado tendrá como fines “*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*

---

<sup>371</sup> TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena...*, ob. cit., p. 57-60.

*nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Art. 2 C.C).*

Así entonces, encontramos una serie de elementos importantes para el buen gobierno y la buena administración, como son la participación y el interés general. Desde luego, observamos el sometimiento que se le debe en todo momento a la Constitución (Art. 4 C.C). Involucra esto la protección de los derechos de las personas (Art. 5 C.C), a fin de generar una mayor legitimidad y legalidad que implica a los poderes públicos su sometimiento a la ley y al Derecho (Art. 6 C.C). En definitiva la legalidad es un elemento importante que se yuxtapone con otros principios y derechos que vienen a formar el buen gobierno y la buena administración. Podemos añadir que ante su eventual lesión existe una elaborada carta de derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente que cuentan con la acción de tutela, como mecanismo de protección.

Análogamente el ordenamiento colombiano reconoce una serie de principios que son de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos, por supuesto incluye la Administración Pública y al Gobierno. De este modo a través del principio de legalidad se limita el ejercicio de las funciones (Art. 122 y 123 C.C). De igual forma, existe un régimen de responsabilidad por los daños causados (Art. 91, 92 y 124 C.C). Adicionalmente, el artículo 209 Superior determina que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y deben ser logrados cumpliendo la igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, celeridad y publicidad. Por lo tanto, cabe acotar que el ordenamiento colombiano, al igual que el español, determina claros principios del buen actuar de la Administración y del Gobierno, los cuales si bien no se encuentran expresamente definidos bajo este



rótulo, imponen indiscutiblemente una serie de parámetros al Ejecutivo.

Al mismo tiempo, la Carta colombiana introduce en el artículo 23 el derecho de petición, que se impone como un mecanismo de transparencia para la Administración Pública, es así como por medio de este derecho pueden solicitar peticiones las personas a las autoridades públicas. Podemos inferir que este derecho es el vehículo por el cual se puede acceder a la información pública, permitiendo el ejercicio de la publicidad y la transparencia, que tendrá como consecuencia la eliminación de la arbitrariedad en las actuaciones administrativas.<sup>372</sup>

Se deduce entonces que este derecho es el vehículo para acceder a la información pública, y redundando en la eliminación del abuso en las actuaciones administrativas y demás prácticas que pueden llevar a configurar un mal gobierno o mala administración<sup>373</sup>. Esta norma

---

<sup>372</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 247 de mayo 9 de 2013 M.P. CALLE CORREA, M. “(...), la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos. En este sentido, la Corte ha reiterado que el acceso a información y documentación oficial, constituye una condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos del gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición..”

<sup>373</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 247 de mayo 9 de 2013, M.P. CALLE CORREA, M. “(...), la transparencia y la publicidad de la información pública son dos condiciones necesarias para que las agencias del Estado se vean obligadas a explicar públicamente las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos; son la garantía más importante de la lucha contra la corrupción y del sometimiento de los servidores públicos a los fines y procedimientos que les impone el derecho; son la base sobre la cual se puede ejercer un verdadero control ciudadano de la gestión pública y satisfacer los derechos políticos conexos. En este sentido, la Corte ha reiterado que el acceso a información y documentación oficial, constituye una condición de posibilidad para la existencia y ejercicio de las funciones de crítica y fiscalización de los actos del gobierno que, en el marco de la Constitución y la ley, cabe legítimamente ejercer a la oposición..”

pretende también incentivar la participación y en consecuencia el postulado democrático, con el propósito que la persona ejerza un papel activo en la gestión del Estado<sup>374</sup>.

Respecto a la regulación del acceso a la información de documentos públicos<sup>375</sup>, la Ley 1712 de marzo 6 de 2014 establece los mecanismos que permiten hacer realidad la transparencia al interior de la organización administrativa, en particular la derivada de la solicitud de información y la divulgación de la misma. Respecto de la información, se impone la obligación a las autoridades públicas de brindar información *motu proprio* de su estructura, funciones, deberes, presupuesto y ejecución del mismo, el plan de acción de la entidad<sup>376</sup>, personal, gastos, políticas internas, contratos, plan de anticorrupción y atención al ciudadano<sup>377</sup> y en general toda la información referente a la gestión y al ejercicio de las labores propias de la entidad<sup>378</sup>.

---

<sup>374</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 711 de diciembre 9 de 1996 M.P. MORÓN DÍAZ, F.

<sup>375</sup> La Ley 1437 de 18 de enero de 2011, pretendió regular el derecho de petición a lo cual luego de del análisis constitucional realizado por la Corte Constitucional, los apartes referentes a la regulación de este derecho fueron declarados inexecutable es decir contrarios a la Constitución, mediante COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 818 de noviembre 1 de 2011, PRETELT CHALJUB, J. ello por cuanto el trámite que se le dio fue de ley ordinaria y no estatutaria la cual es la idónea para regular los derechos fundamentales.

<sup>376</sup> COLOMBIA, Ley 1474 de 2011, Bogotá, Diario Oficial 48.128 de julio 12 de 2011, artículo 74. “Plan de acción de las entidades públicas. A partir de la vigencia de la presente ley, todas las entidades del Estado a más tardar el 31 de enero de cada año, deberán publicar en su respectiva página web el Plan de Acción para el año siguiente, en el cual se especificarán los objetivos, las estrategias, los proyectos, las metas, los responsables, los planes generales de compras y la distribución presupuestal de sus proyectos de inversión junto a los indicadores de gestión. A partir del año siguiente, el Plan de Acción deberá estar acompañado del informe de gestión del año inmediatamente anterior. Igualmente publicarán por dicho medio su presupuesto debidamente desagregado, así como las modificaciones a este o a su desagregación.

Parágrafo. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta estarán exentas de publicar la información relacionada con sus proyectos de inversión”

<sup>377</sup> COLOMBIA, Ley 1474 de 2011, Bogotá, Diario Oficial 48.128 de julio 12 de 2011, artículo 73. “Cada entidad del orden nacional, departamental y municipal deberá elaborar anualmente una estrategia de lucha contra la corrupción y de atención al ciudadano. Dicha estrategia contemplará, entre otras cosas, el mapa de

En general la ley en cita crea un cambio de concepción en el sector público porque ahora no cabe duda que la información que detenta es pública. En vista de lo anterior, existe un campo fértil para ejercer verdaderos mecanismos de participación y control ciudadano. El ciudadano al tener acceso a la información de la gestión administrativa, puede hacer veeduría sobre las actividades administrativas.

De otro lado, la Ley 489 de diciembre 29 de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se*

---

riesgos de corrupción en la respectiva entidad, las medidas concretas para mitigar esos riesgos, las estrategias anti-trámites y los mecanismos para mejorar la atención al ciudadano.”

<sup>378</sup> COLOMBIA, Ley 1712 de 2014, Bogotá, Diario Oficial 49.084 de marzo 6 de 2014, artículo 9. “Información mínima obligatoria respecto a la estructura del sujeto obligado. Todo sujeto obligado deberá publicar la siguiente información mínima obligatoria de manera proactiva en los sistemas de información del Estado o herramientas que lo sustituyan: a) La descripción de su estructura orgánica, funciones y deberes, la ubicación de sus sedes y áreas, divisiones o departamentos, y sus horas de atención al público; b) Su presupuesto general, ejecución presupuestal histórica anual y planes de gasto público para cada año fiscal, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011; c) Un directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios y las escalas salariales correspondientes a las categorías de todos los servidores que trabajan en el sujeto obligado, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; d) Todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal e indicadores de desempeño; e) Su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y en caso de los servicios de estudios o investigaciones deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011. En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; f) Los plazos de cumplimiento de los contratos; g) Publicar el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011.” Este artículo se encuentra en concordancia con el 11 de la misma normatividad.”

*dictan otras disposiciones*”, pretende regular el ejercicio de la función administrativa en general, enmarcado en la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia<sup>379</sup>.

En el artículo 4 de la ley en cita, encontramos la finalidad de la función administrativa que se acerca al concepto que propusimos de buena administración y buen gobierno, a saber:

*“La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.*

*Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general”.*

Así, el actuar de la organización administrativa pretende satisfacer las necesidades de las personas, utilizando los instrumentos brindados por la Constitución (principios, finalidades, actuar consultando el interés general y demás obligaciones constitucionales).

Pasando al análisis de otra norma, encontramos la Ley 1474 de 2011, *“por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”*. En su artículo 78 indica como la transparencia y la participación de los individuos en los asuntos públicos son determinantes, y otorga la

---

<sup>379</sup> COLOMBIA, Ley 489 de 1998, Bogotá, Diario Oficial 43.464 de diciembre 30 de 1998, artículos 1 y 3. y ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, ob. cit., p. 20.

posibilidad a las entidades y organismos de la Administración Pública de hacer parte a los ciudadanos en la formulación, ejecución, control y evaluación de su gestión, a través de diferentes mecanismos, entre ellos están las audiencias públicas, la incorporación en sus planes de desarrollo y gestión de programas.

También cabe mencionar el documento CONPES<sup>380</sup> 3654 de 2010<sup>381</sup>, éste expone la necesidad que tiene la Administración de rendir cuentas, exigencia que da cuenta de cómo la Administración debe propender por ser abierta en su quehacer, permitiendo generar el fortalecimiento de su legitimidad.

Volviendo a la Ley 1474 de 2011, ésta prescribe una serie de elementos importantes para el buen gobierno y la buena administración. Encontramos la prohibición para ex funcionarios de gestionar asuntos privados relacionados con el cargo anterior(Art 3). A su vez, impone una serie de medidas que contrarrestan la corrupción al interior de la Administración y están dirigidas a la contratación y el control fiscal, en materia de salud. También adicionó las sanciones de índole disciplinario y penal para aquellas personas que cometan actos de corrupción contra la Administración Pública. A nuestro juicio esta ley pretende permear la actuación de la Administración con una serie de prácticas administrativas correctas. En virtud de lo expuesto, encontramos la intención de proteger el interés general y la primacía de los derechos fundamentales. A tal efecto, esta regulación exhorta a la Administración a que su actuación sea diáfana.

---

<sup>380</sup> Consejo Nacional de Política Económica y Social, máxima autoridad nacional de planeación y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Paginas/conpes.aspx>

<sup>381</sup> COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3654. Bogotá, abril 12 de 2010.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de enero 18 de 2011, instituye el procedimiento administrativo para que se garanticen los derechos y libertades de las personas, y exige una sujeción permanente a la Constitución y a la ley. En lo que se refiere al proceso administrativo y contencioso se conceden garantías a las personas, a saber: “...*el debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad*”(Art 3).

Finalmente, podemos inferir que la buena administración y el buen gobierno no se dan exclusivamente cuando la persona tiene contacto con el Ejecutivo, sino que su materialización se advierte desde el momento de la planeación y a lo largo del procedimiento que realizan.

Aparte, encontramos similitudes en el ordenamiento español y colombiano, cada uno de ellos preceptúa una serie de derechos que atañen a la solicitud de información, al trato acorde con la dignidad humana y a la exigencia del cumplimiento de las funciones administrativas<sup>382</sup>. Para ello, se ha establecido un procedimiento administrativo y contencioso – administrativo, enarbolado bajo la garantía de principios constitucionales. Es por lo que una vez más se reafirma el rol fundamental de la Administración, garantizar los derechos y por supuesto la consecución del interés general.

En suma, después de analizar los ordenamientos colombiano y español, podemos deducir que en materia de regulación sobre buen gobierno y buena administración se encuentran múltiples disposiciones

---

<sup>382</sup> COLOMBIA, Ley 1437 de 2011, Bogotá, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, artículo 5.

que evidencian la relevancia que tienen en la ley, como límite en el actuar del Ejecutivo y viene acompañada de una serie de principios que protegen el interés general. Es más, en ambas legislaciones se cuenta con una carta abierta que invita al cambio de mentalidad de la Administración y del Gobierno, en el entendido que se les exhorta para que tengan un adecuado actuar dirigido ya no bajo el paradigma de tener a la persona como cliente, sino como contribuyente y partícipe activo de la actividad administrativa. En consecuencia, todo el esfuerzo del sector público va dirigido a cumplir con el interés general, y como veremos no es un concepto abstracto, sino que encuentra su fundamento en el respeto de los derechos fundamentales, libertades y demás postulados que se encuentran consignados en la Carta Magna.

Por último, es evidente la importancia que representa el Ejecutivo como guarda de los postulados constitucionales. Bajo esta órbita los principios del buen gobierno y la buena administración deben estar enfocados a satisfacer las necesidades de las personas a través de los instrumentos creados en la Carta Superior. En tal medida, es necesario entrar a analizar cuáles principios subyacen en el buen gobierno y la buena administración, luego de haberse establecido un concepto unívoco y haber corroborado su aplicación en ambos ordenamientos (español y colombiano).

## **2.2.2 LOS PRINCIPIOS QUE SUBYACEN EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.**

### **2.2.2.1 La prohibición de la arbitrariedad. La legalidad como base para la actuación administrativa.**

El punto de partida en este tema, es la misma Constitución española y colombiana, en cada una de éstas encontramos la demanda

que se le hace a la Administración Pública a servir con objetividad al interés general. Más aún, insta a todos los poderes públicos promover las condiciones de libertad. En virtud de ello, prevalecen unos parámetros que la Administración Pública debe cumplir con el propósito de lograr sus fines. Posición que replica GUEVARA QUINTANILLA al denotar como en la actualidad las personas le exigen a la Administración eficiencia y eficacia en el desarrollo de su gestión<sup>383</sup>.

Así, una Administración Pública con un comportamiento idóneo ceñido a los parámetros constitucionales como la: eficacia; eficiencia; transparencia; ética; igualdad e imparcialidad; y sus actuaciones direccionadas a garantizar el interés general, requiere contar con un adecuado entendimiento entre Gobierno y Administración, por cuanto *“la efectividad del Estado depende, (...), de la calidad del Gobierno, como la efectividad de este depende de la capacidad operativa de la Administración”*<sup>384</sup>.

Al respecto, es importante anotar el rol que desempeña el funcionario en la Administración, de nada vale que se tenga un gobernante con ideas innovadoras, si se encuentra con funcionarios reticentes para que adopten las políticas pregonadas por él. En el mismo sentido hallamos otro problema cuando el funcionario es proactivo, pero no encuentra receptividad por parte de sus jefes, más aun, no recibe incentivos, o peor, trabaja en entornos donde prima la costumbre de realizar el menor esfuerzo<sup>385</sup>. A tal efecto, y bajo el

---

<sup>383</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena..., ob. cit.*, p. 22.

<sup>384</sup> NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno..., ob. cit.*, p. 245.

<sup>385</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización..., ob. cit.*, p. 52. “El simple administrador está condenado al inmovilismo por su incapacidad crítica funcional y su falta de imaginación. Su objetivo se limita a garantizar que el sistema funcione, aunque sea en una dirección falsa y hasta aberrante. Mientras que el simple político está condenado a la ineficacia por incapacidad técnica, que le impide hacer operativas sus ideas sin el concurso de los demás. Cuando el político llega a dominar la técnica,



amparo del buen gobierno y la buena administración resulta trascendental la interacción proactiva entre el gobernante y el funcionario<sup>386</sup>. De esta manera se propende para que se realice un trabajo armónico y fértil ejerciendo a cabalidad las funciones para desarrollar las políticas públicas y alcanzar los objetivos propuestos.

De no menor importancia es la ética en la Administración Pública, en tal medida es imprescindible que se cuente con un ambiente propicio para que quienes hacen parte de ésta tengan perfectamente socializada y comprendida la magnificencia que representa la ética, hecho que resulta determinante en el ejercicio adecuado de gobierno<sup>387</sup>. Dentro de esta órbita, es conocido que en países como Colombia y España existe una desorganización al interior de la Administración, y se oculta con el aparente ceñimiento de la legalidad, situación que va en contra vía del comportamiento que debe tener la Administración.

Cierto es que en España algunas de las decisiones o actuaciones emanadas por la Administración deben ir precedidas de una norma, con ocasión a la interdicción de la arbitrariedad, a tal punto que *“el prestigio de un ministerio se mide por su capacidad de lograr la aprobación de las leyes en las Cortes y los decretos en el Gobierno sin que se preocupe la operatividad”*<sup>388</sup>. Colombia no es ajena a este fenómeno, como consecuencia de esta anomalía se detectan contradicciones normativas que impiden al servidor público ejercer un

---

se convierte en gobernante; y lo mismo le sucede al administrador cuando encuentra respaldo en el político.”

<sup>386</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>387</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia de octubre 31 de 2002, C. P. HOYOS DUQUE, R., Exp. AP 518. “...ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta...”

<sup>388</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización...., ob. cit.*, p. 70.

adecuado servicio<sup>389</sup>, parálisis administrativa, la evasión de la responsabilidad, entre otras; provocando finalmente el incumplimiento de los fines constitucionales que se le exigen a la Administración Pública<sup>390</sup>.

En la Administración Pública se habla de arbitrariedad y discrecionalidad, términos que marcan una acentuada diferencia, por lo que no deben confundirse. La arbitrariedad es *“la mera voluntad o el puro capricho de los administradores.”*<sup>391</sup> La discrecionalidad debe ser entendida como la libertad que se le dota a la Administración en su actuar a fin de poder concretizar los fines estatales, libertad que deberá siempre ir enmarcada en los postulados constitucionales y del Derecho. De este modo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ considera que son conceptos antagónicos. Así, considera: *“...nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inacabable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino – pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su autenticidad”*<sup>392</sup>.

De conformidad con estos planteamientos inferimos rotundamente que la motivación es pieza fundamental en la actuación administrativa. En consecuencia, los actos deben venir respaldados con una justificación adecuada respecto del objeto de la decisión, existiendo

---

<sup>389</sup> *Ibíd.*, p. 197-201.

<sup>390</sup> *Ibíd.*, p. 72.

<sup>391</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999, p. 81.

<sup>392</sup> *Ibíd.*, p. 82.

una carga de proporcionalidad entre la decisión que se toma y los hechos que fundamentan el acto<sup>393</sup>.

En lo que tiene que ver con la arbitrariedad, esta proscrita tanto doctrinaria, como jurídica y jurisprudencialmente <sup>394</sup> , ergo la Administración debe someterse a la ley y a la Constitución. Por ende, su actuar nunca deberá ser caprichoso y no debe olvidar los postulados superiores que delimitan el servicio de la organización administrativa. Al respecto el artículo 9.3 C.E. 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”*. De esta manera, encontramos un mandato que le ordena a la Administración a ceñirse a los postulados constitucionales, sustentando sus decisiones en fundamentos claros, objetivos, capaces de mantener la decisión adoptada<sup>395</sup>.

Igualmente, se hace necesario recalcar que para el logro de una labor adecuada por parte de la Administración, se debe contar con un grado de discrecionalidad, teniendo en cuenta que no todo debe estar regulado por la ley por cuanto aquella tiene un carácter general y abstracto. De estar todo regulado se caería, como sostiene NIETO GARCÍA<sup>396</sup>, en una proliferación de normas particulares, que interfieren en la actividad administrativa. Sin embargo, para tener un buen gobierno y una buena administración no se debe ser un devoto

---

<sup>393</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección segunda, Sentencia de diciembre 6 de 2012, C. P. ALVARADO ARDILA, V., Exp. 1435-12.

<sup>394</sup> GARRONERA MORALES, A., *El lugar de la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1980, p. 86.

<sup>395</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 485.

<sup>396</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización...., ob. cit.*, p. 197-201.

exacerbado de la legalidad, porque esta postura retrasa la puesta en marcha de las políticas públicas y pone en riesgo a la Administración, hasta el punto de convertirla en un ente lento, con resultados nefastos, y peor aún pierde credibilidad por parte de sus gobernados. En igual dirección GARCÍA DE ENTERRÍA declara:

*“(...)el pueblo se siente literalmente, alienado por un poder extraño, que no es capaz de interiorizar o sentir como suyo y cuya actuación no considera que se realiza en su propio beneficio, sino en el de los propios titulares de la gestión, que han pasado así a apropiarse de ésta y de sus fines. Supone, así, la ruptura de la relación de trust, confianza o fiducia y, con ello, de la legitimidad del sistema mismo, la más grave, pues, de las deficiencias imaginables en una democracia”<sup>397</sup>.*

Estos estudios nos permiten concluir que la Administración no debe escudar su omisión o no actuar, en la no preexistencia de leyes particulares. Por el contrario, la potestad discrecional nace de la propia ley que le da un campo de acción a la Administración Pública y al funcionario público para actuar<sup>398</sup>. La discrecionalidad entonces no debe verse como un elemento inadecuado en la actuación administrativa, es una de las posibilidades que tiene el funcionario público de encontrar el interés general, realizando una “*previa*

---

<sup>397</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces..., *ob. cit.*, p. 96-97.

<sup>398</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 467, 483. y PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 121. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Sentencia de noviembre 30 de 2006, C. P. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, A., Exp. 13074.

*ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto*”<sup>399</sup>.

Al analizar el ordenamiento jurídico español y el colombiano, en materia contencioso administrativo, observamos que limitan el ejercicio de la discrecionalidad, así lo consigna el artículo 54 de la Ley 30/1992 de España, modificado por la Ley 4/1999, que establece que los actos proferidos por la Administración deberán sustentarse tanto en Derecho como de manera fáctica, incluso los proferidos en uso de la potestad discrecional. Al mismo tenor en Colombia la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” establece el principio de imparcialidad, en virtud de éste las autoridades administrativas deben asegurar que en sus procedimientos se incluyan las actividades necesarias para que se garanticen los derechos de las personas, por lo que no pueden existir motivaciones subjetivas en sus actos<sup>400</sup>. Este postulado se complementa con la obligación que se le impone a la Administración Pública de proferir sus actos, ya sea de carácter particular o general, en el uso de la potestad discrecional, adecuándose a los fines que la norma autoriza, y que a la vez sea proporcional con los hechos que sirven de causa para proferir el acto<sup>401</sup>.

---

<sup>399</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 30 de 2006, C. P. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, A., Exp. 13074.

<sup>400</sup> COLOMBIA, Ley 1437 de 2011, enero 18, Bogotá, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, artículo 3.3 “En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

<sup>401</sup> COLOMBIA, Ley 1437 de 2011, enero 18, Bogotá, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011, artículo 44. “. 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.”

Debemos hacer referencia a la sentencia del Consejo de Estado Colombiano, la cual tuvo la oportunidad de verter los siguientes criterios:

*“La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la Administración para satisfacer caprichos individuales. (...) Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la Administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad” (SCEC, sección segunda, Ex. 0589-05 agosto 6 de 2006, C.P. ORDOÑEZ MALDONADO, A.).*

Los argumentos expuestos en esta sentencia nos llevan a concluir que la legalidad no debe verse como una rémora por la cual la Administración justifica su acción, por el contrario, se constituye en una garantía para respetar los derechos fundamentales, por ello la Administración no debe deformar este postulado<sup>402</sup>.

Al considerar a la Administración Pública como *“parte de la estructura orgánica del Estado dirigida por el poder ejecutivo para el*

---

<sup>402</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena...*, ob. cit., p. 95.

*cumplimiento de fines e intereses de carácter general*<sup>403</sup>. De esta manera, su actuar debe incorporar principios como el de la eficiencia, que no es más que el cumplimiento de sus fines, los cuales principalmente los encontramos en la Constitución y en las leyes que determinan el funcionamiento de la Administración. Así las cosas, cualquier rémora u obstáculo que ponga un servidor público impedirá el desarrollo normal de la actividad administrativa. En estas condiciones contemplaremos un ejercicio inadecuado de la Administración. Ahora bien, observamos también que la inacción de ésta, puede no encuadrarse en un actuar abiertamente ilegal, pero pueden ser constitutivas de una mala Administración que *a posteriori* tendrán como consecuencia la posible lesión de los derechos de las personas<sup>404</sup>.

#### **2.2.2.2 La eficacia.**

La eficacia hace referencia al cumplimiento de los postulados constitucionales, principalmente a la garantía de los derechos y libertades de las personas y a la salvaguarda del interés general.

En el marco de esta tesis, implica una serie de obligaciones para la organización pública, ello en el entendido que doctrinariamente la eficacia hace referencia al cumplimiento de objetivos<sup>405</sup>. Dicho logro no se debe dar de cualquier manera, al respecto NEVADO-BATALLA MORENO sostiene que *“Los poderes públicos ya no sólo se encuentran vinculados por los correspondientes mandatos que los obligan a proceder a la tutela de determinados derechos o situaciones de los ciudadanos o a garantizar mediante prestaciones materiales concretas sus necesidades, sino que además harán de hacerlo alcanzando unos*

---

<sup>403</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Notas sobre derecho...*, ob. cit., p. 25.

<sup>404</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena...*, ob. cit., p. 22.

<sup>405</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Notas sobre derecho...*, ob. cit., p. 24.

*resultados de satisfacción óptimos de forma que la propia prestación legitime...*<sup>406</sup>.

Es así como surge el concepto de la calidad como elemento que se encuentra en permanente conexión con la eficacia<sup>407</sup>, y significa la consecución de los objetivos que se deben alcanzar de manera óptima y adecuada a la vista de los ciudadanos. Se trata de los objetivos que se circunscriben a la primacía del hombre y al respeto que debe tener la organización administrativa por la Constitución.

Dichos objetivos deben ser logrados bajo algún estándar, pero no puede ser cualquiera. Sobre el particular, debemos conocer el significado de calidad con el fin de establecer cuál es el parámetro que debe tener presente la Administración. Para dicho propósito, tomaremos la definición propuesta por DÍAZ Y DÍAZ que sobre el tema manifiesta *“la calidad supone responder de forma regular y continua a las necesidades y expectativas de los ciudadanos, presentes y futuras (con previsión) esto es, proporcionar un escenario de bienestar y felicidad”*<sup>408</sup>.

Establecida la definición de calidad y eficacia podemos decir que para su consecución no se debe olvidar la legalidad, sobre el particular NEVADO-BATALLA MORENO expresa su preocupación respecto de los métodos para alcanzar la calidad, en el sentido que muchos de ellos son tomados del sector privado y vienen a enfrentarse con la legalidad. Es así como evidenciamos en el primer capítulo, que el modelo de gestión administrativa de gerencia o management, tiene dificultades para

---

<sup>406</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Calidad de los servicios”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, No1, 2003, p. 20. En el mismo sentido NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno...*, *ob. cit.*, p. 219.

<sup>407</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Calidad de los servicios...”, *ob. cit.*, p. 24.

<sup>408</sup> CRUZ DÍAZ Y DÍAZ, M., *El empleado público ante el ...*, *ob. cit.*, p. 102.



adecuarse a los postulados del modelo de Estado, ejemplo de ello la legalidad, en vista que muchas de las prácticas pueden ser contrarias al ordenamiento.<sup>409</sup> A juicio de NIETO GARCÍA, se puede dar un posible enfrentamiento entre la legalidad y la eficacia<sup>410</sup>. Pero una vez más reiteramos nuestra posición en contra de transpolar las prácticas del sector privado a lo público, las cuales en muchos de sus propósitos no se adecúan a los del Estado social y democrático de Derecho<sup>411</sup>. Por lo tanto una empresa o sociedad privada tiene por objeto la obtención de beneficios o utilidades, y para el caso del Estado si bien éste debe tener una sostenibilidad financiera sus objetivos van encaminados hacia otros horizontes (v.g. satisfacción de necesidades sociales, prestación universal, oportuna y permanente de servicios públicos etc.). Así, debemos decir que la eficacia no puede verse como una forma de alcanzar los objetivos a cualquier costo y forma, por cuanto no debemos olvidar que la Administración le debe obediencia a la ley y obviamente a la Constitución.

Con todo, la eficacia no debe satanizarse, por el contrario, de concebirse de manera adecuada permite su armónico desarrollo con la legalidad, logrando que los ciudadanos confíen en la actividad administrativa, debido a que la Administración cumple sus objetivos respetando los postulados constitucionales y administrativos<sup>412</sup>. Considera PAREJO ALFONSO, que la eficacia y la legalidad no pueden contradecirse, ya que la eficacia debe ser concebida en el Derecho, es decir, como parte del ordenamiento, por lo que cualquier acción fuera

---

<sup>409</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “El principio de legalidad como obligado..., *ob. cit.*, p. 144-150.

<sup>410</sup> NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno...*, *ob. cit.*, p. 216- 219.

<sup>411</sup> MARTÍN MATEO. R., “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, en *Revista de Administración Pública*, mayo agosto, Vol. 134,1994, p. 20.

<sup>412</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Calidad de los servicios..., *ob. cit.*, p. 25.

de la legalidad es contraria al Derecho y en consecuencia a la Constitución<sup>413</sup>.

Finalmente, la eficacia es determinante para la consecución de los fines u objetivos propuestos por la Administración y su obtención no se realizará de cualquier modo, deberán existir parámetros de calidad en su actividad, con el fin de garantizar el interés general. Esto nos lleva a afirmar que permite la consecución y la vigencia del Estado social y democrático de Derecho, por cuanto este principio obliga a la Administración a llevar a cabo los fines constitucionales en su actuar<sup>414</sup>.

### **2.2.2.3 La eficiencia.**

La eficiencia mide la relación entre los recursos públicos utilizados y los objetivos alcanzados, por lo que se exige la reducción y eliminación de gastos innecesarios <sup>415</sup> (económicos, personal, instalaciones, etc.) o como LES METCALFE y SUE RICHARDS denominan inputs, teniendo como referencia los resultados de dicho proceso y los medios para alcanzarlo<sup>416</sup>.

Ahora bien, la eficiencia se encuentra estrechamente relacionada con la eficacia, porque la última define los objetivos a lograr, materializados en resultados, y a su vez la eficiencia pretende que estos se obtengan a través de procesos que aseguren la racionalización

---

<sup>413</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración: tres estudios*, INAP, Madrid, 1955, p. 109.

<sup>414</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 479 de agosto 13 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A y HERNÁNDEZ GALINDO, J.

<sup>415</sup> AGUILERA IZAGUIRRE, G., *Modelos de Evaluación de la calidad ...*, ob. cit., p. 162.

<sup>416</sup> METCALFE, L. Y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, INAP, Madrid, 1989, p. 58.

y la optimización de los recursos asignados<sup>417</sup>. En efecto, para la fijación de objetivos debemos ser conscientes del tamaño de la Administración y las diferentes actividades que realiza<sup>418</sup>. Esto lleva a que los procesos de medición de eficiencia aumenten, lo cual no debe llevarse al absurdo de medir todo, bien lo explica METCALFE Y RICHARDS: *“El concentrarse exclusivamente en la eficiencia medible tiene tres consecuencias no deseadas. Primero porque los costes se miden más fácilmente que los beneficios, la eficiencia a menudo se reduce a economía. Los ahorros en dinero y personal se convierten en la única medida de éxito; la demanda de eficiencia se convierte en un intento de recortes. Segundo, ya que los costes sociales son más difíciles de medir que los costes económicos, los efectos externos son a menudo ignorados (...). Tercero, los beneficios económicos son más fáciles de identificar que los beneficios sociales (...) La búsqueda por la eficiencia degenera en un juego de números.”*<sup>419</sup>

En virtud de lo anterior, estos indicadores se constituyen en una excelente herramienta para evaluar algunas temáticas de la gestión. No obstante existe una cortapisa, el beneficio social no es fácil de medir. En consecuencia, se podría estar desatendiendo la satisfacción de necesidades apremiantes, o básicas de la sociedad. Por tanto, se puede caer en el terreno del descuido de aspectos importantes como el desarrollo y la obtención del interés general. En relación con la eficacia podría ser gravoso si se pretende gastar menos a costa del postulado social que enmarca el modelo actual.

Para el tema que estamos tratando es preciso traer a colación el modelo gerencial aplicado en el sector público, el cual extrajo elementos

---

<sup>417</sup> AGUILERA IZAGUIRRE, G., *Modelos de Evaluación de la calidad ...*, ob. cit., p. 163.

<sup>418</sup> METCALFE, L. Y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión ...*, ob. cit., p. 60.

<sup>419</sup> *Ibíd.*, p. 59.

propios del sector privado. Al respecto tenemos un reproche, no consideramos pertinente extrapolar un modelo de empresa privada a un modelo de Estado cuyos fines difieren sustancialmente y por supuesto no están acordes con el Estado social y democrático de Derecho. Es así como NEVADO-BATALLA MORENO manifiesta que la eficacia y la eficiencia “*en el ámbito público debe[n] conjugarse con otros principios y valores igualmente susceptibles de valoración y garantía, desconocidos en el sector privado (...) baste pensar el contenido de la cláusula constitucional del Estado Social*”<sup>420</sup>.

En vista de lo anterior, el modelo de Estado Social y democrático de Derecho, como cláusula ontológica tiene por objeto el interés general, no en vano existe la disposición constitucional, tanto en Colombia como en España, que obliga a los administradores públicos y a los gobernantes a su sometimiento. En cuanto al Ejecutivo, se le exhorta para que haga uso correcto de los recursos económicos, que son exigüos para atender las múltiples tareas que realiza<sup>421</sup>, respondiendo a las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Observamos que esta situación en la práctica no es así, en particular NIETO GARCÍA manifiesta la posibilidad de encontrar organizaciones administrativas inoperantes<sup>422</sup>, en las cuales existe la consigna de hacer el menor trabajo que se pueda. Bajo este contexto se debe concientizar a los funcionarios de la importancia que significa el desempeño de su función en la consecución de los fines estatales.

#### **2.2.2.4 La rendición de cuentas y la responsabilidad.**

---

<sup>420</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Notas sobre derecho...*, ob. cit., p. 93-94.

<sup>421</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C 479 de agosto 13 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. y HERNÁNDEZ GALINDO, J.

<sup>422</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización...*, ob. cit. p. 52.

Ante la importancia que representa la labor de la Administración y el Gobierno, es necesario ejercer controles internos y externos sobre éstos<sup>423</sup>, para rodearla de transparencia, pero también para verificar el cumplimiento de los objetivos propuestos o sus resultados, los medios utilizados para alcanzarlos, la garantía y la protección que se le brindó a la persona, y la gestión del erario, entre otros. Por eso surge la obligación de crear métodos, procedimientos de control interno que planeen, diseñen y organicen los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la Administración Pública, en los temas de políticas y proyectos.

De otra parte los sistemas de control permiten evaluar la calidad de los procesos internos de la Administración, a la luz de la estructura política y constitucional<sup>424</sup>. Se imponen como una obligación por parte de la Administración Pública al tener en sus hombros la gran tarea de garantizar los derechos y libertades de las personas. Por lo tanto su actuar deberá ser fiscalizado con el propósito de determinar su desempeño para alcanzar los fines constitucionales.

También, la rendición de cuentas se realiza de manera posterior a la realización de la decisión tomada por la Administración<sup>425</sup>, permite dar a conocer a la sociedad cómo fue su gestión, y determinar y supervisar el posible incumplimiento, transgresión y abuso de quienes ejercen la función administrativa, lo que *a posteriori* permitirá endilgar responsabilidad al sujeto que incumple con sus labores.

Del control realizado internamente se erigen procesos que permiten planificar de mejor manera los objetivos que se pretendan

---

<sup>423</sup> GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la buena...*, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>424</sup> OCDE. *La modernización del Estado: camino a seguir*, INAP, Madrid, 2006, p. 106-108.

<sup>425</sup> *Ibíd.*, p. 109.

alcanzar. En teoría, estos mecanismos de control encuadran perfectamente con el ejercicio de la función administrativa, al ser un mecanismo que custodia el interés general e impide el desvío de la actividad administrativa hacia intereses particulares.

No desconocemos que en la práctica existe la posibilidad que los procesos de control interno puedan ser objeto de conductas que no se caractericen por su imparcialidad y objetividad<sup>426</sup>, por cuanto su control depende de instancias administrativas internas superiores a las cuales les puede interesar no ejercer un buen control en la función administrativa. A su vez, se debe tener en cuenta que los controles pueden ser laxos, lentos y no se centran en el objeto sobre el cual debe versar<sup>427</sup>. Para contrarrestar esto, el buen gobierno y la buena administración imponen estándares, los cuales hacen necesario tener mecanismos que conminen a los encargados de controlar la función administrativa a realizar su labor de manera imparcial y objetiva, *so pena* de incurrir en responsabilidad.

Internamente, el control no sólo debe ocuparse del resultado final, la labor debe ser previa, ello en el entendido que dicho control traza parámetros de acción en los procedimientos formalizados al interior de la Administración, conducentes a garantizar la satisfacción del interés general. Por lo tanto la labor de control debe estar presente desde la planificación para definir y aplicar las medidas de prevención de riesgos, y de este modo detectar, mitigar y corregir las prácticas que estén en contravía de la finalidad de la Administración. También, permite definir las políticas que servirán como guías de acción para establecer sistemas modernos de información en aras de mejorar el

---

<sup>426</sup> *Ibíd.*, p. 109.

<sup>427</sup> NIETO GARCÍA, A., *La "nueva" organización....*, *ob. cit.*, p. 205-210.

control y la organización de métodos confiables para la evaluación de la gestión.

Debemos tener claro que el principio de rendición de cuentas tiene como centro la consecución del Estado de Derecho, en concordancia con los postulados social y democrático en el sentido que la Administración se debe someter a la ley, lo que tiene como consecuencia el control del poder evitando abusos y lesiones a la dignidad de la persona<sup>428</sup>.

#### **2.2.2.5 La transparencia y la participación como corolario de la objetividad, la imparcialidad, la proporcionalidad y la igualdad.**

Este principio pretende que la función administrativa se caracterice por ser *“clara, evidente y que se comprenda sin duda ni ambigüedad”*<sup>429</sup>, de igual forma, y junto con la rendición de cuentas, la transparencia es el *“corolario inmediato del Estado Democrático y correlato necesario del Estado de Derecho: lo primero por cuanto supone una mejor y mayor participación ciudadana en la toma de decisiones de los poderes públicos y lo segundo en tanto que permite la puesta en práctica de todo un control y rendición de cuentas de su actividad. (...) De esa forma, al obligar a la Administración a divulgar los factores que le sirvieron para adoptar alguna política o decisión pública, no se trata sólo de someterlas al escrutinio público con el mero*

---

<sup>428</sup> GALLARDO CASTILLO, M., “Transparencia, poder público y derecho administrativo”, en (coord. SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., Y RIVERO YSERN, J.), *El nuevo derecho administrativo: Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Salamanca, 2011, p. 166.

<sup>429</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=transparencia> consulta 10 de octubre de 2014.

*propósito de exhibirlas, sino de garantizar el derecho a los ciudadanos de recibir explicaciones y justificaciones de los actos del poder*<sup>430</sup>.

Al ser públicas las decisiones de la Administración son más objetivas, imparciales, proporcionales, ya que es observada su actividad por la sociedad. En particular los funcionarios se sentirán menos propensos a realizar comportamientos inadecuados y arbitrarios<sup>431</sup>.

De otro lado, sabemos que el Ejecutivo (Administración y Gobierno) cuenta con un margen amplio de actuación con el propósito que materialice la voluntad del legislador y del constituyente, por medio de la implementación de políticas públicas y programas de gobierno. Pues bien, teniendo presente la razón del Ejecutivo, es decir, brindar al ciudadano un bienestar a través de sus actuaciones proporcionadas, esto es, que se ajusten tanto a los hechos como al Derecho. Es allí donde la objetividad, la igualdad<sup>432</sup> y la imparcialidad toman un papel determinante en la garantía del interés general. Así las cosas, la Administración debe eludir influencias externas en la toma de sus decisiones, situación complicada de cumplir hoy en día en la medida que la política y la Administración se encuentran unidas estrechamente, ambiente propicio para que exista injerencia de intereses contrarios y perversos que van en contravía del interés general. Para prevenir los efectos indeseados, es imprescindible que al interior de la organización administrativa se cambie de mentalidad y

---

<sup>430</sup> GALLARDO CASTILLO, M., “Transparencia, poder público...”, *ob. cit.*, p.165.

<sup>431</sup> ARENA, G., “La transparencia administrativa” en *Revista Documentación administrativa*, No. 248-249, 1997, p. 370 y OCDE., *La modernización del Estado...*, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>432</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 793 de noviembre 4 de 2009. M.P. MENDOZA MARTELO, G. Sentencia C 258 de mayo 7 de 2013, M.P. PRETELT CHALJUB, J. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 34/1981, de noviembre 10, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R. Sentencia 6/1984, de enero 24, GÓMEZ FERRER MORANT, R. Sentencia 23/1984, de febrero 20, M.P. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L. Sentencia 119/2002, de mayo 20, M.P. GARRIDO FALLA, F. Sentencia 27/2004, de marzo 4, M.P. VIVES ANTÓN, T.



se tenga presente la grandeza que representa la ética en la consecución de los fines constitucionales.

Para contrarrestar los actos del mal actuar del gobierno, el individuo debe tener un papel proactivo en los asuntos públicos. No podemos dejar a los gestores o los políticos la excelsa labor de garantizar los derechos de las personas sin un control adecuado por parte de las mismas. Por todo esto, creemos que la transparencia enmarcada dentro del buen gobierno y la buena administración es un mecanismo idóneo para eliminar el misticismo y la ocultación que en ocasiones caracteriza a la Administración.

En concreto, la participación y la transparencia son características de la democracia, la cual ya no se refiere únicamente a los procesos electorales en los cuales los ciudadanos ejercen un control de su gobernantes por medio del voto<sup>433</sup>. En la actualidad y con la puesta en marcha de mecanismos como los de acceso a la información, cualquier ciudadano puede ejercer un control respecto de las actividades que le preocupan o afectan, a lo cual la Administración debe ser abierta, cordial y rápida en el suministro de la información, salvo las materias que sean de reserva o que afecten los derechos de otras personas.

No desconocemos como en la actualidad los políticos y los gobernantes sufren de un gran desprestigio, por los escándalos de corrupción y por el alto grado de impunidad. Para ello se hace necesario que el sector público muestre a los ciudadanos cómo gestionan, motivan, desarrollan sus funciones y la prestación de sus

---

<sup>433</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho administrativo: parte general, Madrid, Tecnos, 2009, p. 80.

servicios<sup>434</sup>, en materia económica, logística y obviamente en materia de derechos, con el propósito que la Administración y el Gobierno recobren nuevamente la credibilidad<sup>435</sup>.

Para materializar la transparencia, la Administración no debe esperar sólo a ponerla en marcha cuando el ciudadano acude a aquella en busca de información. La organización administrativa cuenta con otra forma de garantizar la transparencia, es la iniciativa propia en la que muestre sus actividades en materia de logros alcanzados, gastos realizados y en general un balance de toda la actividad<sup>436</sup>. Citando a BOBBIO, considera que en el actual modelo de Estado, la publicidad debe ser la regla, y por el contrario, el secreto debe ser la excepción<sup>437</sup>.

Concluyendo, la transparencia debe estar presente en todos los niveles de la Administración<sup>438</sup>, bajo este ámbito el ciudadano no es un mero espectador, es parte determinante en la toma de decisiones de la Administración Pública. Gracias a los mecanismos que se implementen para materializar la transparencia, se ejerce control ciudadano que *a posteriori* permite tener instituciones fuertemente legitimadas. En esta medida, podemos decir que la persona tiene derecho a conocer o estar

---

<sup>434</sup> JIMÉNEZ FRANCO, E., "Principios de transparencia activa...", *ob. cit.*

<sup>435</sup> GARCÍA MACHO, R., El derecho a la información la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público", en AA.VV. (editor GARCÍA MACHO, R.), *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 35.

<sup>436</sup> JIMÉNEZ FRANCO, E., Principios de transparencia activa..., *ob. cit.*, SAINZ MORENO, F., "Secreto y transparencia", en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 172-173.

<sup>437</sup> BOBBIO, N., *El futuro de ...*, *ob. cit.*, p. 67. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 82. "La transparencia administrativa no puede ser sin embargo, absoluta En ocasiones el secreto y la reserva deben prevalecer para salvaguardar los derechos e intereses de los ciudadanos, sobre los que la Administración tiene datos importantes que atañen a su intimidad (datos fiscales, sanitarios, censales, etc.). También cuando la publicidad pueda perjudicar intereses públicos primarios como la seguridad y la defensa, ya que debe ser compatible con la eficacia de la acción administrativa, en particular la relativa a la averiguación de los delitos e infracciones."

<sup>438</sup> ARENA, G., "La transparencia administrativa ...", *ob. cit.*, p. 364.

informada de la gestión realizada por la organización administrativa<sup>439</sup>.

### **2.2.2.6 El sometimiento al interés general: herramienta de salvaguarda de juridicidad y garantía de derechos fundamentales en la Administración Pública.**

En vista de lo analizado, vemos como el Estado se encuentra al servicio de la persona<sup>440</sup>, bajo esta interpretación el Derecho *“ha de formarse tomando como norte una consideración ética de su naturaleza. Perspectiva ética que descansa en el hombre mismo, que se constituye en el último reducto, esencial, del Estado”*<sup>441</sup>.

En relación con la Administración DE LA MORENA Y DE LA MORENA formula: *“si el Derecho administrativo instrumenta poderes desiguales para la Administración y para los administrados, no lo hace en beneficio de aquélla, sino de éstos. De ahí su carácter vicarial o servicial”*<sup>442</sup>.

Respecto de esta última afirmación, POSADA la enriquece con la siguiente reflexión: *“se podría definir la Administración o función administrativa como aquella actividad del Estado encaminada a obtener los medios adecuados para realizar con acción eficaz sus*

---

<sup>439</sup> DOMÍNGUEZ LUIS, J., “El derecho a la información administrativa: información documentada y transparencia administrativa”, en *Revista española de Derecho administrativo*, No.88, Octubre/diciembre 1995, p. 551.

<sup>440</sup> PEÑA TORRES, M., y ROSALES RIGOL, C., “El interés público en el constitucionalismo moderno”, en *Revista de la Universidad Católica de Valparaíso* No XXII, 2001, p. 494.

<sup>441</sup> LORCA NAVARRETE, J., *Adolfo Posada: Teoría del Estado*, Editorial Católica Española S.A, Sevilla, 1973, p. 25.

<sup>442</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”, en *Revista de Administración Pública*, No 100-102 Enero-diciembre 1983, p. 847.

*fines...*”<sup>443</sup>. Este doctrinante considera que el objetivo de la Administración se centra en satisfacer los fines para los que fue creada, pero sin dejar de lado el respeto por los valores superiores materializados en la Carta<sup>444</sup>.

Valiéndonos de estos análisis, colegimos como la Administración encuentra su legitimación en el interés general, finalidad que está acorde con lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, la cual precisa que la función administrativa se encuentra al servicio del interés general (Art. 209 C.C). En similar sentido la Carta Superior española preceptúa el sometimiento de la Administración Pública al interés general (Art. 103.1 C.E).

Téngase en cuenta que el interés general ha sido considerado por la doctrina y la jurisprudencia como un concepto abstracto e impreciso. NIETO GARCÍA manifiesta que el interés general ha entrado en la categoría de conceptos inaprensibles, de los cuales no se puede hacer una definición en la que se esté de acuerdo por unanimidad<sup>445</sup>.

Respecto de las causas de su indefinición DE LA MORENA Y DE LA MORENA considera que se debe a que el mismo es un concepto intuitivo y no racional, añadiendo que es más evidente que problemático en situaciones concretas, pero aquel se encuentra dentro de una realidad social, política y económica compleja que hace que se contradiga, lo cual complica la tarea de determinar un concepto univocó y válido<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> LORCA NAVARRETE, J., *Adolfo Posada ...*, *ob. cit.*, p. 50.

<sup>444</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 70/2000, de 13 de marzo, M.P. CASAS BAAMONDE, M.

<sup>445</sup> NIETO GARCÍA, A., “La administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en AA.VV. (coord. MARTÍN-TETORTILLO, S.), *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 2189.

<sup>446</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo...”, *ob. cit.*, p. 850.

Pero como reconoce NIETO GARCÍA, no por ser un concepto indeterminado debe dejarse de lado, por el contrario, considera que para el buen ejercicio del Derecho administrativo los juristas deberán intentar realizar una aproximación del mismo<sup>447</sup>.

Para ello debemos hacer referencia en primer lugar, al *Rapport* proferido por el *Conseil d'État* francés en el año 1999, documento que se detuvo a analizar el tema del interés general y su importancia en el Derecho administrativo. En este escrito se manifiesta que “*L'intérêt général a été regardé à bon droit comme la pierre angulaire de l'action publique*”<sup>448</sup>, agregando que el interés general dota de legitimidad a la acción pública, por eso en la actualidad podemos ver como se constituye en el fin último que persigue la sociedad y el Estado<sup>449</sup>.

Por lo anterior, observamos que si la Administración hace prevalecer el interés general alcanza la finalidad de la actividad administrativa, anhelo que es compartido por el *Conseil d'État* francés. Sin embargo y para ahondar en nuestro examen, debemos entrar a analizar cuál es su contenido o al menos determinar bajo cuáles parámetros se configura, para luego puntualizar cuál es el trasfondo de este principio constitucional y su relación con el buen gobierno y con la buena administración.

---

<sup>447</sup> NIETO GARCÍA, A., “La administración sirve..., *ob. cit.*, p. 2189

<sup>448</sup> FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport publique 1999. Consulta 16 de febrero de 2015 en <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/RapportsEtudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>.

<sup>449</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 100 y MONTALVO ABIOL, J., “Interés general y administración contemporánea”, en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, No. 14 2011, p. 131.

### 2.2.2.6.1 Las teorías utilitarista y voluntarista del interés general.

El *Conseil d'État* concibe al interés general en dos momentos, uno de inspiración utilitarista y el otro voluntarista. En relación con el primero de ellos el *Conseil d'État* francés considera que se obtiene de la sumatoria de los intereses particulares, es así como de forma espontánea los agentes económicos determinan cuáles han de ser los intereses generales, pero ante todo teniendo en cuenta su utilidad. Este modelo, según el *Conseil d'État* deja poco espacio para la acción pública por cuanto aquel se encuentra sometido a las voluntades particulares.

En este sentido el *Conseil d'État* considera “*S’il se limitât à la simple conjugaison des intérêts particuliers, l’intérêt général ne serait, le plus souvent, que l’expression des intérêts les plus puissants, le souci de la liberté l’emportant sur celui de l’égalité*”<sup>450</sup>.

En este contexto, evidenciamos como la visión utilitarista del interés general devendría en la imposición de la voluntad de los más fuertes, ejemplo de ello el mercado. Por tanto, se corre el riesgo de verse menoscabados postulados relevantes del actual modelo de Estado. Un ejemplo de lo anterior se puede ver reflejado en la igualdad material, en el entendido que si se permite la entrada de modelos capitalistas sin la suficiente presencia del Estado, como se ha evidenciado en el transcurso de la historia, se puede llegar a anular el ejercicio real y efectivo de los derechos y garantías constitucionales. Al respecto, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ considera que cuando el mercado

---

<sup>450</sup> FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, ob. cit.

se impone sobre la acción estatal, trae consigo la crisis económica y financiera, y es lo que ocurre en la actualidad<sup>451</sup>.

Por su parte, MONTALVO ABIOL nos dice que la concepción aritmética del utilitarismo es irrealizable en la práctica teniendo en cuenta el tamaño de las sociedades actuales. Sin embargo, este autor manifiesta que el utilitarismo realiza un aporte a la visión actual que tiene el interés general, ello teniendo en cuenta que para la formación de éste se deberá considerar al individuo y sus necesidades<sup>452</sup>.

Ahora bien, el interés general desde la visión voluntarista parte de la voluntad general, proveniente del pacto social, y es natural en la medida que los individuos les deben obediencia por las reglas establecidas para garantizar una buena convivencia<sup>453</sup>. Para el *Conseil d'État* francés la concepción voluntarista exige la superación del utilitarismo, pues éste tiene fines temporales y aleatorios que no permiten la conformación de una sociedad sostenible, es por lo que se demanda vencer los intereses particulares poniéndolos en un lugar inferior a los intereses generales. Este proceso se realizaría a través de la voluntad general, la cual por antonomasia encuentra su realización en la ley, por medio de la cual se le otorga al Estado la misión de perseguir los fines que requieren las personas, más allá de sus intereses particulares<sup>454</sup>.

Respecto de la identificación del interés general con la voluntad general, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ <sup>455</sup> explica que es una operación

---

<sup>451</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, *ob. cit.* 12.

<sup>452</sup> MONTALVO ABIOL, J., "Interés general ...", *ob. cit.*, p. 131.

<sup>453</sup> *Ibíd.*, p. 133.

<sup>454</sup> FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, *ob. cit.*

<sup>455</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 13.

imposible de practicar, más aún si tenemos en cuenta lo manifestado por DUGUIT: *“La ley es una disposición de carácter general, una regla de conducta. Pero si la conciencia moderna descarta del dominio político todas las hipótesis metafísicas, de la soberanía nacional como la del Derecho (...), la ley no puede ser el mandato formulado por una voluntad soberana. Resulta, pues, que la ley es simplemente la expresión de la voluntad individual de los hombres que la hacen: jefes de Estado, miembros del Parlamento”*<sup>456</sup>.

Nos percatamos inmediatamente que la concepción revolucionaria de la voluntad general queda corta a la hora de expresar el interés general, ya que si bien éste es un medio idóneo reconocido por los tribunales constitucionales y la doctrina para expresar el interés general, existen otros actores en su formación, por ejemplo la Administración Pública y el individuo.

En lo referente a la Administración, MUÑOZ expone un ejemplo claro y de por sí recurrente en los distintos ordenamientos jurídicos, se trata de las facultades que se le otorgan a la Administración Pública para realizar alguna actividad en virtud del interés general, *verbi gracia* las facultades que le son otorgadas para conceder licencias ambientales o de transporte, caso en el cual se traslada una enorme potestad discrecional del legislador a la Administración<sup>457</sup>.

En lo que tiene que ver con el individuo, el Tribunal Constitucional de España en las sentencias de 7 febrero de 1984 y de 12 de marzo de 1988, reconocen que el Estado no será el determinador exclusivo o único de los fines constitucionales, también la sociedad se

---

<sup>456</sup> DUGUIT L., *Las transformaciones del Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 50

<sup>457</sup> MUÑOZ, G., “El interés público es como el amor”, en *Revista de la asociación argentina de Derecho Administrativo*, 2010, p. 11.



hace partícipe de una manera activa, ya no sólo por la democracia representativa, sino que deberán existir mecanismos que permitan ejercer una democracia de manera directa<sup>458</sup>.

Observamos entonces que ni la concepción utilitarista, ni la voluntarista del interés general se adecúan del todo a la realidad actual de la sociedad y del Estado en general, ello teniendo en cuenta que el utilitarismo permite la interferencia de intereses egoístas particulares y el voluntarismo es una operación que materialmente es imposible de realizar.

Si a lo anterior le sumamos lo expresado por el *Conseil d'État* francés, concerniente a la injerencia en la actividad administrativa de intereses particulares, y especialmente los de índole económico, inferimos fácilmente que el interés general es un medio que puede ser usado por algunos para imponer su voluntad, hecho que desnaturalizaría a la Administración.

En este punto podemos añadir que en una comunidad ideal con este presupuesto, la Administración Pública actuaría siempre conforme a la ley, ponderará y primará el interés general, pero bien sabemos que en las actuales sociedades la influencia de poderes privados y el juego de decisiones políticas, permiten que se ejerzan presiones que transgredan los postulados constitucionales. Para no ir tan lejos, tomemos como ejemplo el otorgamiento de las licencias ambientales en Colombia (las cuales en esencia son un instrumento de planeación ambiental a través de la cual se pretende evaluar el impacto que pueda generar el desarrollo de determinadas actividades, obras o proyectos. Todo en aras de proteger, prevenir, mitigar, compensar y manejar

---

<sup>458</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 18/1984, de febrero 7, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R. y Sentencia 49/1988, de marzo 12, M.P. LATORRE SEGURA, A.

efectos ambientales). Específicamente hacemos referencia a las licencias ambientales concedidas para la explotación minera y de hidrocarburos, y que en desarrollo de sus actividades causan daño ambiental, es el caso preciso que ilustra actos que transgreden la estructura del Estado social y democrático de Derecho, y por ende deja ver el mal ejercicio de la actividad administrativa. Son estos hechos los que causan la pérdida de confianza de los individuos, quienes no verán representados sus intereses en el aparato estatal<sup>459</sup>.

Diríamos entonces, que el concepto de interés general sería un medio de los poderosos para imponer su voluntad, lo cual desnaturalizaría a la Administración en el sentido que ésta terminaría sirviendo a los intereses particulares de unos pocos, transgrediendo los postulados constitucionales.

Adicional a ello, si observamos el entorno social actual, se registra una desafección por los intereses colectivos, teniendo en cuenta que la sociedad cada vez ve con mayor animadversión la actividad del Estado. En realidad son los actos de mala administración y fenómenos como la globalización, la gran importancia que ha tomado el mercado, que han llevado al debilitamiento de la legitimidad del Estado, hace pensar esto que el interés general está en una especie de crisis, en el sentido que el mismo se torna más esquivo alcanzarlo.

A pesar de lo anterior, desde una perspectiva amplia evidenciamos que en la actuación de la Administración Pública se le impone el sometimiento al interés general, así lo consagra la

---

<sup>459</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 944 de noviembre 14 de 2012, M.P. PRETELT CHALJUB, J.

Constitución y será ésta la que le va a permitir al Ejecutivo alcanzar los cometidos del modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>460</sup>.

#### **2.2.2.6.2 La participación en la formación del interés general.**

El *Conseil d'État* reconoce que para la consecución del interés general se debe contar con mecanismos de participación adecuados. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ<sup>461</sup> y RIVERO YSERN<sup>462</sup> consideran, que si la Administración sirve al interés general, este último debe ser entendido a la luz de la Constitución. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>463</sup> piensa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, los cuales deben velar por su eficacia.

De ese modo, se debe tener presente que los derechos fundamentales ya no conciernen únicamente a los derechos que imponen una abstención o límite a la acción del Estado. Los ordenamientos actuales consagran derechos prestacionales que demandan la actividad del Estado a fin de garantizar unas condiciones mínimas de vida para los individuos. Más aún tenemos los derechos de participación que junto con los anteriores se imponen con el propósito que la persona no sea concebida únicamente como un "objeto" de ciertas políticas, por el contrario, los poderes públicos deben considerarla como destinataria de sus actividades y su razón de ser.

Análogamente el *Conseil d'État* sostiene que a través de la democracia se puede alcanzar una definición plena de los intereses

---

<sup>460</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 41.

<sup>461</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>462</sup> RIVERO YSERN, J., "Entorno al interés general", ob. cit.

<sup>463</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La significación de las libertades públicas", en *Anuario de Derechos humanos*, 1982, p. 116.

generales que demarcarán la acción pública. De ser así, se hace necesario la mediación del Estado, por ser el único competente y legitimado para concretar los intereses expresados al interior de la sociedad. Al respecto, el *Conseil d'État* señaló que con la mediación del Estado se eliminan los intereses egoístas, y de paso se pueden garantizar los intereses de las generaciones futuras.

Reiteramos entonces que la relación del Estado con la sociedad se mueve entre la influencia de diferentes intereses, debiendo el Estado hacer prevalecer en todo momento el interés general, ello teniendo como sustento la cláusula de Estado social y democrático de Derecho y la Constitución en general<sup>464</sup>.

Con lo expuesto hasta aquí, vemos como en el Estado actual<sup>465</sup> la influencia de la sociedad y la del individuo en el Estado<sup>466</sup>, no debe entenderse desde una perspectiva unilateral, es como lo explica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, el interés general no puede definirse exclusivamente por parte del Ejecutivo, sino el mismo se determinará teniendo en cuenta la colaboración de los poderes públicos y los agentes sociales. Bajo esta óptica el interés general se concibe como la conjunción del interés privado y el interés público permitiendo a su vez que el Estado se preocupe por los intereses de la comunidad.

Al respecto, SCHNEIDER reconoce que con la participación política, dentro de un proceso de participación, siempre y cuando haya igualdad de oportunidades, es una situación excelsa que da cuenta del

---

<sup>464</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 20.

<sup>465</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 18/1984, de febrero 7, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

<sup>466</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 18/1984 de febrero 7, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.

fundamento funcional de la democracia, ya que permite el surgimiento de garantías conducentes a tener un proceso libre y abierto<sup>467</sup>.

En esta perspectiva es menester recurrir al estudio de HABERMAS<sup>468</sup>, referente a la acción comunicativa. Este autor sostiene que “*el lenguaje como un medio dentro del cual tiene lugar un tipo de procesos de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo, se presentan unos frente a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión*”<sup>469</sup>, donde la razón con mayor aceptación constituiría el interés general. En relación con el proceso no es más que la democracia, referida no sólo a la representativa, sino también a la participativa o directa, esencial para que el individuo tenga un rol importante dentro del Estado.

No obstante, en los procesos democráticos actuales se advierten debilidades en la formación del interés general. La primera de ellas es que no existen verdaderos espacios democráticos para que los individuos puedan defender sus intereses. Aunado a lo anterior, y por demás coincidente con la percepción que tienen CAMPS CERVERA y GINER DE SAN JULIÁN, al interpretar que en la actualidad la democracia no brinda las suficientes oportunidades para que todos los individuos la ejerzan de una manera adecuada<sup>470</sup>, más aún resaltan que si bien existe un pluralismo, hace alusión al denominado “corporativismo”, entendido como el conjunto de personas o partidos que hacen prevalecer sus razones sobre los demás grupos, sin necesidad que estos

---

<sup>467</sup> SCHNEIDER, H., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-marzo de 1979, p. 27.

<sup>468</sup> MONTALVO ABIOL, J., “Interés general ...”, ob. cit., p. 131. y HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, tomo I, Madrid, 1988, p. 143.

<sup>469</sup> HABERMAS, J., *Teoría de la acción...*, ob. cit., p.143.

<sup>470</sup> CAMPS CERVERA, V., Y GINER DE SAN JULIÁN, S., *El interés común*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992, p. 29.

últimos estén de acuerdo.<sup>471</sup> Finalmente, argumentan que se ha llegado a considerar el pluralismo político y no social<sup>472</sup>, por ende, en este tipo de democracia no puede existir el interés general, dado que la participación se verá siempre influenciada por el querer de los gremios o corporaciones<sup>473</sup>.

No obstante, es pertinente aducir las razones expuestas por el *Conseil d'État* francés, considera condición ineludible que el Estado se implique directamente al ser éste el encargado de cumplir los fines consagrados en la Constitución, es por lo que le corresponde promocionar espacios para que el ciudadano del común pueda expresar sus pretensiones frente al Estado (ejemplo de ello un adecuado sistema de descentralización en el que se permita la real y efectiva garantía de los derechos sociales por parte de los entes territoriales).

En la misma dirección, GARCÍA DE ENTERRÍA manifiesta respecto de la centralidad del individuo y la participación *“erigirle en dominus de la cosa pública, sujeto y no objeto de la misma, mediante el reconocimiento de su determinante participación en la formación de la voluntad política del Estado (...) y en las instancias pública y socialmente relevantes, de modo que no se bloquee en ningún momento la posibilidad misma de esa actuación determinante”*<sup>474</sup>.

### **2.2.2.6.3 El interés general y el doble carácter de los derechos fundamentales como determinadores del rumbo de la Administración Pública.**

---

<sup>471</sup> *Ibíd.*, p. 29.

<sup>472</sup> MONTALVO ABIOL, J., “Interés general ...”, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>473</sup> CAMPS CERVERA, V., Y GINER DE SAN JULIÁN, S., *El interés común ...*, *ob. cit.*, p.32.

<sup>474</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de...”, *ob. cit.*, p. 119.

Vemos entonces que el interés general es propio del desarrollo del Derecho Constitucional y Administrativo, y no es un “comodín o joker” que posee la Administración para realizar actuaciones arbitrarias contradictorias a las señaladas en la ley, aquellas deberán sustentarse siempre en los principios constitucionales, en la garantía de los derechos y en el apego a la ley.

En este punto la cláusula del Estado social y democrático de Derecho consagrada en las Constituciones colombiana y española, obligan a los poderes públicos a satisfacer el interés general<sup>475</sup>, a partir de la concepción del ciudadano no como un ser individual, sino como parte integral de una sociedad, es decir, teniendo en cuenta sus necesidades al unísono de las demandas por la sociedad en general. Pero también el interés general requiere, por llamarlo de alguna forma, una readecuación en la medida que satisfaga los problemas sociales, económicos, entre otros, y responda a las nuevas exigencias que se demandan a la Administración<sup>476</sup>.

Así, y en el entendido que la persona debe ser determinante en la formación del interés general, no debemos dejar de lado la centralidad que ésta tiene para la Administración. Aparte, encontramos como la dignidad de la persona es esencial en la materialización del interés general, de ahí y como lo expusimos, el utilitarismo nos deja un aporte y es que al individuo se le debe tener en cuenta para la formación del interés general, no precisamente como la suma aritmética de voluntades, sino considerado como parte valiosa para la sociedad a la que pertenece.

---

<sup>475</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 11/1981, de 8 de abril, M.P. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L.

<sup>476</sup> FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, ob. cit.

Sobre el particular, RODRÍGUEZ- ARANA MUÑOZ expresa: “...se trata de la dimensión pública de esos intereses ciudadanos. Es decir, desde esta perspectiva, el interés de los ciudadanos como miembros de la colectividad, como integrantes del cuerpo social conforman el concepto de interés general, que por cuanto se refiere a la cobertura de las necesidades colectivas de los ciudadanos”<sup>477</sup>.

Añade DE LA MORENA Y DE LA MORENA: “El derecho administrativo valora a los individuos (y conforme a esa valoración los trata), partiendo de su dimensión solidaria de miembros activos de una comunidad de vida y de intereses en la que orgánicamente están insertos y respecto de la que toda idea de ajenidad o indiferencia resulta no sólo existencialmente imposible, sino éticamente recusable”<sup>478</sup>.

A todas luces se denota que al ser el individuo el centro de la actividad administrativa, la misma adquiere sentido teniendo en cuenta que sus funciones se tornan lógicas, por cuanto están direccionadas al servicio del interés general, basadas en la obediencia y garantía de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos<sup>479</sup>. En consecuencia, permite garantizar la dignidad como principio fundante del ordenamiento. A la vez, el interés general encuentra su guía en la Constitución y será posteriormente por medio del desarrollo legislativo y en el quehacer administrativo donde se materialice.

GARCÍA DE ENTERRÍA aclara que el interés general se encuentra en el respeto y la promoción de los derechos fundamentales, los cuales

---

<sup>477</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 32.

<sup>478</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo...”, ob. cit., p. 848.

<sup>479</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 32.



son el fundamento del orden público, agregando que la articulación entre los derechos fundamentales y el interés general hallará su norte en la Constitución y en las leyes que desarrollan estos (Orgánicas en el caso español, Estatutarias en el colombiano).<sup>480</sup> Pero, además debemos tener presente que los derechos fundamentales son una cuestión a la que no pueden renunciar los Estados actuales<sup>481</sup>.

HÄBERLE realiza una importante apreciación respecto de los fines estatales y de la centralidad del individuo, sostiene que el entramado estatal no sólo debe encontrarse organizado, sino que también debe legitimarse y esto se hace a través del cumplimiento de los fines. Para ello argumenta que el fin último de toda asociación política es la garantía de los derechos fundamentales, esto teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano<sup>482</sup>.

Desde esta perspectiva, el interés general tendrá como resultado el mejoramiento de las condiciones de los administrados, materializando el postulado constitucional de Estado social y democrático de Derecho. Así, los intereses particulares estarán proscritos<sup>483</sup>, en la medida que desnaturalizarán la relación entre la persona y la Administración. De ocurrir esto, las autoridades públicas

---

<sup>480</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de...”, *ob. cit.*, p. 122.

<sup>481</sup> SCHNEIDER, H., “Peculiaridad y función ...”, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>482</sup> HÄBERLE, P., *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania en Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Asociación peruana de derecho constitucional, Lima, 2004, p. 96. El autor alemán manifiesta que “Los derechos fundamentales son hoy en día el término genérico para los derechos humanos universales y los derechos de los ciudadanos nacionales. las dos formas de derechos fundamentales, no obstante tengan intensidades distintas, son un componente necesario de la cultura del derecho de aquel <<Estado constitucional>> que merezca esta denominación” en HÄBERLE, P., “El concepto de los derechos constitucionales”, en AA. VV. (ed. SAUCA CANO, J.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Instituto de derechos humano Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994, p. 94.

<sup>483</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 35.

sufrirían una gran deslegitimación frente a la mirada del ciudadano, puesto que en principio éste ejerce sus derechos políticos con el propósito de elegir gobernantes que tendrán como único objetivo garantizar los derechos y libertades.

La prevalencia y la tipificación en las Constituciones española y colombiana del interés general en el marco de la organización política, obliga a la Administración a acatarlo y a tenerlo como un criterio en el ejercicio de sus funciones<sup>484</sup>. Con todo y recurriendo a la teoría prestacional de los derechos fundamentales, estos derechos tienen presupuestos reales, y le significa al Estado realizar contribuciones para su materialización.

A tal efecto, el Estado debe responsabilizarse para que estos derechos, los ejerza la sociedad en general, pero además se infiere que la Administración tiene como fin salvaguardar los derechos fundamentales, de igual forma la dignidad, conceptos que verterán su contenido en el concepto de interés general<sup>485</sup>.

Esto no implica como lo expresa HÄBERLE que la vertiente prestacional pretenda volver a una “*estatalidad total del bienestar*”, esta situación puede forjar una crisis económica estatal<sup>486</sup>. En términos generales, esta visión pretende satisfacer al individuo de unas necesidades básicas que le permitan ejercer una vida digna. Al mismo tiempo, este autor no toma una posición excluyente, por el contrario,

---

<sup>484</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T- 102 de marzo 10 de 1993, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C. Sentencia C- 151 de abril 5 de 1995. M.P. MORÓN DÍAZ, F., Bogotá, Gaceta Constitucional, 1995. Sentencia C 772 de diciembre 10 de 1998. M.P. MORÓN DÍAZ, F. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 25/1981, de julio 14, M.P. TRUYOL SIERRA, A.

<sup>485</sup> HÄBERLE, P., *Recientes desarrollos sobre derechos...*, ob. cit., p. 86-87.

<sup>486</sup> *Ibíd.*, p. 86-87.

considera adecuada la visión pluridimensional de los derechos<sup>487</sup>, por lo que hallamos el doble carácter que adquieren los derechos fundamentales que permite generar una aproximación del interés general. El doble carácter de los derechos fundamentales (*Der Doppelcharakter der Grundrechte*) consiste en que estos no solamente tienen un carácter subjetivo, también protegen relaciones objetivas<sup>488</sup> que dan sentido al actuar de los poderes públicos.

En relación con el carácter subjetivo, HESSE afirma que éste tiene como fin reconocer los derechos fundamentales, y además por medio de la libertad (*Freiheit*) se garantiza el ámbito vital (*Lebensbereich*) del individuo<sup>489</sup>. Bajo esta óptica, colegimos que el carácter subjetivo principalmente se refiere a la protección que demanda el individuo de un derecho fundamental que se encuentra amenazado por el Estado o por un particular<sup>490</sup>.

Por su parte, SCHNEIDER estima que los derechos fundamentales en la actualidad confieren un estatus que limita o asegura la situación del individuo en las relaciones jurídicas que mantiene con otros individuos o con el Estado<sup>491</sup>. Dentro de éste, HESSE conceptúa que existe un estatus jurídico constitucional (*verfassungsrechtlicher Status*), y se constituye en el núcleo general del ciudadano y se encuentra en el marco de los derechos fundamentales. Pero el mismo se

---

<sup>487</sup> *Ibíd.*, p. 89.

<sup>488</sup> *Ibíd.*, p. 84.

<sup>489</sup> HESSE, K., *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, p. 118.

<sup>490</sup> TOLÉ MARTÍNEZ, J., “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia: El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Revista Cuestiones constitucionales*, No 15, julio-diciembre 2006, p. 257.

<sup>491</sup> SCHNEIDER, H., “Peculiaridad y función ...”, *ob. cit.*, p. 13 y HESSE, K., *Grünzüge des Verfassungsrechts...*, *ob. cit.*, p. 121.

caracteriza por tener un contenido concreto, determinando los derechos y deberes que goza el ciudadano<sup>492</sup>.

De esta manera, es ineludible concluir que este carácter subjetivo se caracteriza por la protección de los derechos fundamentales, los cuales son relevantes. Por lo tanto tienen implícita una posición de defensa, que toma al individuo como un ser portador de unos derechos que deben ser garantizados<sup>493</sup>.

HÄBERLE reconoce que la visión “*unidimensional*” del Estado y el individuo resulta insuficiente, porque los derechos fundamentales comportan algo más que una visión de defensa bilateral entre su titular y los poderes públicos, aquellos imponen también “*finés constitucionales, mandatos constitucionales*”<sup>494</sup>. Al respecto, es preciso aclarar el carácter objetivo y subjetivo que tienen los derechos fundamentales, esto no es óbice para que se excluyan entre sí, ya que son recíprocos. De hecho de realizarse el carácter objetivo de los derechos fundamentales, el subjetivo tiene una mayor probabilidad de concretarse, así lo reconocen HESSE y HÄBERLE.<sup>495</sup>

Sobre el carácter objetivo que envuelven a los derechos fundamentales, podemos decir que estos dimanaron de la consolidación del Estado social. Como se anotó en el capítulo primero de esta investigación, al Estado desde el inicio se le exigió actuar proactivamente con el fin de consolidar los derechos fundamentales.

---

<sup>492</sup> HESSE, K., *Grunzüge des Verfassungsrechts...*, *ob. cit.*, p. 119.

<sup>493</sup> SCHNEIDER, H., “Peculiaridad y función ...”, *ob. cit.*, p. 14.

<sup>494</sup> HÄBERLE, P., *Recientes desarrollos sobre derechos...*, *ob. cit.*, p. 86-87.

<sup>495</sup> HESSE, K., “El significado de los derechos fundamentales”, en AA.VV. (ed. LÓPEZ PINA, A.), *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001. P. 90-91. HÄBERLE, P., *Recientes desarrollos sobre derechos...*, *ob. cit.* y LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 242.

Los precedentes hasta ahora analizados nos llevan a plantear que estamos frente a la incursión de una nueva concepción de los derechos fundamentales, los cuales en conjunto demandan su aplicación en el ordenamiento en general. En este entendido LEÓN ALONSO explica que entre las consecuencias de la vertiente objetiva existe un efecto de irradiación de los derechos fundamentales que obligan a todos los poderes a su observancia. Además impone a los poderes públicos mantener una actitud activa en la consecución y protección de los derechos fundamentales<sup>496</sup>.

Adicionalmente HESSE asegura que el doble carácter hace que los derechos fundamentales garanticen la libertad del individuo frente a intromisiones de los poderes públicos, y se erigen también como principios axiológicos, objetivos robustecidos de fuerza normativa.<sup>497</sup> Igualmente, expresa que este sistema de derechos tiene su centro de atención en la persona y en su dignidad. Esto da pie para que todo el Derecho se irradie con este postulado y por supuesto también aplica a los poderes públicos, por lo que están obligados a tenerlo presente, en la medida que de este postulado se recibe orientación e impulso para el ejercicio de su actividad<sup>498</sup>. Algo más hay que añadir, los derechos fundamentales se constituyen en una serie de principios supremos dentro del ordenamiento jurídico, y a su vez son determinantes para alcanzar las finalidades de los poderes públicos<sup>499</sup>.

Ahora bien, dada la importancia de este tema para nuestra investigación, tomamos la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, asevera que las normas de derecho fundamental pueden ser concebidas como reglas, pero también como mandatos de optimización,

---

<sup>496</sup> LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional...*, *ob. cit.*, p. 239.

<sup>497</sup> HESSE, K., "El significado de los derechos...", *ob. cit.*, p. 90-91.

<sup>498</sup> *Ibíd.*, p. 90-91.

<sup>499</sup> *Ibíd.*, p. 90-91.

*“que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida de lo posible”*<sup>500</sup>. Este análisis nos sirve de fundamento para darnos cuenta que los derechos fundamentales no sólo se imponen como normas que prohíben o permiten algo, por el contrario, aquellos devienen en principios que irradian en el ordenamiento jurídico y vinculan a los poderes públicos en su consecución. Al respecto resulta interesante mostrar apartes del análisis realizado por la Corte Constitucional de Colombia en las siguientes sentencias:

Sentencia C-587 de 1992, de 12 de noviembre:

*“En el Estado social de Derecho —que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto—, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo(...) Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí”* (M.P. ANGARITA BARÓN, C).

Sentencia T- 596 de 1992, diciembre 10:

*“Los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones*

---

<sup>500</sup> BERNAL PULIDO, C., “Estudio introductorio” en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales ...*, ob. cit., p. XXX

*de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna” (M.P. ANGARITA BARÓN, C).*

En el mismo tenor el Tribunal Constitucional de España expresó en la sentencia 53/1985, de 11 de abril:

*“...los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste...Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». (...)Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa*

*del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.”* (Fundamento jurídico 4).

Así las cosas, y concentrándonos en la teoría del doble carácter que tienen los derechos fundamentales, observamos como los mismos devienen en fines del Estado que vinculan directamente a todos los poderes públicos, en estos se incluye la Administración y al Gobierno. Así mismo, evidenciamos como el interés general encuentra su contenido o inspiración en la garantía de los derechos fundamentales.

En complemento de lo anterior el Estado social y democrático de Derecho dentro de sus fundamentos se basa en la dignidad, y, se conmina a todos los poderes públicos a que tomen los postulados constitucionales como fuente inspiradora en su quehacer. Pero además, vemos cómo pese a que en principio podría considerarse el interés general abstracto e indeterminado, éste encuentra su fin en salvaguarda de la juridicidad de las decisiones públicas y en los derechos fundamentales, por cuanto su determinación en el caso en particular, deberá ir enmarcada en la Constitución y la ley.

El Consejo de Estado francés considera que el interés general es la base de la jurisprudencia y el fundamento de la legislación, más aun, se extiende en el desarrollo del derecho Administrativo, y en particular para el actuar de la Administración es esencial, más si estamos hablando de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, en



el cual se protegen las libertades y los derechos de las personas en la sociedad.

Hasta ahora hemos dicho que el interés general encuentra guía y sustento en la persona, afirmación que está soportada con el análisis que hicimos en el capítulo primero, se trata del concepto de la dignidad humana como principio constitucional y fundamento de los derechos, que son la razón del ejercicio de las actividades de los poderes públicos. A su turno, el Estado y por consiguiente el Ejecutivo está al servicio del individuo, atendiendo los principios orientadores del Estado social y democrático de Derecho. En cuanto al interés general para el *Conseil d'État* francés se constituye también en la piedra angular del quehacer de la Administración por cuanto en este principio subyacen todos los cometidos preceptuados en la Constitución<sup>501</sup>.

Cuando nos referimos al individuo como centro de la Administración, basados en el principio de la dignidad, debe quedar claro que no es al libre arbitrio de la Administración hacerla efectiva, y pese a la abstracción del contenido del interés general, la Administración debe tener su pilar en el Derecho y en especial en las normas constitucionales.

No sobra ilustrarnos más sobre lo que significa el interés general para algunos estudiosos del tema, dada su complejidad. RIVERO YSERN la define como la “*concreción de las aspiraciones de la nación española plasmadas en el preámbulo y en los artículos 1 y 2 de la Constitución española*”<sup>502</sup>. Desde este análisis, se concibe siempre y cuando se cumplan los valores y fines por los cuales el Estado español se funda como un modelo social y democrático de Derecho.

---

<sup>501</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La significación de..., *ob. cit.*, p. 121.

<sup>502</sup> RIVERO YSERN, J., “Entorno al interés general”, *ob. cit.*

Para DE LA MORENA Y DE LA MORENA el interés general parte de una situación de carencia de la sociedad, y, para darle solución se requiere de una acción, en este caso de la Administración, para así remediar esta ausencia y obtener un grado de satisfacción de necesidades que a la vez se convierte en su finalidad y redundando en mejorar el bienestar y calidad de vida de los individuos<sup>503</sup>.

Estas dos concepciones (subjetiva y objetiva) se fundan en los anhelos que tiene la persona para satisfacer sus necesidades que por sí mismo no puede satisfacer, es allí donde se legitima y materializa el actuar de la Administración.

#### **2.2.2.6.4 El interés general su prevalencia y sometimiento a la legalidad, por parte de la Administración.**

El *Conseil d'État* francés manifestó *“Toute fois, la vitalité de cette notion vient précisément de ce que l'on ne peut pas lui conférer une définition rigide et préétablie”*<sup>504</sup>.

Lo anterior permite colegir que el concepto de interés general tiene un carácter evolutivo, teniendo en cuenta que la sociedad es dinámica, corolario de ello su contenido es cambiante. Sin embargo, no es óbice para afirmar que en su variabilidad no se le deba dar observancia a la Constitución y a los principios generales del Derecho.

---

<sup>503</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo...”, *ob. cit.*, p. 863.

<sup>504</sup> FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, *ob. cit.*

Pero también debemos tomar en cuenta el estudio que sobre el interés general ha elaborado la Corte Constitucional de Colombia, es el caso la sentencia T-428 de 1992, en criterio de esta Corte el interés general no puede ser aplicado directamente por ser una norma constitucional que consagra valores generales y abstractos. Asimismo, explica que al estar inmerso el concepto de interés general en el modelo de Estado social y democrático de Derecho, éste debe desarrollarse armónicamente con los demás principios constitucionales, *verbigracia* la igualdad, la participación etc.<sup>505</sup>. De otra parte, el interés general no puede ser interpretado de manera que en su aplicación se justifique la violación de los derechos fundamentales, por cuanto la persona es un fin en sí mismo, en efecto el progreso de un Estado no puede venir marcado con la violación a los derechos fundamentales<sup>506</sup>.

En el caso de España el Tribunal Constitucional en la sentencia 93/1984 de 16 de octubre sostuvo: “*el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales*”(fundamento jurídico 6), por lo que la aplicación del interés general tiene un límite, y es la defensa de los derechos. Igualmente, el Tribunal Constitucional en sentencia 173/1996 de 31 de octubre, recordó que el interés general no es un principio de carácter absoluto aquel debe ceder ante los derechos constitucionalmente protegidos (fundamento jurídico 5C).

Así, no resulta fútil hablar de estos temas, a nuestro juicio el estudio del Derecho público actual está dirigido a limitar todo poder, aparte debe considerar a la persona su objetivo, al ser titular de derechos y centro del sistema, no en una concepción liberal propia de la

---

<sup>505</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-428 de junio 4 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. En igual sentido Sentencia C 546 de octubre 1 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. y MARTÍNEZ CABALLERO, A.

<sup>506</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-428 de junio 4 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.

revolución francesa, sino entendida como un individuo en la sociedad a la cual pertenece. Sobre el particular, el Estado le debe garantizar los derechos y permitirle ejercer las libertades por medio del poder que posee, para satisfacer las pretensiones del ciudadano. Para complacer el interés general se necesita estar abierto al cambio y si fuera necesario le corresponde modificar la estructura de sus instituciones, en virtud de que el Estado es *“una organización al servicio de las necesidades sociales”*<sup>507</sup>.

Para RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ el acto administrativo tiene como norte la dignidad humana, y agregaríamos nosotros, en general el quehacer cotidiano de la Administración materializado en sus diferentes formas de manifestación, aquel régimen utópico e irrealizable se tornará en lógico, por cuanto el mismo tendrá un carácter objetivo dirigido hacia el interés general que *“reside precisamente en la promoción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos”*<sup>508</sup>. En otras palabras, los derechos individuales tienen la importancia necesaria en el ordenamiento y en particular en la actividad de la Administración, bien lo estudió la Corte Constitucional en sentencia T-545 de 1995, de noviembre 23 *“el Estado tiene la responsabilidad de propiciar y defender el interés general sobre el interés particular, sin que ello sirva, obviamente, para abrogarse la facultad de desconocer o vulnerar derechos fundamentales de las personas”* (M.P. MORON DIAZ, F.).

Resulta ineludible encontrar en el interés general la doble concepción que tiene entorno al individuo (como actor fundamental y activo en la formación del interés general y como límite en la aplicación por parte de la Administración). De igual forma, este principio es

---

<sup>507</sup> RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante*, ob. cit., p. 25.

<sup>508</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 32.

definido por la doctrina como el fin, la piedra angular, la razón del actuar, por la cual se legitima la Administración. Sobre esta base, la razón de ser del Estado y en particular de la Administración, como parte de este, es la persona, motivo suficiente que obliga a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, y es aquí donde se evidencia que el interés general encuentra su sustento en la satisfacción de las demandas sociales,<sup>509</sup> que son a la vez un mandato constitucional<sup>510</sup>.

Creemos que el interés general debe venir enmarcado en la garantía de los derechos, especialmente en los que demandan una actividad más proactiva por parte de la Administración, en particular los derechos sociales, cardinales para satisfacer las necesidades básicas del individuo. En consecuencia le corresponde al Estado por antonomasia responder por esta obligación a través de la prestación de servicios permanente y oportunamente, y así asegurar un mínimo de bienestar, aunado a ello debe propender por la igualdad material, y en palabras de la Constitución de Cundinamarca de 1811 obtener una felicidad pública.

Por otro lado, nos percatamos que el interés general se encuentra en permanente contacto con el principio de legalidad, ya que es a través de normas y potestades que obligan a la Administración hacerlo realidad. Es decir, si bien existe un parámetro constitucional que impone un marco en el contenido del interés general, como lo analizamos con anterioridad, en la actividad específica de la

---

<sup>509</sup> Dichas demandas según Friedrich von Hayek no deben ser satisfechas en su totalidad. Por cuanto de satisfacerse todas se volvería a la concepción del utilitarismo propia de Bentham que posteriormente hará que los intereses que prevalecerán serán los de los más fuertes. HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II, Unión, Madrid, 1988, p. 21.

<sup>510</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, ob. cit., p. 95.

Administración la misma se encontrará sometida a leyes establecidas para imponer un actuar determinado para ésta.

En este sentido NIETO GARCÍA manifiesta que “*La Constitución otorga en principio al legislador la potestad de fijar sus objetivos políticos y se remite a su valoraciones (...) El interés general no es algo que le es dado al legislador, sino lo que él califica como tal. Y puede hacerlo sin sentirse condicionado por un reconocimiento judicial. Porque en una sociedad pluralista se necesita de una Autoridad que lo realice y ésta, en una democracia representativa, no puede ser otra que el Parlamento*”<sup>511</sup>. Entonces, al materializarse el interés general en cualquier actividad ejercida por la Administración encuentra su límite en las leyes<sup>512</sup>. También como lo manifiesta RIVERO YSERN, no se debe desconocer la supremacía que goza la Constitución<sup>513</sup>, además se debe agregar que el legislador no es el único que determinará en la actualidad el interés general, observamos que la participación directa del ciudadano juega un papel rotundo en su formación.

En realidad, la Administración en su actuar busca lograr el interés general, pero no debe ser alcanzado de forma arbitraria, así lo analizamos en el aparte de la legalidad. Al respecto DE LA MORENA Y DE LA MORENA explica que entorno al interés general se constituyen tres garantías elementales caracterizadas por la eliminación de actuaciones arbitrarias. Estas tres son: La primera denominada una garantía objetiva, y se refiere a la valoración que realiza la norma en “*términos de justicia y eticidad*”, en esencia abstrae y sopesa los intereses en conflicto<sup>514</sup>. La segunda se refiere a la competencia, por la cual se

---

<sup>511</sup> NIETO GARCÍA, A., “La administración sirve..., *ob. cit.*, p. 2215.

<sup>512</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-053 de enero 24 de 2001. M.P. PARDO SCHLESINGER, C., *Gaceta Constitucional* 2001.

<sup>513</sup> RIVERO YSERN, J., “Entorno al interés general”, *ob. cit.*

<sup>514</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo..., *ob. cit.*, p. 857.

determina qué institución o entidad administrativa debe decidir sobre el caso en concreto, determinando la solución que se ajuste al interés general de acuerdo a los *“términos valorativos que la propia norma aplique y establezca”*<sup>515</sup>. Y por último una garantía de tipo procedimental, que establece las formalidades a tener en cuenta por la institución competente. Finalmente, DE LA MORENA Y DE LA MORENA piensa que de realizarse todos los trámites establecidos en la norma conduce a que dicha decisión se encuentre en parte de acuerdo al querer de la norma<sup>516</sup>.

Respecto de la legalidad en el marco del interés general, el Consejo de Estado de Colombia en sentencia del 28 de abril de 2011, señaló que la Constitución le otorga un poder a la Administración que es reglado para que pueda ejercer su actividad de acuerdo a los postulados propios del Estado de Derecho, pero en cuestiones referidas a la gestión económica y social, le da un margen de discrecionalidad a la Administración, que con sustento en los anhelos constitucionales debe procurar *“la satisfacción del interés colectivo, imprimiéndole el carácter Social del Estado de Derecho, donde la función administrativa se encuentra al servicio del interés general, y se base en principios como la eficacia y la celeridad”* (SCEC, sección segunda, Ex 0495-10 abril 28 de 2011, C.P. RAMÍREZ DE PÁEZ, B.).

A su vez, el actuar de la Administración Pública es ejercido a través de poderes y potestades otorgados por el ordenamiento jurídico, por lo que su quehacer debe seguir los parámetros no sólo de la ley especial, también de la Constitución, posteriormente y en virtud del control jurisdiccional, será el juez en su rol de protector de los derechos,

---

<sup>515</sup> *Ibíd.*, p. 857.

<sup>516</sup> *Ibíd.*, p. 857.

quien anulará o declarará contrarios a la Constitución los actos administrativos proferidos por la Administración<sup>517</sup>.

Entrando en el campo de la prevalencia del interés general, observamos que éste no es una máxima absoluta. Si bien la Administración puede en virtud del interés general limitar derechos individuales (Sentencia Tribunal Constitucional 22/1984), aquella no debe generar un impedimento para su ejercicio, y de igual forma no debe afectar el núcleo esencial de los derechos. En este sentido y complementando la sentencia constitucional española en mención, la Corte Constitucional de Colombia ha manifestado:

*“En cuanto a la cláusula de prevalencia del interés general (...) esta Corporación ha rechazado su invocación a priori como razón de Estado para justificar una conducta irracional, la protección injustificada de un interés oculto o la vulneración de los derechos de las personas. Coherente con dicha posición, ha afirmado que la existencia de un interés general debe verificarse en cada caso concreto”* (SCC. C-053 enero 24 de 2001, M.P. PARDO SCHLESINGER, C.).

A lo anterior añade que pese a la prevalencia del interés general, su aplicación no puede realizarse de manera inmediata, debe *“entenderse condicionada a que la invocación de tal interés esté realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales y, a la vez, mediatizada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales”* (SCC. C-053 enero 24

---

<sup>517</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-401 de junio 3 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E. Sentencia T-596 noviembre 12 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. y Sentencia C-367 agosto 16 de 1995, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J. REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 197/1988, de octubre 24, M.P. DÍAZ EMIL, E. Sentencia 107/1992, de julio 1, M.P. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BREVO Y FERRER, M. Sentencia 34/1993, de febrero 8, M.P. GIMENO SENDRA, J.



de 2001, M.P. PARDO SCHLESINGER, C.).

Complementando lo expuesto por la Corte Constitucional, a juicio del Consejo de Estado de Colombia la prevalencia del interés general sobre el individual no debe entenderse con un enfoque simplista, se debe realizar teniendo como fundamento el Estado social y democrático de Derecho, para lo cual agrega que dicho modelo “*no puede seguir siendo una fórmula hueca ni pregón político de gobernantes demagogos que irresponsablemente crean ilusiones a los gobernados pero no adoptan las medidas necesarias para que esos principios tengan eficacia*” (SCEC, sección tercera, Ex AC 2816 julio 19 de 1995, C.P. MONTES HERNANDEZ, J).

GARCÍA-PELAYO expone, “*considerar al Estado social como la forma histórica superior de la función distribuidora que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales(...), sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos*”<sup>518</sup>.

Debe destacarse igualmente que el Consejo de Estado de Colombia concluye que para el ejercicio de la actividad administrativa se debe partir de una interpretación teleológica de la Constitución teniendo en cuenta los principios y derechos en ella consagrados<sup>519</sup>. Es decir, el interés general debe tener en cuenta su contenido en la consecución de los fines constitucionales<sup>520</sup>.

---

<sup>518</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo...*, ob. cit., p. 36.

<sup>519</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, sección Tercera, sentencia de julio 19 de 1995, C. P. MONTES HERNÁNDEZ, J., Exp. AC-2816.

<sup>520</sup> COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, sección Segunda, sentencia de febrero 23 de 2012, C. P. VERGARA QUINTERO, L., Exp. 0317-08.

Así las cosas, se genera una doble exigencia, una para la Administración y la otra para el juez. A la primera se le exige el deber de analizar detenidamente su actuar basado en el interés general con los derechos de los particulares, y, en caso de no ser posible, le corresponde efectuar una ponderación priorizando la jerarquía de los valores constitucionales<sup>521</sup>. Adicionalmente, está obligada a garantizar el bienestar general, en tanto, debe ejercer una buena administración a fin de cumplir con los cometidos constitucionales.

Creemos que producto de este proceso la Administración debe entrar a explicar las razones que tuvo para tomar una determinada decisión en un caso en concreto, por lo que la motivación se torna importante para que posteriormente el juez pueda entrar a dilucidar si el actuar de la Administración fue adecuado. Es menester resaltar que la motivación también juega un papel importante en el control por parte de los ciudadanos, se convierte en una herramienta para quienes realicen una veeduría o control a las decisiones administrativas, es decir, la motivación permite en cierta forma promocionar la participación.

Siguiendo con el estudio, encontramos que al juez constitucional y al administrativo, en conjunto, les corresponde controlar la actuación de la Administración Pública. No quiere decir esto que el juez usurpa o sustituye funciones propias de los órganos administrativos, por el contrario, estos jueces coadyuvan a evitar que sucedan desviaciones de tipo constitucional o administrativo.<sup>522</sup> El juez no sólo analiza la legalidad de la actuación de la Administración, también ejerce control

---

<sup>521</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-053 de enero 24 de 2001. M.P. PARDO SCHLESINGER, C.

<sup>522</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU 111 de marzo 6 de 1997, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E..

al sometimiento a los fines que justifican su actividad. En consecuencia, y en un sentido un poco retórico en la praxis judicial el juez en cierta forma se encuentra legitimado para examinar los actos de mala administración, y su análisis debe partir desde la óptica de los fines que justifican el quehacer administrativo, como vimos, se pueden sintetizar en el concepto de en el buen gobierno y buena administración, los cuales, a fin de cuentas son los cometidos constitucionales impuestos a la Administración y al Gobierno.

Sobre el tema, la Corte Constitucional de Colombia se refirió:

*“De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”* (SCC. T-406 junio 5 de 1992, M.P. ANGARITA BARON, C.).

Con esto, detectamos como el interés general no es sólo una cláusula de habilitación para el ejercicio de potestades por parte de la Administración, ésta tiene que darse con observancia al modelo actual de Estado.

Para nuestro análisis no sobra traer el discernimiento DE LA MORENA Y DE LA MORENA, asume que el interés general deberá estar presente en todas las normas administrativas, en consecuencia en los

actos emanados por la organización administrativa <sup>523</sup> . Lo complementamos con el juicio de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, concibe que éste es un principio por cuanto es el supuesto de su actuación y un fin, en la medida que la Administración deberá satisfacer las demandas de manera objetiva y a la luz de los demás valores y principios constitucionales exigidos dentro del marco de modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>524</sup>.

Así, de conformidad con lo expuesto no somos tan avezados de proponer una definición del interés general, pero si estamos convencidos que éste se debe fundamentar en la promoción de los derechos fundamentales basados en los postulados constitucionales que se le demandan a la Administración Pública, la función de esta descansa en los postulados del modelo de Estado social y democrático de Derecho<sup>525</sup>.

Con todo vigor concluimos como de darse conjuntamente el interés general con los demás principios analizados, encontramos el comportamiento del Ejecutivo, que a la vez se traduce en el cumplimiento del buen gobierno y buena administración. De esta concepción, rescatamos el interés general, el cual resulta ineludible para nuestra investigación, debido a la importancia que adquiere la persona como cimiento de los derechos fundamentales que irradian y le dan sentido al actuar de la Administración, de aquí dimana que se tenga en cuenta a la persona.

---

<sup>523</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo...”, *ob. cit.* p. 876.

<sup>524</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *Interés general, derecho administrativo...*, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>525</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El interés general como categoría central de las actuaciones públicas”, en *Revista de la asociación argentina de Derecho Administrativo*, 2010, p. 25.

Luego de haber definido el concepto de buen gobierno y buena administración y su relación con los postulados constitucionales, resulta importante analizar cómo estos principios se pueden instrumentalizar; para ello estudiaremos algunas herramientas con que cuenta el Ejecutivo para que su actuar se someta a la Norma Superior.

### **2.3 ALGUNOS MECANISMOS INSTITUCIONALES PARA DESARROLLAR LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL BUEN GOBIERNO AL INTERIOR DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS.**

Vimos como en el actual modelo de Estado existe la preocupación de tener como centro de atención en su actuar a la persona, y como el papel del Estado es determinante para la satisfacción de las necesidades de ésta. Sin embargo, preocupa de singular manera los cambios a los que se ha visto expuesta la persona por las corrientes doctrinales que pretenden reducir su papel determinante en la organización de una sociedad.

De igual forma, debemos hacer remembranza, para efectos de desarrollar el tema que nos ocupa, el papel concluyente que tiene el Ejecutivo para alcanzar los postulados que le señala la Constitución. Sus objetivos deben ser logrados acatando una serie de principios y derechos constitucionales que le demarcan o limitan su actuar. Vale decir, que el buen gobierno y la buena administración son instrumentos, los cuales tiene el Ejecutivo para entrar en un proceso

de mejoramiento continuo, con el fin de proteger a las personas de la misma sociedad y del poder público.<sup>526</sup>

Pese a que resulte innecesario para algunos, consideramos imperativo ahondar en el comportamiento que debe tener la Administración. En este sentido RICO-RICO RUÍZ considera que la buena administración únicamente es posible llevarla a cabo “*con el diseño y construcción de estructuras organizativas que responden positiva y eficazmente a las demandas de los ciudadanos*”<sup>527</sup>. Por otro lado, PAREJO ALFONSO piensa que “*el Derecho material no se basta a sí mismo para garantizar la efectividad de la actuación estatal, siendo preciso un sistema preciso y diferenciado de funciones, instituciones y órganos (hasta la más pequeña unidad final, el cargo, incluyendo el deber de ejercicio del cargo) para hacer llegar los impulsos normativos al [frente] representado por el titular del cargo a fin de motivarlo a la realización de una tarea debida frente al ciudadano*”<sup>528</sup>.

Estas percepciones nos obligan a repensar en las estructuras administrativas actuales, y a primera vista a nuestro juicio merecen ser replanteadas, reflexión que cobra mayor validez si se tiene en cuenta la finalidad de estas, o sea, satisfacer las necesidades de la persona en virtud del buen gobierno y la buena administración. A tal efecto, se hace imperativo realizar cambios que permitan el mínimo riesgo de generar una lesión a los derechos y demás garantías que goza el individuo. Bajo esta órbita exige flexibilizar las estructuras administrativas, sin perder de vista los elementos innatos a su

---

<sup>526</sup> TORNOS MAS, J., *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, 2007, p. 34.

<sup>527</sup> RUÍZ-RICO RUÍZ, G., “El derecho a una buena administración...”, *ob. cit.*, p. 59.

<sup>528</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Organización y poder de organización: Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno-Administración*, Iustel, Madrid, 2008, p. 33

naturaleza, y teniendo en cuenta que los postulados constitucionales no son negociables.

Así las cosas, en la readecuación que pueda ocurrir en las administraciones, no debemos caer en el error de trasladar influencias o modelos de gestión sin antes adecuarlos a la mecánica administrativa de un país<sup>529</sup>. Por lo tanto se corre el riesgo que los mismos sean obsoletos y no resuelvan las necesidades que requiere la estructura administrativa en la que se produce el cambio.

En estas readecuaciones es preciso proscribir la duplicidad de órganos, y valga la redundancia, con una misma función, o la creación de nuevos órganos sin la eliminación de los anteriores<sup>530</sup>, ello genera desorden, confusión, y no tendría aceptación a los ojos de los ciudadanos. Se convierte en un problema al existir múltiples órganos con funciones iguales o similares, se tornaría difícil comprender las sutiles diferencias que en ocasiones son imperceptibles<sup>531</sup>. De existir duplicidad de funciones en las instituciones se puede entrar a generar procesos arbitrarios y contradictorios frente a una misma situación que lesionaría los derechos de los ciudadanos. Asimismo, internamente no se generaría una Administración Pública eficaz, porque no estaría cumpliendo con los cometidos constitucionales. Por tanto, estaríamos evidenciando una práctica de mala administración y evidentemente de mal gobierno.

---

<sup>529</sup> NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno...*, *ob. cit.*, p. 259, 261 y 266, RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p. 33-34.

<sup>530</sup> RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p.34,

<sup>531</sup> ELENA CÓRDOBA, A., “Fortalecimiento de la posición del ciudadano”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 134-135

Acertadamente arguye RIVERO ORTEGA sobre la estrecha vinculación que debe existir entre los derechos y libertades de las personas, y el diseño orgánico de los poderes del Estado<sup>532</sup>. Lo anterior implica que los procesos realizados al interior del Estado, y para el caso de nuestro estudio de la Administración, deben contar con elementos preventivos de planeación y de juridicidad certeros que pongan coto a las posibles transgresiones en que puede incurrir la Administración.

En este sentido, el problema de la mala administración o el mal gobierno se genera en procesos administrativos confusos, contradictorios y demorados que perjudican los intereses de los individuos que acuden a la Administración. Ésta no debe actuar de manera improvisada, y sus procedimientos no deben ser producto del capricho de los servidores públicos, por el contrario y remitiéndonos al principio de legalidad, el ejercicio de la función administrativa debe encontrarse reglado, eliminando cualquier posibilidad de lesión a los individuos.

Los gobernantes y los administradores al tener en cuenta al individuo, conocen la realidad de la sociedad y con esto satisfacen sus necesidades. Esto implica generar procesos participativos abiertos y publicitados, de lo contrario no se enterará toda la comunidad, pero también que exista una “*acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.*”<sup>533</sup> Por lo tanto, para la Administración se generan una serie de obligaciones que le corresponde cumplir, a saber: legalidad, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, objetividad, igualdad, proporcionalidad.

---

<sup>532</sup> RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p.29.

<sup>533</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental a una buena...”, *ob. cit.*, p. 78.



RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ reafirma esta postura, considera que para alcanzar el buen gobierno y la buena administración se hace necesario contar con la participación de las personas, proscribiendo la creación de políticas cerradas<sup>534</sup>, las cuales pueden ir en contra de la realidad y las expectativas de las personas. De este modo, la Administración Pública en general encuentra en la participación la prestación correcta de su función y la satisfacción de las necesidades.

No se trata simple y llanamente de generar espacios participativos sin que en estos se haga eco de las demandas que tienen los ciudadanos, por el contrario, al encontrarnos en la denominada gobernanza, como método de gestión administrativa, se debe hacer uso de esta herramienta para influir activamente en las decisiones que tomen las instituciones públicas.

Otros frentes que el buen gobierno y buena administración no debe desproteger son:

Preservar y materializar la *“legalidad y la satisfacción de los derechos y garantías de la ciudadanía”*<sup>535</sup>, y evitar que se conviertan en simples enunciados vacíos. Para sortear esta situación, se exhorta a la Administración que satisfaga el interés general, en tal medida, internamente se deben generar procesos jurídicos que permitan eliminar la posibilidad de generar un daño (es la forma de encarnar la inacción o una acción no adecuada, transgresora de derechos por parte de la Administración Pública).

---

<sup>534</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración...*, ob. cit., p. 39.

<sup>535</sup> ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, ob. cit., p. 4

El entramado administrativo debe ver la necesidad de aumentar su tamaño en la medida que la sociedad aumenta sus exigencias, pero no sólo en tamaño también en calidad debe ser otra de sus constantes<sup>536</sup>.

A la Administración se le demanda en su actuar un papel más sólido en la defensa y procura de la dignidad, en virtud que todos los individuos son titulares por el solo hecho de pertenecer a la raza humana, ello le implica implementar procesos eficaces, eficientes y transparentes, sometidos a los criterios de la legalidad. Lo más importante, aquí no se trata de ver al Ejecutivo como una máquina, su esencia es netamente humana, y es a través de las personas que se materializan los postulados constitucionales.

Respecto de los procesos participativos merece que nos detengamos en su análisis por la razón que hemos venido usando, esto es lo que representa la persona para la administración, pero además teniendo en cuenta la necesidad de generar procesos de reforma a las estructuras administrativas y a las políticas públicas, esto sin dejar de lado los principios y derechos que subyacen en el buen gobierno y la buena administración. Bajo esta perspectiva consideramos que se hace necesario centrar los esfuerzos en cuatro temas que permitirán alcanzar los cometidos de la Administración, a saber; los servidores públicos, los códigos de comportamiento o preventivos del daño, la planeación de la Administración Pública, el control de la actividad administrativa.

---

<sup>536</sup> SENDÍN GARCÍA, M., “El derecho a una Administración profesional: eficacia y eficiencia en la actuación administrativa”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena Administración Pública*, CECLAP, Valladolid, 2008, p. 33.

Con estos elementos, las entidades de la Administración permitirán generar procesos en los que el interés general será protegido al máximo. Pero si fracasa toda la actividad “preventiva”, surgirá el actuar de la asistencia jurídica del Estado, función relevante encargada, tanto de la defensa jurídica pero esencialmente encargada de estudiar juiciosamente las causas que generaron los procesos omisos o defectuosos de la Administración, y de esta forma tomar las medidas que se necesiten para erradicar de raíz tales vicisitudes que van en contra de la persona al lesionarla.

### **2.3.1 LA IMPORTANCIA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.**

Las personas al servicio del Gobierno o de la Administración deben tener en cuenta la magnificencia que significa desempeñar esta labor, ya que son responsables de hacer realidad muchos de los postulados regulados por la Carta Magna y por la ley. Esto exige de las personas que ocupen los puestos en el Ejecutivo aptitudes necesarias para desarrollar cabalmente su función, y generar procesos de gestión adecuados a la vista del orden jurídico y de los ciudadanos.

Así, el factor humano es determinante para el correcto funcionamiento de la Administración Pública, postura que comparten ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ. Advierten que no es suficiente tener una legislación completa para que se satisfagan todos o gran parte de los requerimientos exigidos por la sociedad, la misma debe contar con servidores, pero no cualquier tipo, deben estar motivados para que ejerzan adecuadamente *“valores esenciales del servicio público en un sistema democrático, como son los*

*de eficiencia, imparcialidad, receptividad, honestidad, responsabilidad y respeto a la ley y a los derechos de los ciudadanos*<sup>537</sup>.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta en nuestro análisis, son la clase de cargos que tiene el Ejecutivo, es decir, los de elección popular, los de confianza y los profesionales. Bajo esta perspectiva, no debemos olvidar que el Gobierno dirige la Administración, por ello dirigirá el rumbo y el camino a seguir de acuerdo a su ideología política y programa de gobierno. Aquí entra a jugar el papel de buen gobierno como un mecanismo idóneo para contrarrestar muchas de las prácticas que pueden ser lesivas para la Administración y en consecuencia para la persona.

En relación con los cargos de confianza contribuyen a ser realidad la misión asignada a cada una de las entidades que conforman la Administración durante un mandato o periodo de elección, pero debemos decir que estos puestos muchas veces se entregan por conveniencias políticas y compromisos electorales<sup>538</sup>. En lo referente a los cargos profesionales, por excelencia se asignan luego de un proceso de mérito a los profesionales que satisfagan los estándares requeridos para el cargo, y serán ocupados en principio por los mejores.

El método idóneo para convertirse en servidor del Estado, es el ingreso por mérito y capacidad, el cual *“encuentra justificación tanto en la salvaguardia del derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos; como en la defensa del interés público, que requiere que las personas que asumen las funciones públicas sean las más preparadas y capacitadas para ello. A lo que se*

---

<sup>537</sup> ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F., “Líneas de reforma del empleo público”, AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 479.

<sup>538</sup> SENDÍN GARCÍA, M., “El derecho a una Administración...”, ob. cit., p. 33.

*debe añadir que indirectamente contribuye a la imparcialidad y objetividad de los servidores públicos en cumplimiento de sus funciones*<sup>539</sup>.

En este orden de ideas, un primer paso para evitar fenómenos de mala administración es vincular al servidor público a través del mérito, con esto se asegura escoger a los más calificados, encargados de decidir y velar por el interés general<sup>540</sup>. Consideramos que la evaluación no sólo se debe ver al momento del ingreso, también durante su desempeño, por lo que debe ser una herramienta que ataca varios frentes: evaluará el desempeño, motivará, y promocionará la excelencia.

Preocupa de singular manera como en la actualidad el servidor público goza de mala reputación, y se endilga adjetivos a su actuar que no son nada halagadores, es así como se le dice que son “*vagos, arrogantes, corruptos e irresponsables*”<sup>541</sup>, aunado al desprestigio que tiene la Administración Pública. Con estas concepciones podríamos inferir que el sector público se encuentra en una encrucijada<sup>542</sup>. Para contrarrestar la situación descrita se deben realizar constantes

---

<sup>539</sup> DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., “Los empleados públicos y constitución: Las bases constitucionales de la función pública española”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 23.

<sup>540</sup> Respecto de las interinidades RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p. 88. “el fenómeno de las interinidades en España a lo cual el Tribunal supremo ha tomado cartas de cierta forma al respecto (*Vid.* STS 29 de octubre de 2010). De otro lado el profesor Rivero Ortega también nos manifiesta este problema que ha sido creciente en el ámbito colombiano es así como en ocasiones la excepción que es ser provisional se convierte en regla situación que se presta para que fenómenos como la corrupción se introduzcan con mayor facilidad en las estructuras administrativas. RIVERO ORTEGA, R., “La regulación de la carrera administrativa en Colombia, la carta Iberoamericana de la función pública y el principio meritocrático como punto de Arquímedes de la lucha contra la corrupción”, AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 149.

<sup>541</sup> NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización...*, *ob. cit.*, p. 135.

<sup>542</sup> *Ibíd.*, p. 138.

esfuerzos que reposicionen al Estado en general y en particular a la Administración Pública para alcanzar la posición que le señala la Constitución.

No debemos olvidar que quienes ejercen la función pública son personas, y al tener tal calidad muchas veces tienen creencias o comportamientos que pueden ir en contra del interés general, por ello en principio se deben generar parámetros éticos necesarios para el ejercicio del quehacer administrativo que favorezcan la generación de un verdadero buen gobierno o buena administración.

Cuando nos referimos a que el servidor público se vincula por mérito, debe ser entendido que éste entra a la carrera administrativa<sup>543</sup>, dirigida por un sistema de talento humano que promueve la eficiencia de la administración, también ofrece igualdad y oportunidad para ingresar a la entidad. En cuanto a los profesionales de la Administración, al ingresar a carrera administrativa se les debe dotar de incentivos con el propósito de realizar una adecuada función.<sup>544</sup> Con este tipo de herramientas se puede prevenir el anquilosamiento de la Administración, por cuanto los servidores públicos querrán ejercer una labor proactiva a fin de recibir algún tipo de estímulo en su trabajo. *Contrario sensu* si el servidor sabe que permanecerá en el mismo puesto, se podrá llegar a aplicar la ley del menor esfuerzo, contraviniendo el ideal de una Administración que debe caracterizarse por tener procesos internos rápidos, sensatos y adecuados<sup>545</sup>.

---

<sup>543</sup> <http://www.contraloriagen.gov.co/web/guest/direccion-de-carrera-administrativa>

<sup>544</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Standards matter: A review of best practice in promoting good behaviour in public life*. Londres. Enero de 2013, p. 32.

<sup>545</sup> En el mismo sentido Informe de la comisión de expertos. Estatuto básico del empleado. INAP, Madrid, 2005, p. 9 “No puede existir una buena administración allí

Respecto de los incentivos se presentan inconvenientes. Pese a que la ley proporciona herramientas como la denominada carrera horizontal, ésta no es usada adecuadamente<sup>546</sup>; de otro lado en ocasiones los alicientes no son suficientes para los funcionarios, v.gr. salarios o ascensos<sup>547</sup>. Respecto de los primeros RIVERO ORTEGA hace una propuesta que a nuestro modo de ver se torna interesante, aparte de generar salarios acordes al nivel profesional, los mismos deben ser flexibles, “...para premiar los esfuerzos de dedicación realizados por los servidores públicos, discriminando en función de los resultados hasta cierto punto, se mejorará probablemente la actitud de los funcionarios”<sup>548</sup>. En lo que respecta a la promoción advertimos que debe aplicar siempre y cuando se comprueben el mérito y los esfuerzos del empleado o servidor.

---

donde el sistema de empleo público es deficiente. Por ello, el régimen jurídico aplicable a los empleados públicos debe hacer posible la selección de los mejores candidatos, proporcionarles unas oportunidades de promoción profesional y una compensación por su trabajo que estimulen su dedicación al servicio público, así como la formación más apropiada para atenderlo. También debe establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio al conjunto de la ciudadanía.”

<sup>546</sup> RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p.91.

<sup>547</sup> En lo referente al tema de los salarios y los ascensos encontramos como este tema puede ser sometido a una discusión, por cuanto “Esta motivación, (...) nunca es suficiente por dos razones, no muy lógicas pero que nadie puede desconocer: por un lado, jamás reconocerá un funcionario, por mucho que cobre, que está bien retribuido y siempre tendrá la vista puesta en otro que a su juicio con menos méritos percibe un sueldo mayor y en segundo lugar, indefectiblemente llega un momento en que comprende que la retribución no es proporcional ni al trabajo ni al rendimiento. A partir de aquí, el sueldo deja de ser un estímulo para el trabajo bien hecho y el funcionario reduce su esfuerzo a los mínimos.(...) Pasadas las primeras ilusiones la realidad enseña que el éxito personal no depende del trabajo bien hecho, des esfuerzo, sino del agrado del jefe y fundamentalmente, de la protección política. El ascenso no se gana en la oficina sino en los comités del partido y en las reuniones sociales.” NIETO GARCÍA, A., *La “nueva” organización...*, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>548</sup> Respecto de la conveniencia de los incentivos RIVERO ORTEGA, R., “La regulación de la carrera administrativa...”, *ob. cit.*, p. 153. ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F., “Líneas de reforma del empleo...”, *ob. cit.*, p. 528.

En tratándose del servidor público, está al servicio del interés general<sup>549</sup>. Aunque sea una utopía la ética pública debe ser la constante en el desarrollo de la función pública. Manifiesta en este sentido GARCÍA MEXÍA, “*si quienes ostentan las más elevadas responsabilidades públicas no son conscientes en su fuero interno de que la única fuente de legitimación de su poder reside en la confianza ciudadana, otorgada solamente en aras del servicio al interés general*”<sup>550</sup>.

Así las cosas, se puede deducir que no debe ser un acto extraño para el empleado público tener un actuar probo, para incrementar los niveles de ética en los servidores públicos. De aquí se deriva un tema de suma importancia y son los programas de capacitación que permiten la actualización en conocimientos especializados, necesarios para que la Administración Pública esté a la vanguardia de lo que ocurre en la actualidad. Debemos mencionar que la profesionalización es determinante en el ejercicio de la función pública y para ello la capacitación puede contribuir de manera concluyente<sup>551</sup>. También determinarán en cierta medida el comportamiento del empleado, teniendo como base los conocimientos alcanzados, esto con el objetivo de proceder acorde con el interés general. Sobre todo, la capacitación aparte de dar elementos de conocimientos específicos, permite generar procesos de arraigamiento al servicio, lo cual conlleva a la realización de una mejor labor al interior de la Administración Pública<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “Ética, gobierno y Administración en la España contemporánea”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena Administración Pública*, CECLAP, Valladolid, 2008, p. 136.

<sup>550</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “Ética, gobierno y Administración...”, *ob. cit.*, p. 136.

<sup>551</sup> CLAD. Código Iberoamericano de buen gobierno. Montevideo, junio 23 de 2006, p.8.

<sup>552</sup> SENDÍN GARCÍA, M., “Entre el sistema de carrera y el empleo: el modelo español de empleo público”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006, p. 59.



Al ser los servidores públicos el resorte de la buena administración y el buen gobierno, riñe con la situación descrita por NIETO GARCÍA<sup>553</sup>. Este autor estima que los funcionarios muestran desinterés y conformismo. Paralelamente, existe un ambiente de pasividad en las labores, que cercena la proactividad del servidor<sup>554</sup>. De igual forma la tolerancia a los actos contrarios a ley y la falta de responsabilidad de los funcionarios, de los jefes y en general la Administración no permiten que se satisfagan las necesidades del país<sup>555</sup>. Esta situación requiere la transformación de la entidad o institución. Para evitar esta anomalía es ineludible que se realicen evaluaciones internas permanentes, con el objetivo de medir la satisfacción de los objetivos establecidos dentro del quehacer administrativo. De igual forma debe existir la exigencia real de responsabilidad<sup>556</sup>, estos requerimientos se deben hacer tanto a los gobernantes como a los funcionarios que desempeñan su labor al interior de la Administración.

Tomando el estudio realizado por ARENILLA SÁEZ, al gobernante se le exige una serie de características (planificador de las actuaciones públicas, experto en su área de actuación, que informe al contribuyente del destino de los fondos públicos, que regule eficazmente las ayudas con dinero público, que reduzca el gasto ordinario, con capacidad de gestión y que asuma riesgos, que sea evaluado y se le exijan responsabilidades)<sup>557</sup>. Además de los principios constitucionales vistos que enmarcan el buen gobierno, dichas exigencias vienen obstaculizadas con una serie de influencias políticas que pueden

---

<sup>553</sup> NIETO GARCÍA, A., *La "nueva" organización....*, *ob. cit.*, p. 134 y ss.

<sup>554</sup> *Ibíd.*, p. 143.

<sup>555</sup> *Ibíd.*, p. 144-147.

<sup>556</sup> ARENILLA SÁEZ, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003, p. 179. COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Standards matter...*, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>557</sup> *Ibíd.*, p. 133-180.

sacrificar su futuro político. Conjuntamente en ocasiones los procesos de responsabilidad se tratan de evadir dispersando la responsabilidad<sup>558</sup>.

Para generar una buena administración y un buen gobierno, en el plano de la transformación se necesita: incluir controles para que los gobernantes cumplan con las exigencias sociales y dejen de lado sus intereses políticos, los cuales como vimos, en la práctica se sobreponen sobre el interés general, es por lo que debe existir una relación armónica y de cohesión entre el Gobierno y la Administración. Por lo tanto cada una de las partes del Ejecutivo permite alcanzar niveles óptimos de satisfacción de demandas sociales. Además permite al interior de las instituciones concebir procesos de gestión ajustados a la Constitución.

La percepción que debe tener el Ejecutivo del ciudadano no debe ser de cliente, sino de beneficiario en los procesos de gestión y de direccionamiento de las políticas públicas. Asimismo ARENILLA SÁEZ añade: *“[en] el nuevo escenario del valor social emergente se deriva un ciudadano que, como referente sistemático de la Administración Pública, ejerce de tal, sintiéndose con derecho a orientar las actuaciones públicas y a exigir un nivel concreto de preparación y de disposición en los Altos Responsables de Gestión”*<sup>559</sup>.

Pero vemos que para alcanzar esos logros se requiere un cambio interno drástico en la organización administrativa, lo cual a todas luces se tornará en una labor titánica, empezando por el tamaño de la

---

<sup>558</sup> *Ibíd.*, p. 147. “Por capacidad de gestión, el ciudadano entiende la combinación de los recursos administrativos y de otro tipo que hacen posible la prestación eficaz y eficiente que hay que realizar un gran esfuerzo político en el interior de la Administración Pública que implica mucho desgaste y pocos frutos externos”.

<sup>559</sup> *Ibíd.*, p. 242.

misma. De otro lado, generar procesos tan simples como prestar una atención rápida, eficaz y eficiente en la atención al ciudadano genera problemas en su desarrollo, lo que implica que la implementación de macro procesos, como la puesta en marcha de transformación en la gestión, se torne complicada por diversos motivos. La reticencia en los empleados, la dificultad que representa el cambio tradicional de las estructuras, la injerencia de intereses externos que impiden la transformación, la prioridad que se le da a lo político, son entre otros problemas, lo que impediría a poner en marcha procesos adecuados de buen gobierno y buena administración.

De igual forma, la responsabilidad por parte de los servidores del Estado debe ser certera y eficaz. En caso contrario, se deben tomar medidas ejemplarizantes, en materia penal y disciplinaria, y si es del caso patrimonial, todo con el propósito de asegurar que su desempeño o ejercicio de sus funciones compaginen con el objetivo de la función pública. En estas condiciones se espera que el servidor público tenga un actuar honesto, tendiente a la satisfacción del interés general. Es así como de forma coercitiva se podrá cambiar de mentalidad o romper el paradigma de los funcionarios para que actúen acorde al buen gobierno y la buena administración, y con este cambio las personas podrán confiar cada día más en una Administración y en un Gobierno que se encuentran al servicio del individuo.

### **2.3.2 LA PLANIFICACIÓN EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.**

Hasta el momento hemos manifestado que la Administración Pública debe seguir ciertos parámetros en su quehacer diario, actuar que no debe ser fruto de la improvisación. Por el contrario, el mismo es consecuencia de un proceso anterior que le exige trazar los objetivos a

alcanzar, los medios, los recursos a utilizar, los riesgos que puedan generar un eventual daño al individuo y las medidas para contrarrestarlos.

En lo atinente a la planificación podemos decir que aquella ha servido para dirigir y proyectar la vida del individuo, al respecto DEL BURGO Y MARCHAN sostuvo que *“el hombre ha proyectado su vida en casi todas las épocas”*<sup>560</sup>. Trasladado al plano del Ejecutivo no resulta irracional creer que la Administración Pública y el Gobierno generen procesos de planificación a fin de establecer una proyección de su quehacer. ARNAÉZ ARCE define la planificación como *“un proceso de previsión de objetivos, de definición de las directrices de comportamiento y de las pautas de actuación, así como de los recursos materiales, técnicos y personales disponibles y necesarios para alcanzarlos”*<sup>561</sup>

Así, la planificación se convierte en una herramienta imprescindible y en estrecha relación con los principios ya analizados e inmersos en el buen gobierno y buena administración, particularmente con la eficacia. En lo que respecta a la eficacia, ARNAÉZ ARCE cree que *“la planificación contribuye decisivamente a la realización del principio constitucional de eficacia ya que (...) los poderes públicos estructuran de forma racional su actuación (...). De este modo, se produce una sistematización y ordenación de la actuación pública y, al mismo tiempo, se garantiza la diligencia y la eficacia de los poderes públicos en la gestión, garantía y realización del interés general, que es, en*

---

<sup>560</sup> DEL BURGO Y MARCHAN, A., “La planificación: un reto, una utopía, una contra utopía, una realidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 81, 1976, p. 102.

<sup>561</sup> ARNAÉZ ARCE, V., *La potestad planificadora de las administraciones públicas*, Gomylez, Bilbao, 2013, p. 15.

*definitiva, lo que interesa y preocupa a los ciudadanos*<sup>562</sup>. Entonces podemos decir que la planificación sirve para generar procesos ordenados, precisos, claros y transparentes en la actividad administrativa, y de este modo se genera un ambiente propicio, que por supuesto da pie para que se cumpla con el principio de legalidad y objetividad.

Para llevar a cabo la planificación, en primer lugar se debe decidir cuáles son los planes que sirven al interés general. Bajo este aspecto se elige el que mejor lo satisfaga, pero a su vez se deben detectar los hechos en los cuales no se debe incurrir. Posteriormente, se identifica cuáles son las precauciones a seguir. De esta forma se garantiza una correcta y oportuna prestación de los servicios<sup>563</sup>.

En suma, se colige que la planeación exige investigar todo lo que rodea una situación social determinada, que no es otra cosa que indagar sobre la demanda de necesidades sociales. Una vez identificadas plenamente, se discierne cuáles deben ser satisfechas. Así las cosas, la planeación permite generar un proceso garantista y respetuoso de los postulados constitucionales, por el cual se realiza un estudio del comportamiento que debe tener en general la organización administrativa.

La planificación no es un proceso que se realiza una sola vez, por el contrario, debe ser permanente ya que la sociedad va cambiando. *Ergo* la planificación debe ser un proceso dinámico, se debe adaptar a los cambios y necesidades, con el objetivo de generar parámetros en los

---

<sup>562</sup> ARNAÉZ ARCE, V., “La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas”, en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 22, 2011, p. 48.

<sup>563</sup> FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad...*, *ob. cit.*, p. 191- 192.

que el comportamiento del Ejecutivo sea óptimo y se acomode a los cometidos constitucionales<sup>564</sup>.

Para concluir, a través de la planificación se pueden fijar directrices dirigidas a conseguir los fines y objetivos. En este proceso vincula al Ejecutivo en su totalidad, obligándolo a actuar de una forma organizada y racional. En consecuencia la planificación es determinante para el buen gobierno y la buena administración en razón a que da pautas a su actuar. Por lo tanto, la labor será más organizada, de este modo, le permitirá cumplir los fines constitucionales que se le encomiendan.

### 2.3.3 LOS CONTROLES EN EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN.

Uno de los controles esenciales es la rendición de cuentas, tema abordado en líneas anteriores, pero se hace preciso retomarlo ya que gracias a éste se puede ejercer un control social sobre la gestión de la Administración Pública. Con esto se evalúa la gestión del Ejecutivo, y en el caso de no adecuarse a los parámetros establecidos, se deben generar procesos de responsabilidad. Para mitigar o evitar este riesgo consideramos que el control debe venir *a priori*, es decir, la entidad debe formalizar procesos y directrices tendientes a asegurar una actuación acorde con lo señalado en la Constitución y el ordenamiento jurídico en general<sup>565</sup>.

---

<sup>564</sup> DEL BURGO Y MARCHÁN, A., “La planificación: un reto..., *ob. cit.*, p. 104-121.

<sup>565</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., “Los controles sobre la actuación de las administraciones públicas”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 179.

El control al interior de las entidades puede usar distintas herramientas que son “*más amplias, profundas, menos onerosas, más clásicas y sencillas: la simple revisión de los tiempos y modos de los procedimientos administrativos, a efectos de conseguir aportar efectivo contenido a los principios del procedimiento administrativo (...) legalidad, acierto, oportunidad, economía, celeridad y eficacia, de tal modo que garantice la sujeción, a estricto plazo razonable, la fehaciente notificación de cualquier resolución administrativa*”<sup>566</sup>.

De igual forma, nos parece preciso el criterio de SÁNCHEZ BLANCO, en el sentido de acudir a las formulas clásicas que tiene la Administración en su actuar, que desde su génesis exige planeación (técnica, operativa, financiera, jurídica, etc.) y evaluación de la satisfacción del interés general por medio de una labor acorde a las funciones de cada ente, “*definiendo y aplicando las medidas para prevenir los riesgos, con el objeto de detectarlos y corregirlos, con el fin de no afectar el logro de sus objetivos. (...) definir las políticas como guías de acción y (...) establecer sistemas modernos de información que faciliten la gestión, el control y organizar métodos confiables para la evaluación de la gestión*”<sup>567</sup>.

Otra perspectiva es la creación de agencias u órganos encargados de evaluar las políticas, las cuales estarán encaminadas a generar prácticas que se enmarquen dentro del buen gobierno o la buena administración<sup>568</sup>. Es esencial también la implementación de un control *a priori* que parta de la revisión interna. Posteriormente el

---

<sup>566</sup> SÁNCHEZ BLANCO, A., “El derecho a una buena administración: control de desviaciones y concreción procedimental”, en AA.VV. (Coord. LÓPEZ MENUDO, F.), *Derechos y garantías del ciudadano: Estudios homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 381.

<sup>567</sup> *Ibíd.*, p. 381.

<sup>568</sup> En España se encuentra la Agencia de Evaluación y Calidad en Colombia existe la Agencia nacional de Defensa Jurídica del Estado. RIVERO ORTEGA, R., *La necesaria innovación de las instituciones...*, *ob. cit.*, p. 29.

actuar del Ejecutivo puede ser fiscalizado mediante los controles establecidos por el Estado. La solución del buen gobierno y la buena administración no se encuentra únicamente en la creación de nuevas normas o instituciones que en ocasiones son innecesarias. A nuestro juicio, la normatividad constitucional y administrativa es una excelente “*caja de Petri*”, que brinda y facilita la puesta en marcha de mecanismos idóneos para generar un correcto actuar por parte del Ejecutivo.

A su vez, y con ocasión a lo estimado por SANTAMARÍA PASTOR diremos que el asesoramiento se torna en un elemento preventivo clave para el buen gobierno y la buena administración. De este modo las entidades como el Consejo de Estado, los órganos consultivos autónomos y la Abogacía del Estado podrán verificar si se cumplió a cabalidad la actividad administrativa<sup>569</sup>.

### **2.3.4 LOS CÓDIGOS ÉTICOS EN EL EJECUTIVO.**

Frente a la existencia de políticas preventivas del mal gobierno y de mala Administración (códigos de buen gobierno, códigos de conducta o políticas de prevención del daño antijurídico, políticas de integridad), son normas que permiten el correcto actuar del Ejecutivo en su quehacer diario. Para ello estos documentos imponen un derrotero para que el funcionario o el gobernante lo cumpla, y propenda por un ejercicio de la función administrativa adecuado y acorde a lo consagrado en la Constitución. En este sentido, las precitadas directrices se imponen como un mecanismo preventivo y formativo<sup>570</sup>.

---

<sup>569</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., “Los controles sobre la actuación...”, *ob. cit.*, p. 203.

<sup>570</sup> ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F., “Líneas de reforma del empleo...”, *ob. cit.*, p. 479.



Respecto a estos documentos, tienen una triple finalidad, (normativa, preventiva y educativa)<sup>571</sup>, pero también son un pilar determinante en la ética pública pues van dirigidos para que los actos del servidor público estén orientados a la satisfacción del interés general. En consecuencia queda evidenciado que todo Estado que se proclame social y democrático de Derecho, debe socializar al interior de las instituciones valores éticos y abanderar este objetivo. Además al interior de ellas debe existir una dependencia encargada de regular la conducta de los empleados públicos<sup>572</sup>.

En la construcción de estos documentos, recalamos lo importante que es estar conscientes de lo que acontece realmente, es decir, acudir a la realidad, pero vista desde dos aristas. La primera, es considerar al individuo y sus necesidades que lo aquejan. Para ello la gobernanza cumple un papel articulador por cuanto interrelaciona los diferentes actores que intervienen en la actualidad. En segundo lugar, le corresponde a la entidad realizar un análisis de sus procesos internos y cómo estos son generados a fin de establecer los posibles riesgos de lesionar o transgredir los derechos de las personas.

Sin embargo, no basta elaborar y formalizar códigos de comportamiento, a los mismos se les debe hacer seguimiento, evaluarlos y actualizarlos, para verificar si se alcanzaron los objetivos propuestos y corregir sus desviaciones oportunamente. El objeto de estos códigos no es generar una serie de principios sin eficacia, por el contrario aquellos deben ser producto de la abstracción y evaluación de las normas legales y constitucionales a la función administrativa, es decir, estos códigos de alguna forma son la realización material de la

---

<sup>571</sup> BAUTISTA, O., “Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas valores para un buen gobierno”, en *Revista de las Cortes Generales*, 2005, No 65, p.140.

<sup>572</sup> *Ibíd.*, p.138.

legislación en general. Los códigos de comportamiento o también llamados de buen gobierno permiten que el Estado brinde a las personas la garantía que debe a los derechos de los individuos. De otro lado, evita que el Estado cause daño a las personas<sup>573</sup>.

Los mencionados códigos éticos son “*un conjunto de reglas tendentes a asegurar comportamientos éticos, (...) se compone[n] de postulados o principios, de pautas de actuación, más amplias*”<sup>574</sup>, estos documentos tienen un carácter preventivo intentando persuadir a los empleados públicos a realizar conductas éticas adecuadas con la buena administración y el buen gobierno. Existen códigos de buena conducta generales (v.gr., Ley 7/2007 España), pero también los mismos pueden ser generados por cada entidad estatal para establecer los comportamientos específicos que deben tener los funcionarios públicos.

Bajo este esquema el *Committee on Standards in Public Life* del Reino Unido elaboró en el año 2013 un informe titulado “*Standards matter: A review of best practice in promoting good behaviour in public life*”. Este documento trae un elaborado estudio de los elementos que debe tener presente el empleado público para asegurar un adecuado comportamiento en el ejercicio de sus labores. El informe nos muestra que los principios constitucionales son cuestiones abstractas, pero los códigos éticos contextualizan los mencionados principios en la práctica de determinada institución pública, es decir, permiten su materialización en el quehacer del Ejecutivo<sup>575</sup>.

---

<sup>573</sup> SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ...*, *ob. cit.*, p. 17. y COLOMBIA, ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA GENERAL, Circular 026 de 2005. Norma Derogada por el Decreto 654 de 2011 proferida por el Alcalde Mayor de Bogotá.

<sup>574</sup> GARCÍA MEXÍA, P., “Ética, gobierno y Administración...”, *ob. cit.*, p. 146.

<sup>575</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Standards matter...*, *ob. cit.*, p.27.

Igualmente el informe manifiesta *"todos nosotros necesitamos directrices y códigos para ayudar a concretar las buenas intenciones en la práctica. Estos códigos son vitales para las instituciones y para los individuos, la movilización de la autoridad (...) y la traducción de los valores generales en expectativas específicas. (...) Los códigos de conducta (...) dan una orientación y clarifican la actitud correcta para los que no están seguros de su actuar. Estos pueden animar y apoyar a los que hacen lo correcto; y pueden actuar como valiosas indicaciones contemporáneas en la promoción de un comportamiento positivo."*<sup>576</sup>

Estos documentos en primer lugar permiten que se configure una nueva garantía para la persona respecto del actuar del funcionario. Estos códigos principalmente determinan qué elementos deben ser establecidos como norma de conducta. Conjuntamente se demanda una constante revisión con miras a determinar si las normas establecidas se encuentran acorde con la realidad. Pero también se requiere que los códigos de buena conducta se basen en leyes disciplinarias y de esta manera se adviertan sobre las consecuencias que pueden acarrearles a los funcionarios por su mal actuar<sup>577</sup>.

Es así, como los mencionados documentos *"introducen valores objetivos que deben respetarse"*<sup>578</sup>, obteniendo parámetros obligatorios para el Ejecutivo, lo cual tiene como consecuencia una mayor

---

<sup>576</sup> *Ibíd.*, p. 27-28. Texto original: "But since the right motivation is not enough by itself, all of us need guidelines and codes to help us realise the good intentions in practice. Such codes are vital for institutions as well as individuals, mobilising authority and peer pressure behind ethical norms and translating general values into specific expectations.(...)Codes of conduct can be powerful. They give guidance in clarifying the right thing to do for those who are unsure. They can encourage and support those doing the right thing; and they can act as valuable contemporaneous prompts in promoting positive behaviour.

<sup>577</sup> *Ibíd.*, p.27-28

<sup>578</sup> SAINZ MORENO, F., "Ética pública positiva", en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, p. 529.

organización al interior de las instituciones públicas<sup>579</sup>, es decir, los códigos de comportamiento hacen “*compatible la realización del destino personal de cada individuo con el ejercicio impersonal de una tarea pública*”<sup>580</sup>. Es por lo que la implementación de los mismos se hace en principio interesante en el ámbito público, pero los mismos deben venir conjuntamente aplicados con actividades formativas que generen tener una mayor pertenencia del ejercicio de su función<sup>581</sup>.

MIR PUIGPELAT puntualizó, “*La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*”<sup>582</sup>. Por ello debe existir un actuar planificado para eliminar los posibles riesgos derivados del ejercicio de la función administrativa que puedan causar daño<sup>583</sup>. De este modo, los códigos de buen gobierno o de buena administración tienen como fin “*mejorar la calidad de la acción administrativa*”<sup>584</sup>, imponiéndole a los funcionarios derroteros y límites en sus funciones.

Pese a encontrar sustento constitucional, estos códigos que son políticas preventivas no gozan de la fuerza necesaria para ponerse en marcha adecuadamente. En ocasiones existen ciertos parámetros creados por entidades pero se quedan engavetados y no se ponen en práctica, lo

---

<sup>579</sup> *Ibíd.*, p. 519.

<sup>580</sup> *Ibíd.*, p. 518.

<sup>581</sup> ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F., “Líneas de reforma del empleo...”, *ob. cit.*, p. 513.

<sup>582</sup> MIR PUIGPELAT, O., *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002 p. 120-121.

<sup>583</sup> CLAD, Código Iberoamericano de buen gobierno. Montevideo, junio 23 de 2006, p.2

<sup>584</sup> ROZAS VALDÉS, J., “Hacia la codificación del derecho a la buena administración”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena Administración Pública*, CECLAP, Valladolid, 2008, p. 177.

cual genera una especie de cortina de humo en materia de planificación y prevención.

En esta perspectiva, tendríamos como premisa la importancia que goza la persona dentro del Estado, considerando que en su desarrollo cotidiano de actividades éste puede generar un daño, por lo que se hace imperioso prevenirlo. De ahí que se deben diseñar e implementar medidas preventivas, cuya finalidad principal sea la protección del ser humano. Esto también coadyuvará a la implementación de controles internos exigentes, al igual que controles externos, los cuales permitirán corregir y responsabilizar a los funcionarios que ejerzan una mala administración o un mal gobierno<sup>585</sup>.

---

<sup>585</sup> COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Standards matter...*, *ob. cit.*, p. 33. CASTEL GAYÁN, S., “Reflexiones sobre el marco normativo del buen gobierno”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, No.6, Diciembre, 2013.

**CAPÍTULO III .- LA ASISTENCIA JURÍDICA  
PÚBLICA AL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN EL  
CORRECTO ACTUAR DEL EJECUTIVO.**



### 3.1 INTRODUCCIÓN.

Para el desarrollo de este tema, resulta de vital importancia considerar el papel que deben jugar la Administración y el Gobierno en la sociedad actual, sin olvidar el sometimiento que le debe a los principios que configuran su buen actuar. Por lo tal es indudable expresar que la persona se constituye en el centro u objetivo sobre el cual gira su actividad. A tal efecto, se demanda que al interior de la organización administrativa, exista una institución encargada de velar por la observancia del principio de interés general, que constitucionalmente es el fin que justifica el actuar de la organización administrativa.

En este contexto al interior de la Administración encontramos la función de asistencia jurídica pública, encargada de asesorar y ejercer la defensa litigiosa, función que incluye salvaguardar los valores constitucionales que el Estado está obligado a garantizar. Por lo tanto el abogado del Estado se convierte en el defensor de estos valores y no es caprichoso, ni sobra decir, que éste profesional del Derecho debe tener como herramienta la legalidad.

Es por ello que este capítulo tendrá por objeto analizar: en primer lugar, cómo desde el servicio de la asistencia jurídica pública, el abogado del Estado deviene en defensor de los postulados constitucionales que deben ser respetados por la Administración. En este sentido a partir del asesoramiento existirá una función preventiva y de supervisión de la legalidad teniendo como soporte el interés general, en el procedimiento de toma de decisiones públicas. De otro lado, veremos que ya en lo referente a la defensa, el abogado del Estado será el defensor del interés general y demás valores inspiradores de la



función administrativa, frente a reclamaciones interpuestas por los particulares.

Es indiscutible en esta investigación encontrar la relación entre la asistencia jurídica pública y el interés general, a partir de la obligación que se desprende para la institución encargada de prestar los servicios jurídicos, de ejercer no sólo la representación judicial, también le compete la excelsa labor de asesoramiento. Bajo este plano la labor del Abogado del Estado se impone como paradigma y núcleo en la formación del buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas. En consecuencia se hace necesario en este punto de la investigación determinar en qué consisten la defensa y el asesoramiento.

Luego de haber establecido qué es la asistencia jurídica del Estado y de haber encontrado su importancia en la consecución de las finalidades estatales, es necesario abordar un estudio práctico que permita parangonar el modelo construido en la doctrina, con los modelos que se usan en la praxis. Para eso tomaremos los modelos colombiano y español, los cuales a pesar de ser fruto de ordenamientos diferentes, tienen en común que en sus constituciones se proclaman la primacía de la persona y el sometimiento de la Administración al interés general, entorno al modelo de Estado social y democrático de Derecho. Es preciso y enriquecedor analizar estos dos modelos para hallar sus semejanzas, deficiencias, y elementos trascendentales y así cimentar un servicio adecuado de asistencia jurídica pública.

Simultáneamente, podremos dilucidar la importancia que tiene el asesoramiento en el ejercicio de la función administrativa, más cuando se presentan inconsistencias en la prestación de esta labor, particularmente debido a la proliferación de órganos consultivos. Es

esta razón la que nos obliga a estudiar los servicios prestados por el Consejo de Estado, la Abogacía General del Estado y los Consejos Consultivos, con el propósito de establecer si es adecuada la multiplicidad de órganos, o por el contrario es más adecuado que la defensa jurídica se concentre en un solo órgano.

Finalmente, encontramos que el Estado debe ejercer la asistencia jurídica pública efectiva a través de una organización autónoma, única, e independiente, encargada de generar herramientas que le permitan salvaguardar los valores y fines que se le imponen a la Administración y el Gobierno desde la legalidad. En consecuencia esta función puede mejorar el buen gobierno y la buena administración.

### **3.2 LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN LA ADMINISTRACIÓN ACTUAL: EL BUEN GOBIERNO Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN DEFENSA DEL INTERÉS GENERAL.**

Empezaremos diciendo que a la Administración Pública se le asignan determinadas competencias, cuyo fin último es cumplir con las finalidades del Estado<sup>586</sup>, circunscrito en el modelo social y democrático de Derecho, para ello tendrá como guía el interés general. Tal punto se convierte en su justificación. No debe desconocerse que es la Administración la encargada de satisfacer las demandas sociales.

Adviértase que sin lugar a dudas la Administración actual es una organización compleja y colosal, tanto en su personal como en el presupuesto que maneja, deviniendo en un aparato de dominación con

---

<sup>586</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C- 1194 de noviembre 15 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M.

vastos poderes<sup>587</sup>. De esta forma, se puede generar un incremento exponencial en las posibilidades de no acometer los fines para los que fue creada. En esta perspectiva, surge el paradigma que siempre ha preocupado a las sociedades y es la necesidad de limitar el poder, con el propósito de asegurar por parte de quién lo detenta, que cumpla con los objetivos para los cuales fue asignado en esta posición privilegiada.

Ahora bien, en los capítulos anteriores demostramos que en la persona pivota toda la actividad administrativa, en este entendido a la Administración se le impone la obligación de ejercer un comportamiento adecuado que se circunscriba en el cumplimiento del Derecho y la ley, sin importar su tamaño.

En todo caso, debemos entender que la realidad jurídica en ocasiones dista de la praxis, la cual no siempre cumple cabalmente lo dispuesto en las normas. Por ello, la Administración Pública se puede ver envuelta en una constante situación de lesión de derechos, y, aún sin llegar a lesionarlos muchas de sus decisiones pueden configurarse en actos de mala administración o de mal gobierno.

En realidad, para poder tener una adecuada concepción de la Administración Pública no se debe partir de la base que su organización es un *“aparato neutro movido a capricho por el que ostenta el poder”*<sup>588</sup>, *contrario sensu* la Administración es un conjunto de organizaciones articuladas que prestan su función armónicamente con el propósito de generar un bienestar generalizado. Por esta razón deben existir parámetros que conminen a quienes ejercen sus labores al interior de la Administración a tener un actuar apropiado. Pero

---

<sup>587</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de derecho administrativo*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 9.

<sup>588</sup> GASCÓN HERNÁNDEZ, J., “Los fines del Estado”, en *Revista de Administración Pública*, No.11, mayo/ agosto, 1953,p. 33.

dicho proceder no se consigue espontáneamente, por el contrario requiere el cumplimiento escrupuloso de una serie de postulados, para ello tenemos el principio de buen gobierno y buena administración.

No en vano existen mandatos constitucionales que le imponen un baremo a la Administración Pública en su quehacer, y no debemos olvidar que las Constituciones de Colombia y España establecen la cláusula de Estado social y democrático de Derecho. A tal efecto, a la Administración le atañe garantizar el bienestar general de los individuos de una forma efectiva y real, es decir, debe trascender la concepción liberal y acudir a mecanismos o herramientas conducentes a salvaguardar y hacer realidad los derechos fundamentales y los postulados constitucionales.

Respecto de la importancia del individuo al interior de la Administración, SANTAMARÍA PASTOR considera relevante el carácter democrático de la cláusula de modelo de Estado vigente en nuestros ordenamientos constitucionales. Es así como la Administración Pública deviene en una organización vicarial teniendo en cuenta la subordinación que le debe a quien es titular de la soberanía, por ende, a través de su estructura debe alcanzar los fines y anhelos constitucionales<sup>589</sup>.

Claramente la Administración debe satisfacer una serie de demandas exigidas por la sociedad, y, es a través de su quehacer por el cual se logra su cumplimiento. Por lo tanto, la Administración Pública en atención al interés general debe forjar mecanismos internos tendientes a su consecución, y reflejados en un actuar adecuado. Así es ineludible concluir que aparte de los controles constitucionalmente establecidos (controles fiscales, disciplinarios, defensor del pueblo etc.)

---

<sup>589</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J., *Principios de derecho...*, ob. cit., p. 68.

se requiere la formulación e implementación a cabalidad de una directriz que inste a la Administración para que ejerza un actuar ajustado al Derecho. Para satisfacer este requerimiento, consideramos que a través de la asistencia jurídica del Estado se coadyuvaría a lograr tal, no sólo debe ejercer la defensa del interés general ante el juez, también este cuerpo de abogados debe velar por el correcto funcionamiento jurídico antes que la Administración concrete un acto o adopte una decisión pública.

Complementando la argumentación realizada, NIETO GARCÍA<sup>590</sup> hace referencia a la presión constante a la que se ve sometida la Administración por la influencia de ciertos intereses privados, problema que se agudiza con la poca preparación que se predica al interior de la organización administrativa, en la técnica jurídica del Derecho administrativo.

Naturalmente la situación descrita por el autor en cita, es un factor potencial que incrementa las acciones judiciales en contra del Estado, y a ésta le agregamos la situación expuesta por NIETO GARCÍA, al considerar que en la jurisdicción contenciosa no todas las veces está imbricada la defensa del Derecho objetivo, por el contrario, se utiliza la defensa de intereses legítimos individuales. En este aspecto recordemos que no todos los asuntos son llevados a la jurisdicción contenciosa, ya sea por su irrelevancia (cuantía), o porque el legitimado para la causa no posee los conocimientos o recursos necesarios para acudir a defender sus intereses<sup>591</sup>. Para contrarrestar la situación descrita, es conveniente que los abogados del Estado sean por excelencia los encargados de la labor jurídica, dedicados a la defensa de los asuntos administrativos. Quehacer que no sólo debe desarrollarse

---

<sup>590</sup> NIETO GARCÍA, A., “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 76, 1975, enero/abril, p. 11.

<sup>591</sup> *Ibíd.*, p. 11 .

en los asuntos referidos a un proceso de responsabilidad, luego de ocurrido un daño o menoscabo a un individuo. A tal efecto, y en virtud de la buena administración y el buen gobierno jurídicamente debe generarse un apoyo previo al hecho dañoso, por parte del abogado del Estado.

Aquí cabe otra recomendación sencilla pero decisiva, el mismo cuerpo o institución encargado de la defensa, al conocer al detalle las causas recurrentes en los procesos en contra de la Administración, se constituye en una fortaleza porque podría evitarlas al construir conjuntamente las medidas necesarias para prevenirlas.

Resulta entonces sencillo admitir que la asistencia jurídica pública en la organización administrativa debe encontrarse permanentemente proactiva, al respecto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER precisa, “[p]uede parecer perogrullesca, pero es fácil convenir que la mejor defensa en juicio de las Administraciones públicas es que éstas actúen conforme a Derecho. Por ello que, precisamente en relación con tal defensa, para hacerla además más operativa y eficaz, es poco todo lo que se insista en la necesidad de asesorar en Derecho a la Administración activa”<sup>592</sup>. Este planteamiento tiene su sustento en el interés general por cuanto el quehacer administrativo debe estar siempre conforme a este principio, es más, dentro de un juicio se entra a verificar el cumplimiento de los fines que justifican el actuar que se encuentra sometido a debate.

Además de dicha afirmación y remitiéndonos a los postulados propios del Estado de Derecho, le corresponde a la Administración la observancia del principio de legalidad, es decir, en su labor debe verse

---

<sup>592</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La defensa en derecho de las administraciones públicas”, en *Revista de Administración Pública*, No 53, enero/abril, 1990, Madrid, p. 9.

reflejado el cumplimiento de las normas que le son aplicables. Por ello la asistencia jurídica permitirá de una manera uniforme y ordenada la posibilidad de generar comportamientos al interior de la organización administrativa sometidos a la ley.

La concepción de Estado social y democrático de Derecho, consagrada en la Carta, exige por parte del Estado el establecimiento de garantías tendientes al disfrute eficaz de los derechos de las personas, teniendo éste como uno de sus fines<sup>593</sup>. Así las cosas, podríamos afirmar que el Estado es el principal garante de los derechos que gozan las personas, ya que en principio es el defensor de los mismos<sup>594</sup>. Razón por la cual se le debe dar la relevancia necesaria a los servicios de asistencia jurídica, en el marco del buen gobierno y la buena administración como principios orientadores de la actividad administrativa en el fortalecimiento de la función administrativa.

La asistencia jurídica pública permitirá que los derechos de las personas adquieran especial relevancia en la elaboración de una política pública. Por lo tanto cuanto se parte de la premisa que la Administración al tener un buen asesoramiento, realizará y adoptará las medidas necesarias no sólo para la adecuada, oportuna y permanente prestación del servicio, también su actuar defenderá y salvaguardará los derechos fundamentales<sup>595</sup>.

Entonces la asistencia jurídica pública se impone como una organización que interviene en la gestión pública, orientándola en el ámbito jurídico. A tal efecto, contribuirá a diseñar e implementar políticas públicas en los diferentes entes administrativos, trayendo como

---

<sup>593</sup> SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ..., ob. cit.*, p. 189.

<sup>594</sup> *Ibíd.*, p.191.

<sup>595</sup> *Ibíd.*, p.191.

consecuencia el establecimiento de mecanismos que impidan la concreción de actos que representen un daño para el administrado o simplemente un acto de mal actuar. De esta manera, al darse un correcto asesoramiento en Derecho al interior de la Administración, los hechos que en materia jurídica representen un acto del mal gobierno o mala administración se reducirán.

Así las cosas, la razón de la asistencia jurídica la soporta el deber que tiene la Administración de generar procesos acordes a los postulados constitucionales. Es entonces cuando la asistencia jurídica pública se impone como mecanismo encaminado a guiar a la Administración, para que ésta genere prácticas administrativas certeras<sup>596</sup>, basadas en criterios jurídicos detallados y rigurosos generadores de una función administrativa acorde con el buen gobierno y la buena administración.

En este plano, MINGARRO DE LOS MADRILES considera que el *“interés general motiva el nacimiento de la norma, y la realización de ese interés general depende precisamente del cumplimiento de la norma”*<sup>597</sup>. Pues bien, para determinar el cumplimiento de esa norma se requiere de profesionales que generen acciones tendientes a promover su satisfacción.

Analizando otro punto, luego de la postguerra, se vio como el Estado aumentó de tamaño penetrando todas las esferas de la vida social, lo que generó una mayor posibilidad de ser accionado por el ejercicio omiso o defectuoso en su actuar, aunado a las garantías constitucionales que permitieron extender el abanico de personas que podían encausar a la Administración.

---

<sup>596</sup> GRAFE ARIAS, F., Y STRAZZA, L., *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?*. Banco interamericano de Desarrollo, 2014, p. 23.

<sup>597</sup> MINGARRO DE LOS MADRILES, L., *El abogado en la historia: un defensor de la razón y de la civilización*, Civitas, Madrid, 2001, p. 34.



HERNÁNDEZ BURBANO, a nuestro modo de ver, expresa la realidad particularmente del Estado colombiano que requirió la creación de la asistencia jurídica pública.

*“De otra parte, los atropellos constantes a la democracia en cabeza de la irresponsabilidad institucional, la violación flagrante de los mínimos fundamentales, la permanente rotación de abogados de planta defensores del Estado, la polución normativa y procesal, la continua afectación fiscal al erario público, entre otros; condujeron a debilitar la estructura estatal principalmente en términos de defensa jurídica, por ello se reparó en la necesidad de construir modelos estratégicos y aplicar buenas prácticas en la gestión del litigio del Estado, es decir la defensa de sus intereses que redundarían en la construcción de un Estado Social de Derecho fortalecido por los principios democráticos y la eficiencia en el ejercicio de su quehacer como administrador”<sup>598</sup>.*

Ante la creciente probabilidad que el juez declare al Estado responsable por un daño, éste último decidió hacerle frente a dicha situación<sup>599</sup>, mirando el problema desde una sola arista. Le interesó la parte fiscal y como resultado le preocupó afectar al erario, como consecuencia del pago de sentencias judiciales en las que resultaba condenado el Estado.

---

<sup>598</sup> HERNÁNDEZ BURBANO, M., *Defensa jurídica del Estado Colombiano en la actividad litigiosa: ¿Una estrategia de eficacia judicial o un presupuesto de garantía patrimonial?*. Tesis maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2013, p. 12.

<sup>599</sup> *Ibíd.*, p. 1 ss.

En realidad vemos como surgió la necesidad de generar herramientas para la defensa jurídica del Estado por su mal actuar. A nuestro juicio esta posición constituye un yerro, puesto que el estudio partió desde el punto final, debiéndose iniciar no desde la sentencia, lo cual si bien en principio puede generar la creación de estrategias en la defensa, no permite erradicar los actos que posteriormente impliquen un proceso de responsabilidad.

Luego del análisis realizado en este trabajo, resultaría ilógico partir únicamente del punto del “pasivo contingente”, o posibles obligaciones a pagar. Creemos que el problema no se centra en la *litis*, sino que debe trascender a un plano previo, teniendo en cuenta que al fin y al cabo la actuación administrativa deberá servir al interés general, por lo cual suponemos que el problema de la asistencia jurídica debe tener una visión transversal que parta del sometimiento del actuar administrativo a los postulados constitucionales desde el inicio de la actuación de la Administración<sup>600</sup>.

Manifiesta MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que la defensa de las instituciones públicas suele plantearse desde una perspectiva procesal refiriéndose a “*excepciones, plazos, requisitos de quienes hayan de ejercer su postulación, sistema de notificaciones, etc.*”<sup>601</sup>, situación que tiene toda la relevancia, pero resulta exigua para el tema al que nos referimos. Por cuanto la asistencia jurídica al interior de las instituciones administrativas, a diferencia de las que pueden darse en las relaciones entre particulares, tiene como elemento principal que defiende a la Administración, y ésta tiene como finalidad servir con objetividad los intereses generales. Esto deviene en que no sólo nos debemos detener en el proceso judicial, el cual claramente ya se

---

<sup>600</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La defensa en derecho...”, *ob. cit.*, p.8.

<sup>601</sup> *Ibíd.*, p. 7

encuentra establecido, ni tampoco a medir el éxito de la defensa, o en apropiarse de partidas para responder por el fallo condenatorio. Bajo esta óptica se llegaría a pensar que el Estado sabe que es mezquino e infractor de los derechos y que con dinero solventa su mal actuar. Contrario a lo anterior, debemos considerar lo analizado en los dos capítulos anteriores, los cuales nos permitieron dar una visión de los parámetros bajo los que se debe ver circunscrita la función administrativa, es decir en la permanente observancia del buen gobierno y la buena administración.

Es así como la asistencia jurídica a través de la defensa y el asesoramiento, contribuye para que la Administración, desde un punto de vista jurídico, cumpla con los fines constitucionales en la toma de decisiones públicas. De igual forma, dentro del proceso contencioso administrativo, con una actividad preventiva, eficiente, y a través de la labor del abogado del Estado se podrá ejercer de manera más adecuada, ya que cuenta con mayores elementos para determinar el correcto actuar de la Administración a la luz de los postulados constitucionales.

En este punto, nos preguntaríamos si el análisis de la asistencia jurídica pública puede predicarse de cualquier otra entidad administrativa, ello en el entendido que todas tienen por fin servir con objetividad al interés general y tener obediencia a los postulados constitucionales y en general al Derecho.

Pues bien, para hacer ver la relevancia de esta institución debemos partir que independientemente del modelo que se siga para defender los asuntos jurídicos, y en particular los litigiosos del Estado, para nuestro caso nos detendremos posteriormente en analizar los establecidos en España y Colombia. Observamos que “la

*Administración Pública aparece colocada en el lugar y en los derechos de los miembros de la comunidad, a los que sustituye, por ministerio de la ley, en la titularidad de los intereses públicos*<sup>602</sup>, los cuales debe conseguir, pero su defensa se encuentra en cabeza de la Abogacía del Estado, ejercida desde la misma actividad que ejerce la Administración y es en virtud de dicho interés general que acudirá a los estrados judiciales a defenderlo, sobre los intereses particulares que alegan violentados los individuos.

Los escépticos sostendrían que la institución encargada de la asistencia jurídica pública defiende los intereses públicos, es decir, los intereses propios de la Administración y no el interés general. Pero a ello diríamos que quienes consideran la existencia de un interés público y uno general se encuentran equivocados. Debemos recordar que el interés general es el que legalmente se le exige a la Administración. Además, de existir un interés público el mismo debería parangonarse con el interés general, es decir, no hay razón para concluir que son contradictorios<sup>603</sup>, por cuanto de ser así, los entes públicos irían en contravía del Derecho.

Ahora bien, también se generarían preguntas referentes al papel que desempeñan otras instituciones, es el caso del Defensor del Pueblo. Se debe decir que dicha institución tiene por objeto el control para que no se lesionen los derechos fundamentales. Por ello la asistencia jurídica pública no se solapa ni se contrapone con este tipo de

---

<sup>602</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo...”, ob. cit., p. 851.

<sup>603</sup> MOESSA DE SOUZA, L., “Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para concretização do estado democrático de Direito”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009, p. 95. “Para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus cidadãos, a garantia desses direitos torna-se também um autêntico interesse público”.

instituciones, por cuanto la misma permite el fortalecimiento del buen gobierno y la buena administración, ello en el sentido en que la misma no deviene en un control, sino por el contrario, en materia de asesoramiento permite determinar directrices que prevengan la asunción de hechos que constituyan mala administración o mal gobierno, es decir, aquella función será continua y no esporádica como puede ser en la institución de la Defensoría del Pueblo, la cual puede iniciarse de oficio, pero en la práctica la mejor forma para que estas instituciones investiguen es por medio de quejas presentadas por los individuos.

Ya en el proceso encontramos la siguiente situación que DE LA MORENA Y LA MORENA nos expone *“Que en los supuestos en que una actuación administrativa vulnere, por negligencia o dolo de los funcionarios actuantes, los intereses públicos, los ciudadanos no estarán legitimados ante los jueces para impugnarla en defensa de aquéllos, a no ser que tal vulneración se proyecte también, por vía refleja, sobre sus propios intereses privados (derechos reaccionales); de esta manera se viene a poner a los jueces al servicio de los administrados (no de la Administración) y a los administrados al servicio de los intereses privados (no al de los intereses públicos). Legitimar, supletoriamente, en defensa del interés público, al Ministerio Fiscal, a la Abogacía del Estado y, excepcionalmente, para supuestos muy concretos, a los propios ciudadanos por medio de la acción popular (el Defensor del Pueblo no lo es específicamente del interés público)...”*<sup>604</sup>.

Pues bien, encontramos que el Defensor del Pueblo en los procesos específicos asume la defensa de intereses particulares, en

---

<sup>604</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo..., *ob. cit.*, p. 870.

otras palabras asume el interés del individuo por la presunta agresión o lesión de sus derechos.

De otro lado, al interior del proceso vemos la existencia del Ministerio Fiscal, Procuraduría o Ministerio Público. A nuestro modo de ver su actuar tiene por objeto la defensa del interés general en la correcta impartición de justicia, garantizando el cumplimiento de la ley por parte del juez, es decir, que el juicio en el que es parte la Administración se dé con las garantías absolutas para ambas partes.

Manifestamos en el segundo capítulo que el buen gobierno y la buena administración deben verse reflejados desde el inicio de la actividad administrativa, lo anterior apunta a la necesidad de realizar un asesoramiento jurídico constante y no esporádico, ello redundaría en la consecución del interés general por cuanto la labor en el aspecto jurídico permitiría ser más uniforme, coherente y por ende resultaría adecuado el actuar de la Administración.

Para dicho propósito se requiere contar con un grupo de abogados afianzados en el tema, pero esta afirmación no va dirigida a la contratación de un mayor número de profesionales del Derecho por parte de la organización administrativa. Sobre el tema se trae a colación el estudio que realizaron GRAFE ARIAS y STRAZZA, para el Banco Internacional de Desarrollo<sup>605</sup>, referido a la defensa jurídica en Latinoamérica. Manifiestan que luego de analizar este fenómeno se concluyó:

*“Sin embargo, esta mayor dotación de abogados no se tradujo en aumentos sustanciales de la efectividad, entendida*

---

<sup>605</sup> GRAFE ARIAS, F., Y STRAZZA, L., *¿Es efectiva la defensa jurídica...*, ob. cit., p. 19.

*como una reducción significativa de los fallos desfavorables, o parcialmente desfavorables, para el Estado en los tribunales.*

*La segunda respuesta consistió en modificar el modelo de gestión mediante la introducción de estrategias de prevención del daño antijurídico –a través de un rediseño de los procedimientos administrativos y la capacitación de los funcionarios públicos–, la instalación de nuevos sistemas de información para facilitar una gestión más eficaz de los procesos de trabajo y del conocimiento (antecedentes, jurisprudencia, etc.), y una mejor comprensión por parte de los abogados de las estrategias de defensa ante los tribunales”<sup>606</sup>.*

Consideramos que en la segunda conclusión transcrita radica el punto cardinal de la correcta asistencia y posterior concreción de mecanismos adecuados de defensa. Esto implica no sólo una posible transformación organizativa al interior de la Administración, se requerirá también del compromiso de los empleados o servidores con su labor, situación que se contrapone con la realidad si se tienen en consideración los continuos escándalos de mala administración que aquejan a nuestras administraciones, los cuales dimanar entre otras razones por las personas que trabajan para la Administración, quienes no siempre sirven para salvaguardar el interés general. Igualmente, no todas las veces las decisiones de la Administración son acordes con los postulados constitucionales. Para ello a partir del rol que desempeña el abogado del Estado como defensor de la legalidad, se puede hacer frente a estos fenómenos que suceden al interior de la organización administrativa.

---

<sup>606</sup> *Ibíd.*, p. 19.

Sin querer ser redundantes, el Estado social y democrático de Derecho le impone una obligación a la Administración de actuar de manera proba, y por ello consideramos que los abogados del Estado deben contar con un gran prestigio por sus conocimientos en materia litigiosa, hecho que se debe constituir en una fortaleza desde un punto de vista jurídico, y a la vez conjugarse con el asesoramiento, trayendo como resultado poder determinar los elementos que se deben tener en cuenta para que la organización administrativa se adecúe a los postulados constitucionales.

Adicionalmente, para la consecución de este logro en materia jurídica, la asistencia se impone como un derrotero para la generación de buenas prácticas que se centran en el rol del abogado del Estado al interior de la Administración. Esta exigencia la encontramos en la definición de abogado establecida en el artículo 6 del Real Decreto 658 de junio 22 de 2001:

*“Corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico.”*

Observamos entonces que desde la definición de este profesional se le impone una labor de asesoramiento o preventiva antes que contenciosa.

Sin lugar a dudas el asesoramiento tiene una doble finalidad, y se materializa en el diseño e implementación de políticas públicas, a fin de ejercer un correcto actuar, cuyo objetivo es la protección que debe



brindar la Administración a los individuos. La otra, es evitar causar daños por parte del Estado y por ende proteger el erario<sup>607</sup>.

Lo anterior, nos permite inferir que esta labor se impone como paradigma y núcleo en la formación del buen gobierno y la buena administración al interior de las instituciones públicas. Para ello deberemos determinar en qué consisten la defensa y el asesoramiento.

### **3.2.1 EL ASESORAMIENTO POR PARTE DE LOS ABOGADOS DEL ESTADO A LA ADMINISTRACIÓN.**

#### **3.2.1.1 Definición de la asesoría y sus efectos en el buen gobierno y la buena administración.**

La asesoría jurídica del Estado debe estar a cargo de un organismo eminentemente técnico de carácter autónomo, dentro de sus funciones es el responsable de ejercer la supervisión de legalidad en el actuar del Ejecutivo, todo con el propósito de garantizar el interés general. De esta manera asesoraría a la Administración y al Gobierno respecto de los asuntos en Derecho que requieran de la experticia jurídica, pero especialmente el carácter de su función será preventivo con el propósito que los postulados constitucionales que justifican la existencia de las instituciones administrativas se cumplan.

---

<sup>607</sup> COLOMBIA, COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y OFICINA JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Defensa judicial y prevención del daño antijurídico: elementos para la formulación de una política de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico en la Procuraduría General de la Nación. “Uno de los escenarios que mayor preocupación genera a los órganos de control encargados de proteger el patrimonio público, lo constituye la afectación de este derecho colectivo ante las multimillonarias erogaciones patrimoniales efectuadas por entidades de derecho público, producto de acuerdos conciliatorios extrajudiciales y de sentencias condenatorias proferidas en contra de aquellas, con ocasión de sus acciones u omisiones antijurídicas” Bogotá, Serie Prevención No. 3, 2007. p. 13.

También este cuerpo de Abogados debe tener un centro decisional, a fin de tener unidad de doctrina administrativa en sus directrices, lo cual redundará en la igualdad real y efectiva de las relaciones entre la Administración y el individuo. De otro lado se evita la proliferación o dispersión de conceptos legales diferentes sobre un mismo tema que tiene como consecuencia inseguridad jurídica y malas prácticas.

Sabemos que los litigios son imposibles de evitarlos en su totalidad, sin embargo es evidente la necesidad de implementar coordinación, cooperación y colaboración al interior de los servicios jurídicos, además de tomar las medidas correctivas y preventivas necesarias para evitar litigios innecesarios. Todas estas actividades hacen que la asistencia jurídica pública sea una función eminentemente técnica, que debe ser robustecida con prácticas y estudios sobre determinados temas que ameriten ser adelantados y ejercidos por profesionales idóneos del Derecho.

Así, de conformidad con los planteamientos señalados el asesoramiento redundará en el acometimiento de los fines constitucionales, y permite materializar los pilares sobre los que descansa el buen gobierno y la buena administración, por cuanto:

(i) En primer lugar, se realizará una supervisión de la legalidad, elemento importante para todos los poderes públicos, pero en especial para el Ejecutivo. Por otro lado, la prevención impide la generación de hechos constitutivos de mala administración o mal gobierno. Alcanzados estos propósitos mejorarán los índices de legitimidad frente al ciudadano en la función administrativa y se evitará que se causen daños injustificados que devengan en un litigio.

(ii) En segundo lugar y al ser garantizada la legalidad permitirá que el centro sobre el cual gira la actuación administrativa sea la persona, en el sentido en que al cumplirse con los postulados constitucionales se garantizará la correcta prestación de una función administrativa.

Por consiguiente, los procedimientos formalizados al interior de la Administración, estarán encaminados en atender las necesidades de la comunidad. Paralelamente si se realizan planes adecuados de prevención, el proceder administrativo estará cobijado con un halo de calidad, eficiencia y eficacia. De esta suerte, en la toma de decisiones administrativas se eliminará en gran porcentaje la arbitrariedad, en virtud del análisis preventivo elaborado por el abogado del Estado.

Para ilustrar mejor el caso, a título de ejemplo pensemos en el dictamen de un abogado del Estado en materia de procedimientos médicos referido a las causas y las consecuencias por las que se condena a la Administración, originadas por fallas en el otorgamiento del consentimiento informado<sup>608</sup> en la prestación de servicio a niños, niñas y adolescentes. De este examen encontramos como en la jurisprudencia colombiana se han fijado, en esta materia, subreglas las cuales deben ser de pleno conocimiento por los abogados del Estado, *v.gr.*, en principio son los padres o representantes legales quienes autorizan el consentimiento informado en el caso de los niños, las niñas

---

<sup>608</sup> Entendemos por consentimiento informado “El derecho que tiene el paciente a expresar de manera inequívoca su voluntad para que se practique en su persona una intervención quirúrgica, se aplique una terapéutica, se adelante un procedimiento o se aplique o prescriba un medicamento o tratamiento, luego de recibir una información para él comprensible, clara, adecuada, suficiente, veraz, integral y oportuna por parte del médico, en relación con su estado de salud – condición física-psíquica -, así como las diferentes posibilidades de tratamiento, perspectivas favorables y desfavorables, riesgos y efectos secundarios y adversos que puede experimentar, con la finalidad de que aquél decida sobre el tratamiento y pueda asumir las consecuencias que de él se derivan” SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ...*, *ob. cit.*, p. 313.

y adolescentes, por cuanto en principio ellos no tienen capacidad para decidir. Aunque, existe otra excepción, son aquellos casos drásticos en los cuales se ve comprometido el estado físico o mental del menor, aquí son los padres o representantes legales los encargados de otorgar el consentimiento informado paterno, antes que el menor cumpla los cinco años, dicho consentimiento debe ser cualificado y persistente<sup>609</sup>. Este tema en general parece ser elemental, sin embargo es fundamental que lo conozcan los abogados del Estado para que ejerzan una adecuada prestación de los servicios jurídicos y no incurrir en errores.

En este caso analizado creemos que debe ser complementado con otra herramienta, se trata del trabajo mancomunado del cuerpo médico y el equipo interdisciplinario de la entidad prestadora del servicio hospitalario, tendiente a crear mecanismos que contrarresten o eviten las fallas en el servicio referidas al consentimiento informado que lesionen los derechos de los pacientes, además se previene un potencial litigio en el que se condene a la Administración.

(iii) En tercer lugar, observamos que la prevención tiene mayor utilidad si se aplica de manera uniforme en la Administración, para nuestro ejemplo en todas las instituciones públicas de salud, por cuanto de implementarse en sólo una institución, las demás corren el riesgo de realizar malas prácticas en el servicio médico.

(iv) En cuarto lugar, el interés general es la prioridad y el eje sobre el cual pivota cualquier actuación administrativa. Razón

---

<sup>609</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-377 de mayo 12 de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-551 de agosto 2 de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-692 del 16 de noviembre de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C. Sentencia T-1390 del 12 de octubre de 2000, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-850 de octubre 10 de 2002, M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-1025 del 27 de noviembre de 2002, M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-560A del 27 de julio de 2007, M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.

suficiente para que al interior de la Administración se preocupen por su salvaguarda desde el inicio de su actuación. Pensamos que el más indicado es el abogado del Estado<sup>610</sup>.

(v) En quinto lugar, debe existir la inquebrantable labor del abogado del Estado en persuadir e inducir a los encargados de dirigir la Administración y el Gobierno de someterse al interés general y así evitar generar daños catastróficos para el Estado<sup>611</sup>. Con ocasión de ello sus informes deben ser técnicos, precisos y soportados, para ilustrar los pro y los contra que acarrea actuar de determinada forma. Sin embargo, puede ocurrir que la Administración o el Gobierno se aparte de estos conceptos. A tal efecto, debe realizar una acuciosa motivación de las razones por las que no se adhieren al dictamen, situación que debe ser observada con detenimiento por los órganos de control, y es otra instancia que puede intervenir para que la gestión administrativa atienda su misión encomendada.

Finalmente, y aparte de las garantías que se generan *ex ante* del proceso, el asesoramiento en Derecho permite generar mejores procesos de defensa, optimizando el indicador de éxito en los estrados, por lo que el asesoramiento encuentra su conexión clara con la defensa<sup>612</sup>.

Ahora bien, una vez establecida una noción de asesoramiento es necesario entrar a estudiar los elementos que deben estar presentes para que al interior de la organización administrativa, se dé un

---

<sup>610</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Legalidad y buena administración*, Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 67.

<sup>611</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “A Advocacia de Estado revisitada assencialida de ao Estado Democrático de Direito”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009, p. 44.

<sup>612</sup> ABOGACÍA DEL ESTADO, *La asistencia jurídica al Estado en el siglo XX*, primer congreso de la Abogacía del Estado, 16 y 17 de diciembre de 1999, Elcano, Aranzadi, 2000, p. 30.

asesoramiento adecuado por parte de la institución encargada de prestar los servicios de asesoría jurídica pública.

### **3.2.1.1.1 La legalidad en la asistencia como garante de los fines administrativos.**

Para que se pueda predicar la existencia de buena administración y en consecuencia la materialización de un Estado social y democrático de Derecho, se requiere según DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO contar con instituciones fuertes de control de legalidad, cada vez más prestigiosas<sup>613</sup>, por cuanto:

*“La primacía del Derecho, que es a la que precisamente obliga el Estado de Derecho, debe proyectarse en toda la actuación de los Poderes públicos. No es sólo un fin en sí misma y, en ocasiones, la ausencia de la acomodación puede permitir incluso cuestionar la legitimidad misma en la que se fundamenta el título de la actuación que se enjuicia”<sup>614</sup>.*

En este contexto, la Administración Pública debe actuar conforme a Derecho, basándose en el principio de legalidad, el cual tiene estrecha relación con el buen gobierno y la buena administración. De cumplirse esto, encontraríamos la realización de los fines del Estado, lo que trae consigo la garantía de la dignidad.

El sometimiento a la legalidad no debe ser entendido en un sentido estricto, por el contrario debe ser armonizado con los demás

---

<sup>613</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “A Advocacia de Estado revisitada..., *ob. cit.*, p. 29.

<sup>614</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La defensa en derecho..., *ob. cit.*, p. 9.

valores, principios y fines que debe seguir la Administración<sup>615</sup>, de este modo se necesita introducir un mecanismo que los conjugue y asegure una gestión jurídica vigorosa. Más aún, el cumplimiento de los postulados constitucionales y los derechos fundamentales no debe tenerse únicamente como un límite a su actuar, sino como un elemento que en conjunto dota de inspiración a la función administrativa. Son estas razones la base para que se cuente con el apoyo jurídico desde el punto de vista de asesoramiento y consejo a la Administración.

Es oportuno anotar que la labor de asesoramiento jurídico como control previo afianza el principio de legalidad, a diferencia de lo anotado por DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO y teniendo en cuenta el estudio realizado por el Banco interamericano de Desarrollo, mencionado anteriormente, se demostró que el establecimiento de controles previos en algunos casos hacen más lenta la toma de decisiones. Por lo tanto es aconsejable fomentar las prácticas administrativas *“basadas en criterios jurídicos rigurosos mediante protocolos claros y generalmente aceptados”*<sup>616</sup>.

Consideramos parcialmente aceptable esta posición, pero no nos adherimos totalmente. El riesgo de generar protocolos o documentos preestablecidos es el alejamiento paulatino de la realidad administrativa y de las necesidades de las personas, ello en el sentido que sabemos que la mecánica de la sociedad es dinámica, y, si bien determinado proceso al interior de la Administración en sus inicios aparentemente puede funcionar, sin embargo, el mismo puede

---

<sup>615</sup> GRANDE JÚNIOR, C., “Advocacia pública estudo classificatório de direito comparado”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009, p.67.

<sup>616</sup> GRAFE ARIAS, F., Y STRAZZA, L., *¿Es efectiva la defensa jurídica...*, ob. cit., p. 23.

quedarse rezagado a la hora de tener contacto con el individuo como destinatario de la actividad administrativa.

De esta manera, si queremos tener una asesoría acorde con la buena administración y el buen gobierno, la misma debe darse atendiendo las directrices o parámetros establecidos por la entidad, luego de haberse surtido un estudio juicioso de las causas que pueden originar los riesgos jurídicos al interior de la Administración. El análisis que se requiere debe ser constante a fin de estar al tanto de las necesidades administrativas.

En este contexto GRANDE JÚNIOR piensa que la Administración Pública debe contar con el asesoramiento jurídico previo y posterior que le facilita detectar oportunamente la práctica de actos configurativos de mal gobierno o mala administración<sup>617</sup>. En este punto surge la valiosa intervención de los abogados del Estado, que desempeñan su función de asesoramiento y por ende permiten el sometimiento a los postulados constitucionales y legales por parte de la organización administrativa<sup>618</sup>.

En este mismo sentido, la asesoría *ad intra* contrarresta la arbitrariedad<sup>619</sup>, por lo que resulta un hecho indiscutible, en el ejercicio de la asesoría jurídica establecer directrices para comprometer a los agentes públicos a ceñirse a los comportamientos que admitan la consolidación del buen gobierno y la buena administración.

En suma, la asesoría jurídica previa propicia el fortalecimiento de la mejora continua en la actividad administrativa, además coadyuva

---

<sup>617</sup> GRANDE JÚNIOR, C., “Advocacia pública estudio ..., *ob. cit.*, p. 65.

<sup>618</sup> *Ibíd.*, p. 65.

<sup>619</sup> MOESSA DE SOUZA, L., Autonomia institucional da advocacia..., *ob. cit.*, p. 100.



a formular políticas públicas basadas en el resultado del examen juicioso que sobre el terreno se efectúe, y, hace que se estudien las mejores alternativas para adoptar finalmente la que más se adecúe al interés general<sup>620</sup>.

Así mismo, expresa LOPES DE TORRES que de ejercerse una asesoría jurídica armónica respetando los postulados constitucionales permite que el Gobierno cuente con un alto grado de responsabilidad y a la vez “*impide la politización excesiva de la administración...*”<sup>621</sup>. En consecuencia, manifiesta el autor, surge la necesidad “*de un cuerpo técnico permanente para el ejercicio de esas funciones de Abogacía al Estado. Eso permite un control preventivo de las acciones de la Administración, evitando crear dudas en los administrados*”<sup>622</sup>.

En ese orden de ideas, la asesoría jurídica pública no se erige como una herramienta instrumental utilizada al libre albedrío. En el modelo actual de Estado es de obligatorio y permanente cumplimiento y debe irradiar en el actuar interno como externo de la Administración y del Gobierno. En este punto, LOPES DE TORRES cree que la asesoría no se puede limitar a la utilización de piezas o herramientas determinadas, por el contrario, se debe tener en consideración la ciencia del Derecho, que conduce a precisar mejores formas de gestión en los asuntos públicos en relación con el ordenamiento y la realidad<sup>623</sup>.

### **3.2.1.1.2 La necesidad de autonomía en la asistencia jurídica pública.**

---

<sup>620</sup> LOPES DE TORRES, R., “A responsabilidade do advogado de Estado em sua função consultiva”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009, p. 151.

<sup>621</sup> *Ibíd.*, p. 151.

<sup>622</sup> *Ibíd.*, p. 151.

<sup>623</sup> *Ibíd.*, p. 153.

La asesoría y en general la asistencia jurídica pública debe ser autónoma, para evitar en principio la interferencia de intereses que estén en contravía del interés general.

Sin duda la actividad estatal está dirigida a materializar los derechos fundamentales de una forma real y efectiva, y como corolario de lo anterior se generan “*instrumentos de participación de la sociedad en el ejercicio del poder Estatal (...) Se rompía, de esta forma, uno de los paradigmas del Estado moderno, considerado hasta entonces como un tabú político, según el cual todas las atribuciones deberían gravitar alrededor de la ley...*”<sup>624</sup>.

DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO explica esta nueva concepción del Estado circunscrita a la protección especial de la persona, de este modo exige la adopción de un nuevo tipo de funciones, denominadas por el autor funciones en el Estado, desarrolladas por medio de la vigilancia, control y promoción de los derechos fundamentales<sup>625</sup>. Este tipo de funciones deben ser instrumentalizadas por instituciones autónomas para facilitar el cumplimiento de los fines estatales<sup>626</sup>, pero además garantizan un quehacer neutral e imparcial, al eliminarse las injerencias que puedan suscitarse al interior de la institución<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho: un estudio de caso en Brasil”, en *Revista de Administración Pública*, No. 183 septiembre/diciembre, 2010, p. 16-17.

<sup>625</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>626</sup> *Ibíd.*, p. 21-22. Respecto del interés general muy apropiadamente manifiesta el profesor brasileiro que si bien el Parlamento es por el cual se debe materializar y definir el interés general, aquel se ha visto incapaz de lograr esta función, ello teniendo en cuenta el crecimiento de la sociedad en la que vivimos actualmente, en la que se hace imposible por parte de este órgano definir todos los interés, que son demandados para la garantía y realización por parte del Estado.

<sup>627</sup> *Ibíd.*, p. 23 “Es un fenómeno que no sólo manifiesta una revolución democrática en el Derecho, sino que representa además una de las transformaciones más importantes de la actualidad, porque in- forma, simultáneamente, varios otros cambios jurídicos y brillantes construcciones jurídico-políticas, tales como, entre tantas, el neo-constitucionalismo, la democratización de la aplicación del Derecho y la

No obstante, nos encontramos con un problema referido a la asistencia jurídica al Gobierno. A juicio de FIGUEIREDO MOREIRA NETO <sup>628</sup> los agentes políticos en ocasiones no se encuentran tan interesados en acatar las directrices dadas en virtud del asesoramiento. Al respecto, la literatura española no ha sido indiferente al tema, vemos como de forma muy adecuada y sintética DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO manifiesta que el Gobierno puede impartir ordenes que no se caracterizan por la objetividad y el servicio al interés general. Esto nos pone de manifiesto tres situaciones a las que se enfrenta el abogado del Estado y lo pone en una encrucijada a saber; solicitud de actuar en una forma contrariando la legalidad; proferir informes que respalden un actuar que a todas luces contraría el ordenamiento, pero en el cual se justifique el mismo o emitir informes en donde la ilegalidad no es del todo absoluta.<sup>629</sup>

Frente al problema planteado DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO ve la necesidad de contar con un cuerpo colegiado encargado de tomar las directrices para impedir caer bajo el yugo de la presión. De igual forma, se le quita al abogado la incertidumbre de perder el puesto por no actuar obedeciendo las imposiciones de sus superiores.

Las funciones neutrales denominadas por DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, justifican la necesidad de crear órganos que incluyan el de la asistencia jurídica pública, siempre y cuando sean independientes

---

legitimación de todo tipo de decisiones que no deban ir a remolque de los intereses de partidos políticos, de suerte que las nuevas funciones neutrales del Estado se insertan entre los más efectivos medios de control cruzado sobre todas las manifestaciones de poder.”

<sup>628</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “A Advocacia de Estado revisitada..., *ob. cit.*, p. 44.

<sup>629</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., “La autonomía profesional del abogado del Estado”, en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 777.

del Ejecutivo, esto permite la adecuada concreción del interés general. Desde este punto de vista, somos conscientes de las barreras legales que tiene este modelo, más aun, de la presencia de esquemas orgánicos formalizados en cada país. Pese a ello, creemos firmemente que este tipo de instituciones deben ser blindadas con ciertas garantías en aras de cumplir el objetivo de su creación<sup>630</sup>.

Esto implica que la asistencia jurídica no debe ser instrumental, por el contrario debe ser principal y caracterizarse por su calidad para prevenir la práctica de actos constitutivos de mala administración y de mal gobierno, en consecuencia evitar litigios innecesarios y con ello cuidar el erario. A cambio se podrían utilizar los recursos destinados a pagar sentencias en atender verdaderas prioridades que mejoren el desempeño de la función administrativa.

Consideramos que dentro de esta nueva forma de ver las funciones ejercidas por el Estado, la asistencia jurídica está inmersa en el ejercicio de la actividad administrativa, pero debe dotársele de autonomía administrativa y jurídica. En esta medida, se garantiza una mejor vigilancia a los derechos fundamentales<sup>631</sup>, y si la misma se realiza de una manera uniforme y rigurosa puede tener una mejora sustantiva en la función administrativa al cumplir con su tarea jurídica, pero también permitiendo mayores índices de legitimidad en el actuar administrativo. De otra parte, si la función de asistencia jurídica se ejerce de manera autónoma permite la concreción de las

---

<sup>630</sup> Debemos mencionar que existen instituciones de la abogacía del Estado por creación constitucional, constituyéndose como organizaciones autónomas e independientes de las demás funciones del Estado, es el caso de la Constitución DE Brasil que en el artículo 131 preceptúa “ La Abogacía General de la Unión es la institución que, directamente o a través de un órgano vinculado, representa a la Unión, judicial y extrajudicialmente, siendo competencia suya, en los términos en que la ley complementaria dispusiese sobre su organización y funcionamiento las actividades de consulta y asesoramiento jurídico del poder Ejecutivo”.

<sup>631</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “Nuevas funciones constitucionales...”, *ob. cit.*, p. 23.

demandas que requiere la sociedad actual, que es compleja, y como vimos, cada vez más exige una Administración que ejerza un servicio de excelencia ajustado a los cambios sociales que suceden.

Reiteramos entonces que la asistencia jurídica pública debe ser autónoma al poder ejercido por la entidad que se esté asesorando o asistiendo, por cuanto de ser prestado directamente no se garantiza efectividad debido a la vulnerabilidad que tiene el empleado, al verse sujeto a presiones que no le permiten desempeñar de manera objetiva una tarea que se encuentre al servicio de los intereses generales.

Igualmente, y como acertadamente está consagrado en el preámbulo del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849, el cual dio vida a los orígenes a la Abogacía del Estado de España, preceptuó:

*“Es cierto que hoy existen varios asesores a quienes se consultan los puntos de derecho; pero cada uno de ellos obra aisladamente, falta el centro que es siempre indispensable para dar unidad al sistema para que haya homogeneidad (...) Además, los asesores no tienen ningún género de intervención en los negocios que penden ante los Tribunales, y ésta debe ser la atribución más importante y principal de la Dirección que se trata.”<sup>632</sup>.*

Los argumentos expuestos también conducen a colegir que los servicios de asistencia jurídica deben gozar de autonomía y transversalidad, al constituirse en un órgano central encargado de dar las directrices, tanto en la asistencia como en la defensa, así que, su doctrina se verá aplicada de manera uniforme y enriquecida con las experiencias de los diferentes retos a los que la Administración se ve

---

<sup>632</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto del 28 de Diciembre de 1849, Preámbulo.

enfrentada, permitiendo generar mejores planes de contingencia. Por lo tanto, la asesoría y la defensa no deben verse aisladamente, por el contrario, el éxito de uno se predicará del otro.

#### **3.2.1.1.3 La necesidad de asesoría por una institución u órgano: especialidad.**

Es importante que la asesoría y en general la asistencia jurídica, referida a la Administración, goce de una autonomía funcional que admita ejercer un adecuado análisis jurídico en la adopción de las decisiones públicas, pero en la práctica acuden diversos órganos, instituciones, funcionarios y bufetes de letrados que brindan su dictamen para que la Administración o el Gobierno se documente y pueda tomar una decisión.

Ahora bien, observamos que tal diversidad de informes puede generar suspicacias y contradicciones tanto en los procesos internos como en la toma de decisiones públicas, debido a que sobre un mismo punto jurídico pueden concurrir dictámenes, informes o conceptos diferentes. Además, existe el riesgo latente para la Administración y el Gobierno que surjan actos de corrupción. Para el caso de nuestro estudio, podrían verse reflejados en la sustentación de un acto que a todas luces puede ser ilegal, materializado en un informe interno o en un informe externo elaborado por un bufete particular.

También preocupa de singular manera como en la práctica administrativa se observa que muchas decisiones requieren ser tomadas en un lapso de tiempo corto dada su importancia y premura. En este caso, se utilizan otro tipo de servicios jurídicos que pueden ser de más fácil acceso, más rápidos. Para ilustrarlo con un ejemplo, es pertinente citar el caso que se advierte constantemente en la

Administración, y tiene que ver con la contratación de servicios de un bufete prestigioso y especializado en determinada rama del Derecho para que elabore un concepto técnico singular. Sin embargo, el concepto emitido por estos profesionales del Derecho no garantiza siempre la salvaguarda del interés general, en la medida que es susceptible de favorecer intereses particulares (intereses de determinado gobernante, grupo político, económico o social).

De esta manera, al tomar decisiones contradictorias sobre un mismo asunto, urge la necesidad que el Ejecutivo conciba procesos más acercados a la buena administración y al buen gobierno. Para el caso que atañe a nuestra investigación, se debe fortalecer la asistencia jurídica y direccionar o crear los mecanismos que sean necesarios para prevenir, detectar, mitigar y corregir los errores que puedan devenir en un acto de mala administración o de mal gobierno. Al mismo tiempo, este robustecimiento asegura la protección de principios como: legalidad, legitimidad, eficacia, en el adecuado acometimiento de los objetivos (satisfacción del interés general) y también de eficiencia.

Respecto de la eficiencia, entendida como la relación entre los recursos utilizados y los logros alcanzados, debe estar presente en la función de asesoría jurídica y con ello contribuir a posesionar, o mejorar la seguridad y credibilidad jurídica ante los ojos externos como internos, pero también hace que se vuelva objetiva e imparcial y se evita el mal uso del tiempo previniendo equívocos<sup>633</sup>. En cuanto a la optimización de los recursos, ésta se cumplirá, ya que de contarse con

---

<sup>633</sup> MOESSA DE SOUZA, L., “Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009, p.177.

directrices jurídicas claras y precisas, permitirá *a posteriori* enfocar los esfuerzos de la Administración en materias de mayor relevancia.

La asesoría debe estar ajustada a los postulados del interés general y debe versar en cuestiones de Derecho, al respecto MOESSA DE SOUSA arguye: “*Ahora, como se sabe, las opiniones emitidas en el ejercicio de la actividad consultiva deberán siempre y necesariamente, versar sobre materias de contenido jurídico.*”<sup>634</sup> Este aspecto es definitivo en el ejercicio de la autonomía y en la independencia de la asistencia jurídica, escenario propicio para que el cuerpo de abogados del Estado se aleje de aspectos que puedan interferir en el adecuado ejercicio de su función.

Como lo hemos venido señalando la dirección de la asistencia jurídica debe concurrir en una entidad técnica, robustecida e inmune a los hechos de corrupción. A nuestro juicio, la asesoría debe recaer en un cuerpo o institución, de este modo contribuiría a cristalizar el buen gobierno y la buena administración, y por ende, redundará en obtener más ventajas, aparte de asistir jurídicamente a la Administración y generar mecanismos jurídicos de prevención. En parte esta postura la refuerza DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, quien considera que la función del abogado del Estado no debe consistir exclusivamente en la resolución del problema que se le pone en consideración, por el contrario debe tratar de prevenir litigios<sup>635</sup>.

A la par la asesoría permite “*unificar los criterios de actuación de la Administración activa*”<sup>636</sup>, con ello se evita la dispersión de conceptos en la adopción de decisiones y manifestaciones de la Administración.

---

<sup>634</sup> *Ibíd.*, p. 179.

<sup>635</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., “La autonomía profesional...”, *ob. cit.*, p.769.

<sup>636</sup> *Ibíd.*, p. 768.



Así prevalecerá la homogeneidad en la doctrina administrativa, y se optimizarán los procesos, todo esto conlleva a mejorar la prestación de servicios<sup>637</sup>.

En cuanto a la documentación, es relevante diseñar juiciosamente un procedimiento que garantice la custodia de la información que tenga que ver con la asistencia jurídica, articulado con otra herramienta de suma importancia: se trata de centralizar un mecanismo que congrege la normatividad expedida por los distintos poderes legislativos y que esté vigente, pero además la jurisprudencia proferida por las diferentes cortes o tribunales, resoluciones, circulares emitidas por los distintas dependencias del Estado.

En el papel transversal que tiene la asistencia jurídica y a partir del punto de vista jurídico desde la defensa se pueden elaborar bases de información de desarrollo jurisprudencial que permitan establecer las subreglas<sup>638</sup>. Este tipo de herramientas jurídicas revisadas, estudiadas y emitidas por los altos tribunales se deben considerar para el diseño e implementación de una política pública de prevención contra los hechos constitutivos de mala administración y mal gobierno.

Otra herramienta que empodera la asistencia jurídica, es contar con toda la información que se desprenda de los procesos que surjan en contra del Estado o de la Administración, pero debe reunir unos

---

<sup>637</sup> *Ibíd.*, p. 768.

<sup>638</sup> “formulaciones que permiten aplicar el derecho abstracto a un caso concreto a través de reglas jurídicas prescriptivas, generales y abstractas. Por ejemplo, cuando un juez concede la tutela de un pensionado de la tercera edad y ordena el pago inmediato de las mesadas, el juez está aplicando una subregla, ya que está tomando el texto constitucional, que es muy general, y aplicándolo a una situación concreta. (...) Así, la función de las subreglas en la jurisdicción constitucional es permitir que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales de una manera uniforme, sin violar el derecho a la igualdad. (...) La subregla tiene valor de precedente y puede y debe ser aplicada en casos similares, tanto por la misma Corte Constitucional como por los demás jueces de tutela...” OLANO GARCÍA, H., “Tipología de nuestras sentencias constitucionales” en *Revista Universitas* No. 108, 2004, p. 596.

requisitos: estar completa, ordenada, salvaguardada y consignada oportunamente en un aplicativo sistemático, es decir, requiere el desarrollo de un software para facilitar la labor de: consulta, alimentación, elaboración de estadísticas, etc.

Contar con información clara, detallada, completa, oportuna y de fácil acceso genera beneficios como el análisis que se puede hacer de las causas por las que frecuentemente se condena a la Administración Pública. De otra parte, ayuda a formalizar correctivos oportunos y enriquecidos por los distintos interesados a estas labores. Insistimos en la importancia que significa tener actualizada esta información, entre otras razones, para ser certeros en las decisiones que se tomen.

Así mismo, se debe sacar provecho de la jurisprudencia, las reclamaciones administrativas, extrajudiciales, quejas etc., con el propósito de realizar un análisis del riesgo y evaluar los errores que han cometido los agentes de la Administración por acción u omisión. Con este resultado se pueden mejorar, corregir o fortalecer las herramientas implementadas y de este modo la administración evita volver a incurrir en estos errores.

De otro lado, la asesoría debe estar presente en la formación de las normas emanadas por el Ejecutivo, en uso de su potestad reguladora<sup>639</sup>, las cuales se encontrarán más acorde con la realidad y con la necesidad de las mismas. En ocasiones se producen normas que sobre-regulan un tema, sin darle una verdadera solución al problema. También por el gran número de normatividad se generan contradicciones, que en la praxis administrativa, llevan a la toma de decisiones erradas o diferentes sobre un mismo tema.

---

<sup>639</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., "La autonomía profesional ..., *ob. cit.*, p. 769.

Para UPRIMY YEPES la producción normativa debe tener un análisis del riesgo o impacto en la sociedad, y como corolario los posibles litigios a los que se puede ver sometida la Administración<sup>640</sup>. Para ello, propone generar un mecanismo de alertas tempranas que permita detectar la frecuencia de reclamaciones en un tema. Este sistema servirá no sólo para determinar los problemas en materia normativa, sino en general para que la Administración pueda elaborar mecanismos que contrarresten las reclamaciones<sup>641</sup>.

De igual forma, es conveniente previo a la formación de las normas (referidas a leyes y en virtud de la potestad reguladora de la administración a sus manifestaciones), elaborar acuciosos informes que permitan determinar el impacto que una norma va a tener en el ejercicio del quehacer administrativo (vimos en el primer capítulo las consecuencias de la reforma constitucional del artículo 135 de la Constitución de España), por cuanto determinada norma luego de su expedición puede contrariar claramente los postulados constitucionales. Es por ello que en aras de prevenir un actuar inconstitucional, se debe realizar este tipo de análisis.

Observamos entonces como los servicios jurídicos tienen una altísima relevancia en la formación de las decisiones públicas, tanto de manera interna (mecanismos preventivos), como las dirigidas a los individuos. Todas estas manifestaciones de la Administración necesitan un asesoramiento en Derecho para contribuir al cumplimiento adecuado de los postulados constitucionales, por ello debe existir un órgano que dirija la asesoría, y armonice la doctrina

---

<sup>640</sup> UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa Judicial del Estado”, en *Gerencia Jurídica Pública, Memorias del II Seminario Internacional*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005, p. 275.

<sup>641</sup> *Ibíd.*, p. 275.

administrativa, generando un trato uniforme por parte de la Administración. Si bien existe pluralidad de administraciones, las mismas deben proceder de igual manera. De no ser así se iría en contradicción de los principios constitucionales, afectando al individuo, que se verá tratado de una forma diferente en situaciones que son exactamente iguales.

A esta postura, se suman razones para asentir sin duda alguna que debe existir un órgano encargado de dirigir estos aspectos, no sólo de la aplicación de la doctrina administrativa, sino también desde el punto de vista de la prevención, hay que trabajar conjuntamente con el ente administrativo en la elaboración de políticas internas encaminadas a minimizar los riesgos que puedan configurarse en acto de mala administración o de mal gobierno. Es así como este cuerpo de abogados, es el responsable de dotar de mecanismos a la Administración y al Gobierno para que en todo momento se sometan a los postulados constitucionales y tengan como punto de referencia a la persona.

Además de lo anterior, y en virtud de la especialidad de esta institución, se deberá establecer un orden interno a través de la jerarquización, con miras a unificar el ejercicio tanto de la defensa como de la asistencia. Ello no implica que su estructura devenga en lenta y no se adecúe a los cambios que la Administración se ve constantemente sometida. La jerarquía tiene como único fin el establecimiento de uniformidad y coherencia, pero internamente se deben generar espacios en los que se verifique la necesidad de evaluar determinada situación que no se hace práctica en relación con las demandas de la sociedad, y por supuesto de la organización administrativa. Aunado a lo anterior, el cuerpo de abogados deberá

sustentarse en pilares como la coordinación y cooperación que permitirán ejercer un apropiado cumplimiento de sus labores<sup>642</sup>.

#### **3.2.1.1.4 El estatus de abogado del Estado que presta los servicios de asistencia jurídica pública.**

Se debe abordar el análisis de un tema palmario, se trata de los encargados del asesoramiento y en general de toda la asistencia jurídica. En esta materia el ya mencionado Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 establece, al respecto:

*“Sin funcionarios competentes y de elevada posición administrativa, encargados espacialmente bajo su propia responsabilidad de seguir paso a paso el progreso que la ciencia haga entre nosotros y en los demás países civilizados, y estudiar en la escuela práctica de los hechos y de los negocios los resultados, efecto e influencia de la legislación judicial (...)”<sup>643</sup>.*

Debemos advertir que aunque esta norma no está vigente, rescatamos algunos elementos sustanciales que deben caracterizar al cuerpo de abogados del Estado. Son éstas, el compromiso respecto de su labor, su competencia frente a los demás profesionales, bajo este esquema este cuerpo requiere de profesionales con alto grado de conocimientos y de distintas especialidades, de tal forma que su ingreso debe ser a través de un concurso de méritos. Con esto se garantizaría vincular a profesionales idóneos en cuanto a su calidad académica, experiencia y competencia.

---

<sup>642</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Legalidad y buena...*, ob. cit., p. 38.

<sup>643</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto del 28 de Diciembre de 1849, Preámbulo.

Manifestamos en el capítulo segundo que la selección por mérito y capacidad encuentra su justificación en la igualdad que se debe predicar en el acceso a los empleos públicos, pero también este medio de acceso permite de cierta forma la salvaguarda del interés general, porque en principio las personas que ocuparán estos cargos serán las más capacitadas para cumplir las funciones que le son asignadas. Por lo tanto servirá para cumplir con los principios de objetividad e imparcialidad, propios del buen gobierno y la buena administración. De este modo el empleado público en virtud de sus capacidades tendrá en cuenta su experticia en su ejercicio dentro de la Administración.

Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, fue categórica en explicar:

*“En virtud del mérito se pretende que las capacidades, cualidades y eficacia del aspirante sean los factores determinantes (...) Por su parte, el concurso público es el mecanismo para establecer el mérito, (...) dirigido a comprobar ‘las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.’ (...) el concurso público debe ser comprensivo de ‘todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la Administración Pública’, incluidos aquellos factores en los cuales ‘la calificación meramente objetiva es imposible’, ya que aquello garantiza la erradicación de cualquier margen de subjetividad en la escogencia del concursante” ( SCC. T-569 julio 21 de 2011, M.P. PALACIO PALACIO, J.).*

Entonces aquellos funcionarios requerirán ingresar a la carrera mediante concurso y así asegurar su calidad académica, experiencia y competencia en Derecho. De igual forma, debemos mencionar que la

carrera administrativa deberá contar con incentivos (bonificaciones, sueldos, asensos, capacitaciones), para que sea atractiva a los ojos de los profesionales con altas aptitudes y una vez ingresen permanezcan en ésta. Los mencionados incentivos podrán ser aplicados teniendo en cuenta el mérito, la antigüedad, las aptitudes, etc.<sup>644</sup>

Así, los abogados del Estado que ingresan a formar parte de la institución de la asistencia jurídica, requerirán un comportamiento proactivo y más exigente que el requerido para los funcionarios “*regulares*” de la Administración, puesto que sobre ellos recaería la protección del interés general, desde el punto de vista jurídico, es por lo que se exige un vasto nivel de conocimientos y no bastará demostrarlo en el momento de su ingreso. Por el contrario, necesitarán una permanente capacitación para conocer los avances doctrinarios, legales y jurisprudenciales, que si bien su oficio *per se* lo puede dar, se hace necesario que aquellos se encuentren preparados para las eventuales contingencias que requiera la Administración, y de esta manera hacer frente a hechos relacionados con el mal actuar.

De otro lado, si leemos detenidamente el aparte del Decreto Real en cita, se enfatiza el compromiso que debe tener el funcionario en el desempeño de su labor, es decir, debe existir una lealtad férrea con su institución.

El abogado del Estado garantiza el interés general por medio de sus informes o dictámenes, que son el soporte para la toma de decisiones públicas. Lo anterior demanda un nivel alto de ética al interior de las organizaciones, pero sabemos que estos comportamientos se refieren en su mayoría al fuero interno de cada persona, y están influidos por aspectos sociales, económicos, entre

---

<sup>644</sup> ABOGACÍA DEL ESTADO, La asistencia jurídica al Estado..., *ob. cit.*, p. 45-46.

otros, que pueden interferir en el ejercicio de la labor<sup>645</sup>. Al interior de las entidades se crean códigos éticos o de buena conducta, los cuales imponen comportamientos determinados al funcionario para que tenga un ejercicio de su labor acorde y ajustado a la Constitución, *so pena* de incurrir en procesos disciplinarios.

Este tipo de códigos éticos se imponen en un instrumento idóneo para contrarrestar las malas prácticas. NEVADO-BATALLA MORENO sostiene que para salvaguardar la legalidad, los códigos éticos son una herramienta que permite su consecución<sup>646</sup>.

A este propósito SÁNCHEZ SOCIAS considera que los funcionarios tienen un plus ético, basado en el papel que se les exige a todos los poderes públicos en la real y efectiva garantía de los derechos de los individuos<sup>647</sup>, los cuales como vimos desde un punto de vista objetivo, se traducen en la imposición de fines y de comportamientos al interior de la Administración. Incluso, no debemos olvidar que este carácter objetivo de los derechos fundamentales vierte su contenido en la formación del concepto de interés general que legitima a la Administración y al Gobierno en su labor. Por tanto a los profesionales que presten sus servicios jurídicos a la Administración les aplica esta situación, y en virtud de la naturaleza de sus funciones y los intereses

---

<sup>645</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., *Legalidad y buena...*, *ob. cit.*, p. 45. “Difícilmente alguien que no tenga bien asumido por su educación y entorno social lo que es la honradez, rectitud, ecuanimidad, justicia, independencia, equilibrio, objetividad, neutralidad equidad etc. Podrá ser un buen servidor público (tanto a nivel de burocracia técnica como de burocracia política) que interiorice y aplique los principios y reglas jurídicas ordenadoras de la actividad pública que no son más que la cristalización de reglas jurídicas ordenadoras de la actividad pública que no son más que la cristalización de aquellos valores o, si se quiere, de la base ética que sostiene la sociedad.” En:..

<sup>646</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>647</sup> SÁNCHEZ SOCIAS, L., “El sentido de la ética profesional y la deontología del Abogado del Estado” . en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 762.



que defienden judicial como extrajudicialmente, tienen repercusiones a nivel social y en la Administración<sup>648</sup>. De este modo se les exige un comportamiento probo alejado de cualquier interferencia diferente al interés general.

En resumidas cuentas, el actuar del abogado del Estado como defensor de la legalidad debe adecuarse a los principios éticos, teniendo en cuenta que en lo referente a la asesoría sus dictámenes e informes permitirán implementar de cierta manera comportamientos efectivos en aras de cumplir con el principio del buen gobierno y la buena administración.

#### **3.2.1.1.5 El uso de las herramientas procesales para la garantía de los derechos del individuo en los actos procesales subjetivos (recursos administrativos – vía administrativa o gubernativa)**

Entendemos por vía gubernativa (Colombia) o vía administrativa (España), los medios o recursos administrativos procesales con que cuenta el administrado para que la Administración revise su decisión y en consecuencia aclare, modifique, confirme o revoque la misma. Es pertinente recordar que este tipo de recursos aplican para los actos particulares tanto en el régimen administrativo colombiano como en el español.

Luego de dar una definición de este tipo de recursos, es preciso traer el estudio hecho por RESTREPO MEDINA <sup>649</sup>, referido a la

---

<sup>648</sup> *Ibíd.*, p. 762.

<sup>649</sup> RESTREPO MEDINA, M., “Incidencia de las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución”, en AA.VV. (Dir. ZAMBONINO PULITO, M.), *Sistema de*

subutilización de este tipo de recursos. Argumenta que el procedimiento administrativo está diseñado para garantizar la satisfacción del interés general, y por ende, existe la posibilidad que la Administración revise sus actos con el ánimo de advertir si son equivocados o se ajustan al ordenamiento jurídico, en caso que resulten errados puedan ser revocados y se tome posteriormente la medida legalmente correcta.

RESTREPO MEDINA está convencido de la subutilización que se le ha dado a este tipo de herramientas con que cuenta la Administración, y señala que es una razón por la que es demandada la Administración<sup>650</sup>. Adviértase que en muchas ocasiones existen los argumentos fácticos y jurídicos que podrían llevar a la Administración a modificar su decisión.

Esta situación a nuestro juicio es preocupante y a todas luces es un acto de mala administración. Es aquí donde puede entrar a jugar un papel protagónico la asesoría, asumida por el Abogado del Estado, que es la pieza fundamental para impulsar el uso real y efectivo de esta herramienta con que cuenta la Administración. Para ello se requiere que al momento de proyectarse este tipo de actos se observe la jurisprudencia, que debe ser generada por medio de subreglas para obtener una mayor adecuación a la función administrativa, y en caso extremo de generarse actos que contraríen abiertamente la jurisprudencia, consideramos que deben reformularse<sup>651</sup>. De darse debidamente, redundará en la reducción del número de litigios en contra de la Administración.

---

*garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2010, p, 74.

<sup>650</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>651</sup> *Ibíd.*, p. 47.

Por su parte, YOUNES MORENO<sup>652</sup> propone la creación de comités en las entidades con mayor índice de litigiosidad, a fin de revisar y hacer seguimiento a las situaciones en las que se puede revocar un acto. A nuestro juicio esta propuesta debe ser aplicada a la Administración en general, ya que es necesario reducir el riesgo de comportamientos contrarios al buen gobierno y buena administración en la organización administrativa.

En suma, el papel del abogado del Estado es fundamental tanto en la creación de los comités, como en el establecimiento y seguimiento de las subreglas, debido al contacto directo que tiene con las decisiones tomadas en los estrados judiciales, pero además es el encargado de defender el interés general.

Luego de haber examinado la asesoría desde un punto de vista doctrinario, es oportuno entrar a estudiar la defensa y cómo esta puede coadyuvar en la garantía del interés general.

### **3.2.2 LA DEFENSA JURÍDICA.**

#### **3.2.2.1 Definición de la defensa y sus efectos en el buen gobierno y la buena administración.**

Mencionamos que el cuerpo de abogados del Estado en sede judicial, toma la titularidad del interés general para demostrar la legalidad de los actos expedidos por la Administración. Pues bien la defensa jurídica pública debe entenderse como la labor que desempeña el abogado del Estado con el propósito de hacer prevalecer el interés general en sede judicial, donde el juez lo confrontará con las

---

<sup>652</sup> YOUNES MORENO, D., “Vía gubernativa – conciliación-arbitramento. Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso-administrativo”, Colección Reformas en la Rama Judicial, GTZ, Bogotá, 2008, p. 206.

pretensiones realizadas por el individuo en interés particular, a fin de determinar la responsabilidad respecto del actuar administrativo.

La afirmación anterior puede generar resistencias, ya que en la práctica muchas veces la defensa se realiza para ocultar los actos de mala administración o mal gobierno cometidos por el Ejecutivo. Aquella no debe entenderse como el instrumento para defender los intereses de éste como organización<sup>653</sup>, sino por el contrario, de acuerdo al análisis realizado en esta investigación, legalmente la constitución impone a la Administración la garantía del interés general, el cual debe encontrarse enmarcado por la legalidad.

En efecto, la defensa realizada por el abogado del Estado, se hace con respecto a los intereses de todos los ciudadanos, en relación a las reclamaciones particulares de un presunto menoscabo, y, en virtud del interés general de todos los individuos, no es dable pagar por una reclamación indebida.

A su turno, la defensa del Estado viene legitimada por la defensa del interés general. Esto no quiere decir que el Estado nunca debe perder un litigio, por el contrario y adhiriéndonos a lo manifestado por UPRIMY YEPES, acudir a la tesis que el Estado nunca debe ser vencido en los tribunales sería *“una tesis antidemocrática, ya que hay muchos casos en los cuales, si uno tiene convicciones democráticas, lo lógico y justo es que el Estado sea condenado por cuanto, si el Estado cometió un atropello, por ejemplo debe responder por las consecuencias”*<sup>654</sup>.

---

<sup>653</sup> LOPES DE TORRES, R., “A responsabilidade do..., *ob. cit.*, p. 140.

<sup>654</sup> UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa..., *ob. cit.*, p. 269.

Esto no quiere decir que cada vez que el Estado acuda como demandado deba allanarse<sup>655</sup>.

Ahora bien, el Estado debe entrar a atacar este frente<sup>656</sup>, diseñando estrategias jurídicas sólidas que permitan la defensa del interés general. En este aparte, es pertinente traer a colación el estudio realizado por GALANTER, quien quiso demostrar la tasa de éxito en materia del litigio, y la calculó teniendo en cuenta la división entre litigantes ocasionales (*one-shotters*) y litigantes frecuentes (*repeat players*). Con ello pretendió demostrar que quienes acuden constantemente a los estrados judiciales (*repeat players*), adquieren habilidades jurídicas superiores a quienes únicamente lo hacen de manera esporádica<sup>657</sup>. Teniendo en cuenta este análisis, podríamos inferir que el Estado al acudir constantemente a la jurisdicción estaría en la categoría de litigante frecuente. En razón a ello y por su vasta experiencia la defensa pública debiera ser estructurada y consolidada.

De otra parte, y bajo el parámetro que la defensa de la Administración redundaría en la custodia de aquellos valores que la Administración ejerce sometida al principio de legalidad y demás postulados constitucionales, permite manifestar que la labor del abogado del Estado debe ser desarrollada con compromiso, acuciosidad, rigurosidad, respetando los procedimientos establecidos por la ley.

---

<sup>655</sup> Respecto del allanamiento de la Administración *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El allanamiento de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, No. 27, Septiembre – diciembre, 1958.

<sup>656</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 52 del 27 de noviembre de 1997. Madrid, BOE 285 de 28 de noviembre de 1997. Exposición de motivos.

<sup>657</sup> GALANTER, M., “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of legal changes”, en *Law and Society Review*, Vol. 9, No. 1, 1974. También es citado este estudio en referencia al tema de investigación por UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa...”, *ob. cit.*, p. 267-268 y HERNÁNDEZ BURBANO, M., *Defensa jurídica del Estado...*, *ob. cit.*, p. 10-11.

Otra exigencia que les cabe a los profesionales encargados de prestar los servicios jurídicos es la coordinación y unidad de doctrina a fin de asegurar una defensa adecuada. Estas exigencias no vienen solas, están acompañadas de otro reto, propio de una entidad técnica, se trata de entender la trascendencia que le implica mantener actualizado a su equipo en temas generales y especializados del Derecho.

Lo anterior no es suficiente, debe estar complementado con la interacción y colaboración entre los abogados del Estado que ejercen la función de asesoría y de defensa, para así mejorar el flujo de información. Así, se pueden evaluar las causas del litigio y las posibles salidas jurídicas que deben ser alegadas por el abogado del Estado, para demostrar el adecuado actuar de la Administración.

Otro aspecto que no se debe pasar por alto en esta materia, tiene que ver con que el abogado del Estado debe estar rodeado de personal idóneo, así como de instrumentos tecnológicos y físicos que le permitan desarrollar de manera adecuada su labor. Más aún, es determinante y a la vez prohibido que los abogados del Estado tengan exceso de carga laboral, de suceder se obstaculizaría la correcta defensa en sede judicial.

En relación con el desarrollo de sus funciones dentro del proceso debe ceñirse a los procedimientos legales establecidos. En caso de tener sentencia definitiva en contra de la Administración, le corresponde agilizar y estar pendiente del pago oportuno del mismo, pero también debe asegurarse que toda la información que atañe al proceso esté completa, incluido el pago, para finalizarlo. De esta manera se garantiza que todo lo sucedido en el proceso esté consignado y

documentado, para en caso de querer consultar con posterioridad no quede ninguna duda frente a lo ocurrido.

Asimismo, al abogado del Estado se le demanda una alta carga ética, puesto que debe velar por los intereses generales. En esta medida, debe rechazar toda conducta tendiente a desviar la defensa de la Administración. Por lo tanto no sólo representa a la Administración, sino que también a los ciudadanos y sus intereses, así que su actuar debe estar acorde con el ordenamiento jurídico<sup>658</sup>.

Basados en el anterior análisis, resulta palmario encontrar en la asistencia jurídica un servicio jurídico completo, que es un campo potencial de información cardinal en el diseño e implementación de medidas benéficas para la Administración y el Gobierno, encaminadas a hacer efectivo el principio del buen gobierno y buena administración.

Es así como la asistencia jurídica prestada a la Administración no debe verse de manera fragmentada, ni aislada de la función administrativa, por el contrario, está presente en todo momento, atendiendo el sometimiento al ordenamiento jurídico en las acciones del Ejecutivo. Por eso se podría llegar a decir que es un elemento que articula el quehacer administrativo y reconoce el cumplimiento de los principios, valores, fines, derechos y demás anhelos establecidos en la Carta.

Entonces es necesario entrar a analizar cuáles son los parámetros que se requieren para ejercer una adecuada defensa del interés general. Mencionamos anteriormente la necesidad de una organización autónoma en la toma de sus decisiones, con miras a

---

<sup>658</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “A Advocacia de Estado revisitada...”, *ob. cit.*, p. 41- 43.

garantizar la correcta salvaguarda de los postulados constitucionales, y en especial el interés general al interior de la Administración. También estudiamos la necesidad de contar con profesionales del derecho idóneos y con esto facilitar la realización adecuada de la función de la asistencia. Igualmente, hicimos énfasis en la vinculación de estos profesionales a través del concurso de méritos para escoger los mejores.

#### **3.2.2.1.1 La colaboración.**

En lo concerniente a la defensa, al ser exclusiva de los abogados del Estado les corresponde asumir la representación de la Administración al acaecer el presunto hecho constitutivo de daño imputado a la Administración. Debemos decir que esta última no tiene mucho en juego aparte de prestar la correcta colaboración para poder ejercer una adecuada defensa.

En este punto encontramos un primer elemento alusivo a la consolidación de la información, actividad que debe ser parte del proceso de asesoría. Así la Administración deberá facilitar los documentos necesarios para ejercer un adecuado análisis del caso, exigencia esencial para estructurar la defensa.

Retomando el ejemplo concerniente a la prestación de servicios médicos por parte de la Administración, y más específicamente al otorgamiento del consentimiento informado, vimos que en atención al seguimiento de las subreglas jurisprudenciales, los riesgos medidos en reclamaciones administrativas u otras formas requieren una incorporación de estrategias preventivas, las cuales han sido previamente estudiadas, justificadas y aprobadas por el equipo interdisciplinario, asegurando el correcto actuar de la Administración. Aún así de ocurrir un eventual caso configurado por el indebido



otorgamiento del consentimiento informado, la Administración debe facilitar los documentos necesarios para demostrar su correcto actuar, consistentes en la historia clínica y demás documentos relevantes para el proceso.

Igualmente, al abogado del Estado se le deben facilitar los documentos contentivos de las políticas tendientes a prevenir los hechos constitutivos de malas prácticas al interior de la Administración, y demás pruebas que considere necesarias. No será admisible que la Administración sea condenada por negligencia del aparato administrativo, al no entregarle los documentos necesarios para demostrar que el mismo se adecuó a los parámetros constitucionales y legales en su actuar.

Finalmente, al interior del cuerpo encargado de prestar asistencia jurídica a la Administración tiene que existir coordinación y comunicación plena, por lo que estas funciones no deben entenderse como funciones aisladas, por el contrario, facilitar la coordinación y comunicación permite recoger, discernir y aprovechar la experiencia que se ha tenido al interior de la Administración y hará más enriquecedora y técnica su labor. No en vano manifestamos que el abogado del Estado coordinará y dirigirá el sometimiento a la ley y la prevención de actos que se encuentren por fuera de la normatividad. Además, el abogado del Estado que preste los servicios de asesoría, tendrá una visión más cercana a los problemas y a la situación por la que atraviesa la organización administrativa<sup>659</sup>.

---

<sup>659</sup> ABOGACÍA DEL ESTADO, *La asistencia jurídica al Estado...*, ob. cit., p. 52. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La defensa en derecho...”, ob. cit., p. 18. MORILLO-VELARDE DEL PESO, J., “Unidad de doctrina”, en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 72.

### **3.2.2.1.2 Los trabajos preparatorios en la formulación de una defensa.**

Es necesario recalcar que el defensor de la Administración debe recopilar la información, antecedentes, normatividad, jurisprudencia etc., y de esta manera contar con los elementos necesarios para establecer una estrategia de defensa. Para ello, encontramos la importancia que tienen las bases de información que de estar completas, agilizan la creación de sus estrategias de defensa.

Al respecto, es importante recordar que la defensa y el asesoramiento requieren coordinación y uniformidad, en países como España se denomina unidad de doctrina, la misma se refiere a la unidad de criterio que debe existir al interior de la entidad. De no darse se podrían generar como sostiene MORILLO-VELAVERDE DEL PESO respuestas jurídicas diversas, las cuales perjudicarían las relaciones entre los ciudadanos y el Ejecutivo. Complementando, debe existir jerarquía al interior de la entidad que presta los servicios de asistencia jurídica pública, para que permita consolidar las líneas y las directrices en la práctica. De suerte que la asistencia jurídica debe tener coherencia y en su etapa previa, su objetivo principal radica en que se supervise la legalidad y en velar por el respeto a los postulados constitucionales.

Ahora bien, el papel de la defensa no sólo se circunscribe en la colaboración con la función de asesoría, sino también en la representación del interés general en los estrados, razón por la cual el abogado del Estado deberá desempeñar una labor esmerada en la que ponga al servicio su conocimiento y experticia.

Es clara la relevancia de trazar estrategias jurídicas fuertes, salvaguardar los documentos que se generen en cada demanda o proceso y actuar coordinadamente. Todo ello propende por asegurar una adecuada defensa. Además contribuye a contrarrestar la proliferación de demandas injustificadas interpuestas por los particulares. Pero esto no se logra si se hace sin rigor. Particularmente, hacemos referencia al caso colombiano en el que encontramos diversas acciones judiciales en contra de la Administración que no han sido defendidas adecuadamente <sup>660</sup>, y en nada se ajustan a los requerimientos exigidos para defender los intereses generales.

No desconocemos que posteriormente puedan surgir procesos disciplinarios en contra de los abogados del Estado que no ejercen una adecuada defensa. Consideramos que para prevenir este tipo de hechos se pueden establecer controles más duros y eficaces, que si bien pueden causar rémoras en la defensa deben realizarse, aunque sea en los procesos que tengan un carácter importante, ya sea por la cuantía o por el tipo de pretensiones que se hacen (ejemplo defensa que se hace ante los tribunales por delitos imputables al Estado por violaciones de derechos humanos, desapariciones).

Respecto de la unidad de doctrina, no es óbice para presentar pre-formatos diseñados por el abogado del Estado en los cuales no se exija un grado de análisis del caso en particular. Es por lo que en la implementación de controles selectivos también permite verificar verdaderas estrategias de defensa para cada caso, exigiendo al abogado del Estado el uso adecuado de sus capacidades, no en vano se presume que aquél ingresó a la carrera por tener las aptitudes y calidades necesarias para ejercer una adecuada asistencia jurídica.

---

<sup>660</sup> UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa..., *ob. cit.*, p. 275

### 3.2.2.1.3 La defensa.

El abogado del Estado debe realizar la defensa con el mayor rigor, acuciosidad, convicción, profesionalismo y no sobra decir, cumpliendo los procedimientos que la ley ordene<sup>661</sup>.

Al respecto, nos surge el interrogante de cuándo es jurídicamente razonable defender a la Administración. La anterior pregunta se hace teniendo en cuenta que existen actos que a todas luces son atentatorios contra los derechos de los individuos y reflejan claramente responsabilidad en la actuación de la Administración Pública.

Al respecto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, nos pone de presente una situación que merece la pena entrar a reflexionar, considera el autor la *“necesidad de racionalizar el sistema de la defensa en juicio del Estado”*<sup>662</sup>, en el sentido que de hacerlo a toda costa constituiría un *“descredito para los intereses públicos”*<sup>663</sup>.

Por su parte SÁNCHEZ SOCIAS refiriéndose al sentido ético que debe tener el Abogado del Estado, reflexiona que sus decisiones deben ser siempre objetivas, lo que en el juicio se traduce en defender a ultranza la legalidad y la eficacia de la Administración, siempre y cuando exista alguna vía posible para ejercer la defensa, y en caso de no existir medio jurídico alguno para defender a la Administración, se considera la figura del allanamiento<sup>664</sup>.

Para el ex primer ministro francés MICHEL ROCARD, en una circular enviada en octubre de 1988 a los Ministros de su Gobierno les manifestó la preocupación que le asistía, provocada por la defensa de la

---

<sup>661</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La defensa en derecho..., *ob. cit.*, p. 21.

<sup>662</sup> *Ibíd.*, p.20.

<sup>663</sup> *Ibíd.*, p. 20.

<sup>664</sup> SÁNCHEZ SOCIAS, L., “El sentido de la ética..., *ob. cit.*, p.763.

Administración, en virtud de la interposición del recurso de apelación y específicamente los casos en los que no se tenían bases jurídicas suficientes para controvertir el fallo de primera instancia. A tal efecto ordenó a la Administración que en los casos en los cuales no se contara con las herramientas para salir victoriosa, la defensa no se debería apelar<sup>665</sup>.

Teniendo como premisa los argumentos elaborados por los doctrinantes mencionados, nos cuestionamos sobre el actuar de la Administración en los estrados y en particular el del abogado del Estado. Inquietud, que resulta importante teniendo en cuenta los casos en que se hace evidente la falta cometida por la Administración. En el ejemplo en cita de este capítulo, referido a la autorización del consentimiento informado, lo complementamos cuando la institución prestadora de servicios de salud, decide adelantar terapéuticas a un menor de siete años sin tener en cuenta la voluntad del paciente en un caso de ambigüedad genital. Más aún, si consideramos que la jurisprudencia después de un juicioso estudio sobre el tema concluyó, en el caso que el menor cumpla cinco años de edad se debe conformar un grupo interdisciplinario, con el objeto de hacer un acompañamiento psicológico y médico. Además, será este grupo el que determinará cuándo el menor se encuentra en capacidad de decidir. El consentimiento del menor será coadyuvado por sus padres o representantes legales, teniendo como suprema la voluntad del menor<sup>666</sup>.

---

<sup>665</sup> ROCARD, M., “Circular 13 de octubre de 1988, relativa al respecto de las decisiones del juez administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 118 enero/abril, 1989, p. 468.

<sup>666</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-377 de mayo 12 de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-551 de agosto 2 de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-692 del 16 de noviembre de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C. Sentencia T-1390 del 12 de octubre de 2000, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. Sentencia T-850 de octubre 10 de 2002, M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-1025 del 27 de noviembre de 2002, M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-560A del 27 de julio de 2007,

De lo anterior, se podría colegir claramente la responsabilidad de la Administración en la prestación de servicios médicos, entonces ¿cuál sería la correcta solución respecto de la estrategia de defensa? Pues bien, un posible argumento para soslayar este problema puede partir de que el defensor jurídico al proteger el interés general, no está defendiendo el no pago de una indemnización, o la atenuación de la misma frente a la acción que ejerce el individuo, defiende al resto de los ciudadanos en virtud del interés general, porque a fin de cuentas el dinero que deba desembolsar la Administración se obtiene del pago realizado por los ciudadanos a través de los impuestos.

Es así como en virtud del interés general y de la seguridad jurídica que debe prevalecer en el ordenamiento jurídico, el abogado del Estado en el ejercicio de su defensa protege reclamaciones indebidas, las cuales deben ser probadas en sede judicial. Si la falta es tan evidente en uso de las reglas aplicadas por el juez y en su razonamiento para aplicar justicia, con certeza existirá la respectiva condena adversa para la Administración por una falla en el servicio.

Sumado a lo anterior y al existir normatividad específica que le permite al individuo demandar a la Administración por hechos referidos a lesiones de interés particular, se podría considerar que el mismo no está desatendido. Por el contrario en aras de protegerle sus derechos aquel podrá poner a disposición el andamiaje judicial para hacer prevalecer sus derechos.

Pues bien y siguiendo la carta emitida por ROCARD, podríamos decir que posteriormente al fallo que demuestra la responsabilidad de

---

M.P. ESCOBAR GIL, R. Sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.

la Administración, el abogado del Estado podría abstenerse de apelar, previo a un análisis sustentado y debidamente argumentado que permita concluir la innecesaria interposición del recurso de alzada.

Una segunda posición que se puede plantear para dilucidar el problema esbozado, es la posibilidad de usar los mecanismos contenidos en el ordenamiento jurídico, para el caso de Colombia la conciliación que es prejudicial y necesaria para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y hace parte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Veremos más adelante que tiene por objeto dar una solución anticipada al proceso, en aquellos casos que exista una evidente responsabilidad por parte de la Administración. La misma podría tener ciertos beneficios para las partes involucradas. De aplicarse adecuadamente, se estaría protegiendo el erario, si se parte del principio que la suma pagada por concepto de conciliación será menor a la que posiblemente deba pagar en sede judicial. Además se resguardarían los intereses particulares, de este modo sería posible la convergencia del interés general y el particular.

Ahora bien, en los casos en que exista la posibilidad clara de defender a la Administración, el profesional del Derecho debe realizar su labor atendiendo todas las ritualidades precisadas en las normas procedimentales. Además debe seguir la línea esbozada por la institución encargada de la asistencia jurídica, y de apartarse debe ser valorada por un cuerpo colegiado que evalúe la posibilidad que existe de tener fallo favorable para la Administración.

#### **3.2.2.1.4 La ejecución de las sentencias**

De perderse una demanda, y dentro del principio de la buena administración y del buen gobierno, el abogado del Estado está en la

obligación de informar inmediatamente a la entidad acerca del fallo condenatorio, para que se dé cumplimiento inmediato a la sentencia proferida por el juez. Lo anterior con el objeto de proteger los derechos de las personas, sin olvidar que la persona es el centro sobre el cual pivota la actividad administrativa. En virtud de esta afirmación, es preciso traer a colación lo siguiente:

*“Las decisiones jurisdiccionales con autoridad de cosa juzgada son ejecutivas por ellas mismas. La Administración está obligada a someterse a ellas y a adoptar espontáneamente todas las medidas de ejecución que conlleven estas decisiones. Ninguna Corporación Pública debiera, por negligencia o lentitud, sustraerse a esta obligación”.<sup>667</sup>*

Por su parte, y remitiéndonos al caso español, encontramos la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso Administrativa (LJCA), el artículo 104 obliga a la Administración a cumplir el fallo proferido por el juez, e incluso advierte que si en un plazo de dos meses no se ejecuta la sentencia se puede instar la ejecución forzosa. Más aún, el artículo 112, señala la posibilidad de imponer multas por no cumplir la sentencia condenatoria. El incumplimiento puede dar pie a que se inicie un proceso de responsabilidad penal. En realidad a la Administración le asiste la obligación de cumplir oportunamente con lo señalado en el fallo de la sentencia. En apoyo de esto, la Norma Superior dispone el derecho que tienen todas las personas a obtener tutela efectiva ante los jueces respecto de los derechos e intereses legítimos (Art. 24.1C.E).

---

<sup>667</sup> ROCARD, M., “Circular 13 de octubre..., ob. cit., p. 467.



Pese a lo anterior, encontramos el caso de la imposibilidad de ejecución de sentencias, así lo dispone el artículo 105.2 de la LJCA. Bajo esta conjetura existe la posibilidad que una sentencia no sea ejecutada, pero debemos decir con certeza que esto no debe devenir en la generalidad, por el contrario, los fallos emitidos por el juez deben ser acatados de manera inmediata. Sin embargo, existen situaciones por ejemplo en materia urbanística que en ocasiones hacen que una sentencia se torne imposible de ejecutar. El primer fenómeno lo encontramos en los cambios normativos, que hacen que una sentencia pierda su ejecutividad. Pensemos en la reglamentación de la planeación urbanística. Por ejemplo cuando se realiza una construcción ilegal, por ende la licencia y todos los actos que se desprenden están llamados a la declaratoria de nulidad. No obstante, con el paso del tiempo la misma licencia puede otorgarse debido al cambio de normatividad, v.gr. el cambio de uso de suelo, por lo que la construcción se ajusta a Derecho, y la sentencia en consecuencia no está llamada a ejecutarse.

Para ilustrar esta situación indicamos el ejemplo que trae GÓMEZ-FERRER RINCÓN, hace referencia a que el Ayuntamiento de Madrid otorgó una licencia para la edificación de un Hotel ubicado en la colonia urbana La Florida. Posteriormente un vecino interpuso un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Madrid, ésta determinó anular la licencia, como quiera que infringía lo dispuesto en la Ordenanza Municipal de edificaciones para ese entonces vigente<sup>668</sup>. A partir de lo anterior el Tribunal Supremo confirmó el fallo del *ad quo* mediante Auto de 25 de marzo de 1971. Con todo, el Delegado de obras y servicios emitió un acto administrativo ordenando la demolición del hotel antes construido. Sin embargo con

---

<sup>668</sup> GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el procesos contencioso-administrativo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 40-41.

posterioridad la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid resolvió el carácter edificable del terreno en el donde estaba ubicado el hotel<sup>669</sup>. Frente a esta situación la audiencia Territorial de Madrid dictó Auto en el cual sustituyó la demolición por una indemnización, decisión que fue confirmada por el Tribunal Supremo mediante Auto del 24 de abril de 1973<sup>670</sup>.

Este ejemplo es preciso para explicar la aplicación de lo previsto en el artículo 105.2 de la LJCA, de ahí que el demandante puede acudir ante el juez para que determine otra forma de condena, ya sea una indemnización con el fin de poder remediar el daño causado.

En particular, el ejemplo deja ver como el papel del abogado del Estado es determinante desde la perspectiva de asesoría, lo obliga a estudiar y analizar la viabilidad en la ejecución de la sentencia con el propósito de no darle largas al cumplimiento o imposibilidad de ejecución. En último caso tiene que estar presto a acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, a fin de poder establecer una condena alternativa a favor de los intereses particulares de un individuo determinado.

Evidenciamos como los servicios de asistencia jurídica pública permiten la consecución de parámetros de buen gobierno y buena administración en el ejercicio de la función administrativa, pero bien debemos descender a la realidad con el fin de poder evidenciar cómo los servicios jurídicos en la práctica son implementados.

---

<sup>669</sup> *Ibíd.*, p. 40-41.

<sup>670</sup> *Ibíd.*, p. 40-41.

### 3.3 LOS MODELOS DE ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA PREVISTOS EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

Una vez demostrada la relevancia que ocupa la asistencia jurídica pública al interior de la Administración, nos obligan a ver a la asistencia jurídica pública en dos momentos importantes, a saber: el asesoramiento y la defensa, los cuales si bien es cierto concurren en etapas y momentos diferentes, y no deben ser entendidos como situaciones separadas que merecen tratamientos disímiles.

Vale decir que nuestro análisis no debe ser abordado desde el ámbito doctrinario o inmaterial, pretendemos hacerlo considerando el derecho comparado, aunque resulte un poco dificultoso. Es por lo que intentaremos acercarnos a esta ciencia, que por algunos es entendida como un método, discusión en la que no pretendemos detenernos, aunque es necesario indicarla<sup>671</sup>. Así entonces y con ocasión al modelo planteado por PEGORARO, estima que se deben escoger al menos dos objetos, con los cuales se pueda realizar una comparación entre ellos, esta labor no debe circunscribirse al análisis separado del objeto de estudio. Al tenor de este enfoque, para nuestro caso contamos al menos

---

<sup>671</sup> “Las consecuencias de considerar el Derecho Comparado una ciencia en lugar de un método para el estudio de otras ramas del Derecho son múltiples. En primer lugar, la conciencia de investigar en un sector autónomo, distinto de otros ya trillados, orienta y especializa un campo del saber, con lo que se contribuye a la ampliación, circulación y divulgación de los conocimientos. En segundo lugar, perfecciona la capacidad de organizar las investigaciones con un método propio o, en todo caso con metodologías especializadas). En tercer lugar, favorece la formulación de clasificaciones y modelos, que se utilizarán –también, aunque no sólo– para verificar la coherencia de las recepciones o exportaciones, o ambas actividades, de instituciones y disciplinas; sus potenciales funcionalidades o su rendimiento. En cuarto lugar, da vida a comunidades de estudiosos que, en la reivindicación de su autónoma – claro es, científica–, pueden contribuir también al incremento cultural de nuevas generaciones de estudiantes y estudiosos, y a la transmisión e tales conocimientos gracias a la unión entre investigación y didáctica”. En PEGORARO, L., “El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 112 abril/ junio, 2001, p. 14-15.

con dos instituciones que desempeñan la asistencia jurídica pública, por un lado la concebida en el ordenamiento colombiano y de otro la establecida en España.

Agrega VERGOTTINI que para realizar una comparación en Derecho, primero que todo corresponde determinar qué se ha de entender por el objeto de estudio, y solamente tras haberlo definido se podrá utilizar este método<sup>672</sup>. Por su parte PEGORARO y RINELLA complementan diciendo, que una vez identificadas las raíces comunes se podrán evaluar las divergencias, similitudes y diferencias entre los objetos a comparar<sup>673</sup>.

Así, el análisis precedente a este capítulo (capítulos anteriores) adquiere sentido por cuanto permitió establecer lo que PEGORARO y RINELLA denominan *tertium comparationis*, que no es más que el modelo de referencia que permitirá realizar el cotejo entre el *comparatum* (modelo colombiano) y el *comparandum* (modelo español)<sup>674</sup>.

Este modelo (*tertium comparationis*), dimanó del análisis constitucional de ambos ordenamientos, y tuvo como intención generar unos principios básicos necesarios, que deben verse reflejados en la asistencia jurídica pública teniendo en cuenta el modelo de Estado. Si a esto le sumamos la importancia que representa la persona para la Administración, estos dos elementos encuentran coherencia con la Carta, es por lo que ésta le impone a la Administración y al Gobierno el deber de actuar en debida forma, obligación que recopila una serie de principios y valores que se circunscriben en el buen gobierno y buena administración. A la par y visto desde una perspectiva amplia, va a

---

<sup>672</sup> DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 38.

<sup>673</sup> PEGORARO, L., Y RINELLA Á., *Introducción al derecho público...*, ob. cit., p. 71.

<sup>674</sup> *Ibíd.*, p. 71.

permitir hacer efectivo el interés general, como finalidad constitucional que tiene la organización administrativa. De este modo, y en materia jurídica se requerirá de una entidad que permita la consecución de este fin, a nuestro juicio es la institución responsable de la función de la asistencia jurídica pública.

La comparación logrará hacer ver las exigencias que tienen los modelos que se van a analizar en esta investigación, ya que nuestro propósito radica en hacer una comparación, no unidireccional sino bilateral. Por lo que no queremos caer en el error de reducir el derecho comparado a la exposición paralela de las instituciones de asistencia jurídica pública, sino generar una especie de “diálogo” entre estas instituciones, luego obviamente de analizarlas por separado para que la lectura sea más ordenada.

Si analizamos los niveles de comparación propuestos por PEGORARO y RINELLA encontramos que nuestra investigación está dirigida a una comparación de instituciones que tienen una misma familia jurídica (*civil law*), referida a una comparación nacional, la cual los autores entienden como “*un número limitado de sistemas jurídicos de diversos países*”<sup>675</sup>. De esta manera, en principio revisaremos las connotaciones en un sentido restringido, en otras palabras, relacionado con el derecho vigente. Y por último diremos que el análisis será sincrónico, es decir, concerniente a ordenamientos cercanos en el tiempo<sup>676</sup>.

Nada más oportuno que analizar la micro comparación, entendida como:

---

<sup>675</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>676</sup> *Ibíd.*, p. 71.

*“La micro-comparación tiene que ver con reglas e instituciones jurídicas que pertenecen a procedimientos jurídicos diferentes, está dirigida al examen jurídico seccionado y reducido a las células elementales”<sup>677</sup>.*

En efecto, la micro-comparación la entendemos como el examen que se les hace a las instituciones o entidades particulares que se encuentran en diferentes sistemas jurídicos. Es del caso recordar la situación propuesta por PEGORARO, referida a que el *nomen* no permite determinar con certeza la capacidad comparativa de las instituciones, ello por cuanto en muchos ordenamientos la denominación para una figura legal puede ser distinta de otra, *v.gr.* la denominación de las leyes, en Colombia se llaman Estatutarias y en España Orgánicas y cumplen una labor similar. Es así como reitera el autor sobre la necesidad de evaluar el término que se desea comparar para no generar un equívoco en la labor desempeñada por el investigador.

En lo concerniente a nuestro tema de estudio, coincidimos que la denominación de las entidades que vamos a analizar es diferente, a saber: Abogacía General del Estado-Dirección de Servicios Jurídicos del Estado y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, las cuales en principio tienen la labor de direccionar la asistencia jurídica pública, realizada de manera diferente: por sus normas, por las condiciones al interior de la administración y porque adoptan distintos modelos en la mecánica de ejercer su función.

Sólo podrán ser comparadas las instituciones, legislaciones o diversas figuras jurídicas entre dos o más ordenamientos que resuelvan el mismo problema. Para nuestro caso, las dos instituciones que pretendemos analizar intentan resolver el mismo tema, cada una a su

---

<sup>677</sup> *Ibíd.*, p. 74.

manera, lo que hace interesante su estudio. Del análisis de éstas se podrán abstraer nuevos elementos que deberán encontrarse en el ejercicio de la asistencia jurídica, como una institución que permita alcanzar los fines constitucionales que le fueron encomendados y en consecuencia se pueda predicar el buen actuar del Ejecutivo.

### **3.3.1 LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN COLOMBIA.**

Al realizar el estudio de la institución de asistencia jurídica pública en Colombia, encontramos sus primeras manifestaciones luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Después de su promulgación, la organización administrativa colombiana vio la importancia y necesidad de la asistencia jurídica. En particular, es menester precisar que el proceso de la asistencia jurídica pública ha sido desarrollado paulatinamente, con el inconveniente que su transcurso ha traído consigo proliferación normativa.

Pese a que en 1991 entró en vigencia la Constitución Política de Colombia, sólo hasta el año de 1997 el Estado mostró preocupación por atender los asuntos referidos a la asistencia jurídica, pero inclinado a analizar en principio los aspectos de la defensa litigiosa. Fue así como en este año se creó la Oficina de Apoyo para la Defensa Judicial, conformada por un grupo pequeño que pertenecía al Ministerio de Justicia y del Derecho y se encontraba adscrito al despacho del Viceministro<sup>678</sup>.

Para este mismo año mediante Directiva Presidencial 03 de 1997, se ordenó a todas las entidades del orden nacional crear los

---

<sup>678</sup> COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3250. Bogotá, octubre 20 de 2003. p, 3.

denominados “comités de defensa judicial y conciliación”, ello en aras de desarrollar “políticas integrales de defensa de los intereses públicos en litigio y de prevención del daño antijurídico<sup>679</sup>”. Esta directriz dio la línea en el modelo de defensa colombiano que aún existe, esto es, la representación jurídica ante los estrados judiciales es llevada por cada entidad, y son los funcionarios o contratistas abogados, quienes hacen parte de la oficina jurídica de cada entidad, responsables de ejercer la defensa de los asuntos litigiosos, y el comité de conciliación de cada entidad el que se encarga de dar directrices en este tema.

La situación mencionada la consideramos riesgosa porque no todas las veces se establece una doctrina administrativa en materia de defensa. Esto agrava la dispersión en otras funciones, es decir, es común encontrar a estos abogados desempeñando labores diferentes a la de defensa, y también se les imponen otras labores que pueden llegar a ser excesivas. Así, disminuyen su atención, es más, en cualquier momento tienen que interrumpir asuntos administrativos para atender asuntos judiciales, práctica que a todas luces interfiere con el ejercicio de una buena administración.

De igual manera, en la actualidad algunos abogados del Estado de las entidades son vinculados por contrato de prestación de servicios, su plazo oscila entre un mes y un año, circunstancia que empeora la situación si se considera su corto término, en éste técnicamente no se puede ejercer una adecuada defensa, ya que el corto tiempo no le permite analizar el estado del proceso y determinar el rumbo de la estrategia. Esta inconsistencia ocasiona que se pierda continuidad.

Retomando el análisis normativo, la Directiva Presidencial 03 de 1997 determinó que los comités de conciliación fuesen conformados por

---

<sup>679</sup> COLOMBIA, Directiva presidencial 03 de 1997.



las cabezas o directores de cada entidad. Estos tienen la obligación de fijar estrategias para prevenir el daño antijurídico, en coordinación con las oficinas de control interno<sup>680</sup>. Resultado de esta estrategia se establece un indicador, el cual permite medir la gestión de cada entidad en esta materia. Asimismo, tiene la responsabilidad de realizar un análisis sobre las causas que dieron origen a las demandas en curso, o por las que fue condenada la entidad. A la vez, este comité estaba obligado a crear directrices en materia de defensa, atendiendo el instructivo elaborado por la Oficina de Apoyo para la Defensa Judicial del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Vale decir, que esta directiva fue la primera en señalar la importancia que representa la conciliación como un mecanismo que puede facilitar la terminación de un proceso. La figura de la conciliación se consagró en la Ley 23 de 1991, es una herramienta que se usa para descongestionar los despachos judiciales. Sobre el tema debemos anotar que la conciliación en España está prohibida<sup>681</sup>, por esta razón enunciaremos esta figura únicamente para el ordenamiento colombiano.

Posteriormente, se expidió la Ley 446 de 1998, la cual formalizó los Comités de Conciliación al interior de las entidades y exigió que se hiciera a nivel nacional, incluyendo las entidades distritales, municipales y demás entes descentralizados, y les asignó que fuesen

---

<sup>680</sup> COLOMBIA, Ley 87 de 1993, reglamentada por los Decretos 1826 de 1994 y 1537 de 2011, instituye el control interno en la Administración Pública y entre otras introdujo la obligación que tienen las entidades a las cuales les aplica: de proteger sus recursos y de buscar una adecuada Administración ante los posibles riesgos que la afecten.

Igualmente, de definir y aplicar las medidas para prevenir los riesgos, con el objeto de detectarlos y corregirlos, con el fin de no afectar el logro de sus objetivos. También, hace alusión a la obligación que ésta tiene, en definir las políticas como guías de acción y la de establecer sistemas modernos de información que faciliten la gestión, el control y organizar métodos confiables para la evaluación de la gestión.

<sup>681</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 33 de 2003, de 3 de noviembre, Madrid, núm. BOE 264, de noviembre 4 de 2003, artículo 31.

los encargados de direccionar la asistencia jurídica al interior de las entidades administrativas<sup>682</sup>.

A tal efecto, el Gobierno nacional para junio de 2000 expidió el Decreto 1214, actualmente derogado, pero hacemos referencia, por cuanto si analizamos su exposición de motivos, advertimos las razones de preocupación que para ese momento tuvo el Gobierno. Le inquietaba que en todos los órdenes de la Administración Pública contaban con un significativo número de procesos en los que ésta resultaba condenada, como consecuencia de las deficiencias en la prevención del daño antijurídico o en la defensa de sus intereses, lo que provocaba detrimento al patrimonio público, motivo por el cual era imperioso *“...diseñar y desarrollar políticas integrales de defensa de los intereses públicos en litigio y de prevención del daño antijurídico estatal. (...) atendiendo al principio de eficiencia de la función administrativa los Comités de Conciliación, por su importancia y relación con la protección de los intereses públicos deben orientar las políticas de defensa de los intereses públicos en cada entidad”*<sup>683</sup>.

---

<sup>682</sup> COLOMBIA, Ley 446 de 1998, de 7 de julio de 1998, Bogotá, Diario Oficial. 43.335 del 8 de julio de 1998. artículo 75.

<sup>683</sup> COLOMBIA, Decreto 1214 de 2000, Bogotá, Diario Oficial. Año CXXXVI. N. 44069. Julio 5 de 2000. considerandos. Para el tema objeto de nuestra investigación es importante plasmar lo dispuesto en los artículos 1º, 5º, 7º y 9º de éste Decreto, que establece: “Artículo 1º. Campo de aplicación. El presente decreto es de obligatorio cumplimiento para las Entidades y Organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y de los municipios capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles. (...) Artículo 5º. Funciones. El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones: 1. Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.

2. Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad. 3. Estudiar y evaluar los procesos que cursen o hayan cursado en contra del ente, para determinar las causas generadoras de los conflictos; el índice de condenas; los tipos de daño por los cuales resulta demandado o condenado; y las deficiencias en las actuaciones procesales por parte de los apoderados, con el objeto de proponer correctivos. (...) Artículo 7º. Indicador de gestión. La prevención del daño antijurídico será considerada como un indicador de gestión y con fundamento en él se asignarán las responsabilidades al interior de cada entidad. (...) Artículo 9º. Asesoría. La Dirección de Defensa Judicial de la Nación del Ministerio de Justicia y del Derecho asesorará a los entes de que trata el artículo 1º. de este decreto, en la conformación y el funcionamiento de los Comités, y en el diseño y desarrollo de las políticas integrales de defensa de los intereses públicos en litigio y de las de prevención del daño antijurídico estatal.”

El Decreto en mención fue derogado por el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009. Parte de lo señalado en Decreto 1214 de 2000 lo acogió este nuevo Decreto, es así como en las funciones del Comité de Conciliación quedó establecido en los artículos 16, 19 y el artículo 21, que se tenga en cuenta el indicador de gestión dentro de la prevención del daño antijurídico. En consecuencia, los temas citados y adoptados desde junio de 2000, no han sido modificados, de ahí se entendería que lo pretendido por estos artículos a la fecha ha tenido suficiente desarrollo. Se debe anotar que el 20 de septiembre de 2002 se expidió el Decreto 2097 (derogado por el Decreto 1716 en cita), el cual modificó el artículo 3 que hace referencia a la conformación del Comité de Conciliación.

Por su parte, encontramos que el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), el 3 de abril de 2001, definió el concepto de riesgo en el CONPES 3107 como la *“probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”*<sup>684</sup>.

Ahora bien, en el documento CONPES 3250 de 2003 se trató la problemática que enfrentaba la Nación por concepto de demandas y las distintas consecuencias que éstas tenían en el plano político, institucional y fiscal. Pero la preocupación que los aquejaba se centró en garantizar el pago oportuno de estas obligaciones, en caso de ocurrencia de las respectivas contingencias<sup>685</sup>. Sin embargo, de este documento debemos rescatar que para ese entonces (2003), se planteó: la falta de desarrollo en materia de prevención y el aumento de los

---

<sup>684</sup> COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3107, Bogotá, Abril 3 de 2001.

<sup>685</sup> SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ..., ob. cit.*, p. 198.

daños antijurídicos, el ineficiente manejo de la defensa litigiosa estatal, una gran carga de procesos judiciales en su contra. Todo confluía en afectar el erario por el valor de las condenas en contra.

En relación con la ineficaz y precaria defensa de los intereses estatales en litigio, se concluyó que se debía a las deficiencias de tipo organizacional y funcional de las oficinas encargadas de la defensa legal, dificultad de controlar y hacer seguimiento al desempeño de las entidades. Pero además como diagnóstico de esta problemática se mencionó lo siguiente:

*“Son varias las entidades con obligación de recaudar los datos al respecto y de producir información, cada una de ellas con objetivos diversos. La Procuraduría General de la Nación, debe llevar registros actualizados de las condenas vigentes en contra de las entidades estatales, con fines preventivos y de control de gestión; la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, tiene a su cargo la función de administrar un sistema de información y un banco de datos que involucre los procesos en que interviene la Nación con el propósito, entre otros, de contribuir al diseño de políticas, coordinar y hacer seguimiento a la actividad litigiosa; finalmente, y para efectos presupuestales, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección de Crédito Público – Subdirección de Políticas de Riesgo, tiene la función de hacer seguimiento a las valoraciones contingentes de las entidades estatales”<sup>686</sup>.*

---

<sup>686</sup> COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3250. Bogotá, octubre 20 de 2003.

Además, de lo anterior se evidenció que la información recaudada en materia de condenas al Estado, no reunía las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad pretendida. Por tanto las actividades de control y seguimiento para la toma oportuna de decisiones en beneficio de las finanzas públicas no se lograron.

Con este panorama se quiso entre otros:

- Diseñar las medidas tendientes a prevenir el daño antijurídico.
- Consolidar un sistema de información idóneo que suministrara los insumos necesarios para la toma de decisiones, así como fortalecer las instancias encargadas del diseño, coordinación y ejecución de la política de defensa pública.

Por otra parte, para 1999 mediante Decreto 1890 se reestructuró el Ministerio de Justicia y del Derecho, y se creó la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, como dependencia de éste. A tal efecto se le asignó como funciones, entre otras: diseñar las políticas y estrategias de defensa judicial de la Nación, y las referentes a la prevención; fijar estrategias de prevención del daño antijurídico; administrar los bancos de información litigiosa; y la promover el uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. De la misma forma, en el documento CONPES 3250 de 2003 se recordó el desarrollo que desde la Oficina de Apoyo Para la Defensa Litigiosa hasta Dirección de Defensa Judicial de la Nación había operado, con una planta de personal reducida, pese a su función de dirigir las estrategias de defensa y de prevención de todas las entidades nacionales, tarea a todas luces gigantesca, y a nuestro juicio no se adecuaba con el hercúleo aparato administrativo colombiano.

Posteriormente, se expidió la Ley 790 de 2002, la cual fundamentó la necesidad de renovar la estructura del Ejecutivo, con miras a ejercer una sostenibilidad financiera; subsanar la duplicidad de funciones entre organismos y entidades pertenecientes a la organización administrativa y promover la eficacia a través del fortalecimiento de la fijación de resultados medidos a través de indicadores de gestión. En esta medida, decidió fusionar el Ministerio de Justicia y del Derecho con el Ministerio del Interior. Fue así como se creó el Ministerio del Interior y de Justicia, dentro del cual operaría la mencionada Dirección de la Defensa Jurídica de la Nación.

Por su parte, el artículo 15 de esta ley señala entre otras, el deber de fortalecer la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, y en cuanto a sus funciones le asigna prevenir el daño antijurídico y profesionalizar la defensa, a tal efecto exige que se le haga seguimiento al desarrollo de las actividades de representación ejercidas por los funcionarios de las entidades administrativas. Asimismo, encargó a la Dirección de asumir la coordinación de la defensa de los procesos en que haga parte el Estado, y con pretensiones mayores a 2.000 salarios mínimos legales mensuales.

Para junio de 2003 se promulgó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006<sup>687</sup>, a través de la Ley 812 de 2003. En ésta se estableció la necesidad de desarrollar un “*Programa de Renovación de la Administración Pública*”, en virtud de ello, se implementó una política única de defensa judicial de la Nación. Su objetivo principal fue: evaluar las causas que originan los procesos judiciales en contra de la Nación; detectar las fallas comunes para que se den estos procesos; y

---

<sup>687</sup> COLOMBIA, Ley 812 de 2003, de 26 de junio, Bogotá, Diario Oficial No. 45.231 de Junio 27 de 2003. Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario. Esta ley aprueba el plan de desarrollo para el primer periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez.

establecer los procedimientos para adelantar las acciones de repetición. En suma, con la expedición de esta normativa se muestra la intención que tuvo el Gobierno de evitar litigios y de acudir preferiblemente a la conciliación<sup>688</sup>.

Para febrero de 2003 se expidió el Decreto 200, éste asignó más labores a la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, a fin de consolidar una estrategia en materia de asistencia jurídica pública<sup>689</sup>.

Aunque no es objeto de nuestro análisis debemos dejar por lo menos enunciado, que el Estado Colombiano, en materia de obligaciones contingentes tiene un marco regulatorio especial expedido con el propósito de controlar el Marco Fiscal de Mediano Plazo, son del caso: Ley 358 de 1997<sup>690</sup>; Ley 448 de 1997<sup>691</sup>, y la Ley 819 de 2003<sup>692</sup>. Es la Ley 819 la que define las obligaciones contingentes como aquellas que se originan en operaciones de crédito público, otros contratos administrativos, sentencias y conciliaciones.

En relación con las apropiaciones que se estiman para calcular esta clase de obligaciones<sup>693</sup> tendientes a pagar los fallos definitivos de procesos judiciales en contra, siendo éste un tema crucial para la Administración colombiana, y su preocupación se centró en tener presupuesto para responder por aquellas. De ahí que la Directiva

---

<sup>688</sup> COLOMBIA, Ley 812 de 2003, de 26 de junio, Bogotá, Diario Oficial No. 45.231 de Junio 27 de 2003, artículo 8 numeral 3.

<sup>689</sup> COLOMBIA, Decreto 200 de 2003, de febrero 3, Bogotá, Diario Oficial No 45.086, de 3 de febrero de 2003, artículo 20. 1

<sup>690</sup> “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”

<sup>691</sup> “Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.”

<sup>692</sup> “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”

<sup>693</sup> Respecto del cálculo de los pasivos contingentes puede *Vid.* HERNÁNDEZ BURBANO, M., *Defensa jurídica del Estado...*, ob. cit., p. 65 y ss.

Presidencial No 1 de 2003 dispuso que todas las entidades pertenecientes al nivel central deben remitir toda la información relacionada con:

*“1. La relativa a los pasivos contingentes que puedan estar a cargo de la Nación colombiana en virtud de estipulaciones acordadas en los contratos de que trata el Decreto Reglamentario 423 de 2001, y que se hayan celebrado con posterioridad al mes de julio de 1998.*

*2. La información financiera completa acerca de las garantías otorgadas a operaciones de crédito público por la respectiva entidad.*

*3. La información requerida en el Formato Único de actividad litigiosa del Estado y de suministro de datos para valoración de pasivos contingentes que se anexa a la presente directiva.”<sup>694</sup>*

Esta información debería ser enviada al Ministerio del Interior y de Justicia – Dirección de Defensa Judicial de la Nación y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, División de Pasivos Contingentes.

Por su parte, la Ley 872 del 30 de diciembre de 2003, creó el sistema de gestión de calidad. De acuerdo con esta disposición la mayoría de las entidades del Estado tienen certificado su sistema de gestión de calidad por terceros, es decir, ajenos a la entidad. Por consiguiente, se diría en principio que éstas cuentan con sistemas maduros, los cuales tienen dentro de sus finalidades corregir y prevenir el acaecimiento de riesgos o errores que pueden generar responsabilidad para la entidad.

---

<sup>694</sup> COLOMBIA, Directiva presidencial 021 de 2003.



Del desarrollo visto hasta acá, sobre la asistencia jurídica advertimos la intención del Legislador y del Gobierno de crear una estrategia tendiente a tener un adecuado manejo de la asistencia jurídica pública. Sin embargo, dicho esfuerzo no se dio de manera organizada, por el contrario evidenciamos la desorganización en materia de normatividad. Igualmente, y para hacerle frente a la dirección de la asistencia jurídica pública, se creó una oficina con personal reducido, dependiente del Ministerio de Justicia y del Interior, encargada de manejar los asuntos litigiosos.

Este tema lo aborda UPRIMY YEPES, quien estima que el Estado colombiano se ha caracterizado por ser un litigante frecuente en los estrados judiciales, demandado de manera masiva, aun así se comporta como un litigante ocasional, es decir, no tiene una estrategia de defensa fuerte y consolidada<sup>695</sup>. Añade el autor que en el transcurso de los años 2000 a 2006, si bien se vio una mejoría y la intención por parte del Estado de generar procesos de consolidación y transformación de la asistencia jurídica pública, su gestión continuó presentando problemas, centrados en los siguientes aspectos: el cansancio que mostraron los defensores en el litigio, causado por la sobre carga laboral que tenían estos profesionales, esto generó que algunos procesos no cumplieran con todas las obligaciones procesales; por ejemplo se contestaba la demanda, pero no se realizaban los alegatos de conclusión, o de hacerlo se realizaban sin argumentos sólidos. Así, que el Estado tenía una gran probabilidad de pérdida<sup>696</sup>. Adicionalmente, se evidenció la falta de asesoramiento en la actividad de prevención, que no se consolidó, por lo que la Organización administrativa estaba proclive a cometer actos de

---

<sup>695</sup> UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa..., *ob. cit.*, p. 271.

<sup>696</sup> *Ibíd.*, p.268-269.

mala administración, y como consecuencia a lesionar los derechos de los administrados<sup>697</sup>.

Estas críticas que hace UPRIMY YEPES tienen su sustento en que el Estado colombiano no se caracterizó por tener una línea definida en materia de asistencia jurídica. Otro aspecto de no menos importancia, fue el hecho de encargar a una oficina pequeña para generar directrices en materia de asesoramiento y de defensa, más aun, para todo un país, resultaba esto inadmisibile. Posteriormente, el Estado determinó los puntos neurálgicos que existían para este entonces, decidió reforzar la conciliación como un mecanismo que permitía, en términos de economía y de tiempo, resolver los conflictos suscitados en las entidades pertenecientes a la Administración.

La conciliación tiene como propósito principal propender por la descongestión judicial, y así resolver con celeridad el conflicto en que el Estado se vea envuelto, pero para ello se le impuso la carga a las partes del proceso, de formular un acuerdo, el cual será validado por un conciliador. Este mecanismo alternativo al proceso judicial es permitido ejercerlo en materia administrativa, pues el artículo 116 Constitucional así lo establece cuando dice:

*“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir*

---

<sup>697</sup> *Ibíd.*, p. 275.

*fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

Debemos advertir que la excepcionalidad se convirtió en un uso cotidiano, de hecho actualmente la conciliación es un requisito de procedibilidad para que la demanda pueda admitirse en ciertas materias contencioso administrativas (acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, acciones contractuales y las acciones de reparación directa)<sup>698</sup>.

Así, al estar dispersa la normatividad en materia de conciliación, se promulgó la Ley 446 de 1998, uno de sus propósitos fue reunir en una sola norma las diversas disposiciones legales que para ese momento se habían ocupado del tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>699</sup>.

La conciliación no sólo fue incluida dentro del proceso judicial como un mecanismo extrajudicial, también puede ser solicitada dentro del proceso, la diferencia es que la extrajudicial se surtirá obligatoriamente ante la Procuraduría General de la Nación y de

---

<sup>698</sup> COLOMBIA, Ley 1285 de 2009, de enero 22, Bogotá, Diario Oficial 47.240 de enero 22 de 2009, artículo 13 estableció “A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial”. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, en la cual se impone la obligación en materia administrativa de acudir a las partes a la conciliación extrajudicial en Derecho. Igualmente mediante Decreto 1716 de 2009 en su artículo 2 establece que pueden acudir a conciliar no sólo las entidades públicas sino también las entidades privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

<sup>699</sup> YOUNES MORENO, D., “Vía gubernativa –conciliación-arbitramento..., *ob. cit.*, p. 49. Manifiesta el autor que para ese momento se encontraban vigentes “la Ley 23 de 1991, capítulo V, reformada por el decreto 2651 de 1991, artículos 6 al 10, el Decreto 171 de 1993 por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 6 del Decreto 2651 de 1991 y que desarrollaba los aspectos de conciliación dentro del proceso, el Decreto 173 de 1993 de 1993, que reglamentó la Conciliación Prejudicial de que se trataba el capítulo V de la Ley 23 de 1991 y la Ley 192 de 1995 que prorrogó la vigencia del Decreto 2651 citado, por una año más.”

llegarse a un acuerdo será el juez competente encargado de aprobarlo o improbarlo, De otro lado, surtida dentro del proceso será adelantada por el juez y será éste quien determine o no su conformidad.

Ahora bien, la intención de generar mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, no sólo debe verse desde la visión de generar un camino expedito para la solución de los conflictos, aquel permitirá también en sede administrativa, reevaluar los actos cometidos por la Administración con miras a determinar por ella misma su falta, sino también hace prevalecer los intereses particulares del afectado. De igual manera se protege el erario, por cuanto el dinero pagado en la conciliación será menos que el generado por una sentencia.

Adicional a ello, esta forma de solución de conflictos fue una de las estrategias que trazó el Gobierno en la defensa, *“resulta de gran importancia la labor que se pueda desarrollar en las etapas prejudicial y judicial, pues es allí en donde, a través de acciones idóneas y efectivas, se puede prevenir o disminuir en gran medida las condenas impuestas al Estado por las diferentes instancias judiciales. Es por esto que la conciliación, tanto prejudicial como judicial, se busca incidir positivamente en estas fases del ciclo de defensa, de tal manera que logre reducir el pasivo contingente del Estado mediante acuerdos justos y equitativos para las partes (...)”*<sup>700</sup>.

La Ley 640 de 2001 modificó algunas normas en materia de conciliación y estableció el procedimiento que se debe surtir respecto de este mecanismo alternativo de solución de conflictos. En materia administrativa estableció que el conciliador es la Procuraduría General

---

<sup>700</sup> COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Lineamientos jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo, Bogotá, 2014. Prólogo.

de la Nación. Posteriormente con la expedición de la Ley 1367 de 2009 se le asignó la función directa de conciliar. Estas reformas normativas trajeron consigo el incremento de la planta de personal para desempeñar las funciones de conciliación. Es menester anotar que con la promulgación del Decreto 1716 de 2009 se regularon el procedimiento y los temas conciliables en materia administrativa.

Así las cosas, no sólo se designó un órgano especial encargado de tratar los temas de conciliación extrajudicial administrativa, también se vio la necesidad que este procedimiento fuera adoptado y desarrollado al interior de las entidades administrativas. Así, en las entidades los comités de conciliación son los encargados de velar por el adecuado uso de esta instancia.

***Gráfico 1. Funciones Comité de conciliación en lo referente al uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos.***

<b>UTILIZACIÓN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b>	Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad.
	Fijar directrices institucionales para la aplicación de los mecanismos de arreglo directo, tales como la transacción y la conciliación, sin perjuicio de su estudio y decisión en cada caso concreto.
	Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante

	<p>legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación.</p> <p>Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada.</p>
--	--

Fuente: ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, ob. cit., p.35.

En todo caso, encontramos que no sólo los comités de conciliación tienen que desarrollar internamente una labor de prevención y defensa. También tienen la obligación de determinar las directrices en materia de conciliación. Adicional a ello, serán estos comités, en su calidad de convocados, los que aprueben o no la propuesta de conciliación presentada por la parte convocante (particular).

Entonces los comités de conciliación se convierten en los auténticos determinadores de la asistencia jurídica pública dentro de la organización administrativa, fijando aspectos de prevención, defensa, y dentro de esta los atinentes a la conciliación. Sin embargo se debe decir que estos no actuarán con libertad absoluta, se deben someter a los lineamientos generales que antes del 2011 eran dados por la Dirección de Defensa Jurídica de la Nación, en lo referente a la organización administrativa estatal.

En el estudio realizado por YOUNES MORENO se determinó que la conciliación tanto judicial como extrajudicial presentó un ahorro significativo para el erario. No obstante, comenta dentro de sus conclusiones, que los comités de conciliación deben articularse

adecuadamente, para ello propone la educación en prácticas negociables que se echan de menos en la labor desempeñada por los representantes de las entidades administrativas<sup>701</sup>.

El papel interno de evaluación jurídica se reduce al análisis que haga en Derecho el abogado del Estado, quien será determinante en la decisión que tome la Administración en la controversia sometida a conciliación<sup>702</sup>. Así, el abogado del Estado deviene en parte importante dentro de la entidad en lo que se refiere a la conciliación. Considera ORREGO MORALES que *“debe imponerse la racionalidad jurídica en el obrar de los abogados del Estado, como colaboradores directos de los Comités de Conciliación, en aras de la prestación adecuada de los servicios jurídicos del Estado y, por tanto, del cumplimiento de los postulados de una buena Administración Pública”*<sup>703</sup>.

Otra situación a la cual debemos hacer mención, fue la determinación del número de procesos en contra del Estado, que generó inconvenientes, ya que para los años 1994 hasta mediados del 2000, el Estado no conocía con exactitud cuántos procesos judiciales cursaban en su contra<sup>704</sup>, pese a que convergían varias entidades que podían consolidar esta información determinante para la asistencia jurídica pública, entre ellas estaban la Procuraduría General de la Nación<sup>705</sup>, la

---

<sup>701</sup> YOUNES MORENO, D., “Vía gubernativa –conciliación–arbitramento..., *ob. cit.*

<sup>702</sup> Respecto de los órganos colegiados establecidos dentro de la Administración y con el ánimo de controlar, analizar la problemática litigiosa y presentar soluciones tendientes a eliminar la probabilidad de controversias judiciales los intereses patrimoniales, se decide por Decreto 2484 de 2008. Éste creó la Comisión Intersectorial para la Defensa de los Intereses Jurídicos de la Nación, que tiene como fin estudiar la problemática presentada en virtud de las controversias judiciales. Fue así como se le otorgó la posibilidad de conceptuar y asesorar sobre los procesos en que la administración a nivel estatal se encuentren en curso.

<sup>703</sup> ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, *ob. cit.*, p.44.

<sup>704</sup> QUINTERO PATIÑO, D., “Pasivos contingentes por procesos judiciales en contra de Bogotá D.C., a 31 de diciembre de 2013”, en *Revista Bogotá económica*, No 19 mayo de 2014, p. 51.

<sup>705</sup> Tiene registros de las condenas vigentes en contra de las entidades estatales, la finalidad de estos son la prevención y de control de gestión

Dirección de Defensa Judicial de la Nación<sup>706</sup> y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>707</sup>.

En todo caso esta información litigiosa era imperiosa consolidarla para determinar las directrices preventivas a cargo de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación. De ahí que para el año 2004 se instó a las entidades a reportar los estados de los procesos en curso, incluyendo la valoración de las pretensiones, esto a fin de tener un cierto control de los procesos que cursaban en contra del Estado. En consecuencia para el año 2005 se diseñó e implementó una herramienta tecnológica denominada Sistema de Pleitos de la Nación que tenía por objeto facilitar el acceso de la información litigiosa<sup>708</sup>. Posteriormente, el 23 de mayo de 2007 se expidió el Decreto Nacional 1795, el cual estableció el Sistema Único de Información de gestión jurídica del Estado (LITIGOB), como único sistema de recaudo y administración de la información relacionada con la actividad litigiosa, interna del Estado<sup>709</sup>.

Este aplicativo brinda información consolidada y detallada y permite entre otros beneficios: conocer cuántos procesos cursan en cada una de las entidades; el tipo, su valor de pretensión; los recursos interpuestos; la clase de fallo que ha tenido cada demanda; cuánto le podría costar el fallo; las fechas de instauración de la demanda, de los recursos interpuestos y de los fallos. Esta información en conjunto es de suma importancia para que la alta dirección de cada entidad tome oportunamente las decisiones del caso. Pero también puede dar una

---

<sup>706</sup> Tiene un banco de datos de los procesos en que interviene la Nación, con el objeto de contribuir al diseño de políticas, coordinar y hacer seguimiento a la actividad litigiosa.

<sup>707</sup> Su finalidad es presupuestaria, también hacer seguimiento a las valoraciones contingentes de las entidades estatales.

<sup>708</sup> HERNÁNDEZ BURBANO, M., *Defensa jurídica del Estado...*, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>709</sup> QUINTERO PATIÑO, D., "Pasivos contingentes...", *ob. cit.*, p. 52.



guía para que el encargado de la defensa coadyuve a tomar las medidas pertinentes en aquellos casos de gran impacto o para los procesos reiterativos. De ahí la importancia de mantenerla actualizada y de esta manera poder contar con una información confiable, oportuna y disponible para tomar correcta y oportunamente las decisiones, diseñar e implementar estrategias y evitar que vuelva a ser demandado el Estado por el mismo hecho.

Aun así, el Gobierno consideró la importancia que merecía la asistencia jurídica pública por lo que creó una nueva entidad denominada Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, eliminando así la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, ya que evidenció la creciente erogación del Estado por concepto de sentencias y conciliaciones. La Agencia fue creada mediante Ley 1444 de mayo de 2011 como una unidad administrativa especial, de carácter descentralizada y en consecuencia se le dotó de personería jurídica, teniendo autonomía administrativa, financiera y patrimonial, dicha entidad está adscrita al Ministerio de Justicia y Derecho, es menester aclarar que esta ley dividió el antes fusionado Ministerio del Interior y de Justicia en dos nuevos, el de Justicia y del Derecho y del Interior<sup>710</sup>.

El objeto de crear esta nueva entidad radicó en que se encargara de estructurar, formular y diseñar las políticas preventivas del daño antijurídico, como también la referente a la defensa en los estrados. Es así como se le dan las funciones de monitorear y evaluar a la Administración. (No incluye en principio los entes descentralizados territorialmente Municipios y departamentos, salvo que exista un convenio interadministrativo). Posteriormente, para noviembre de 2011 se expide el Decreto 4085 en desarrollo del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1444, en cita, y señala los objetivos y la estructura de la

---

<sup>710</sup> COLOMBIA, Ley 1444 de 2011, de 4 de mayo, Bogotá, artículo 5, párrafo.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Dentro de estas se consagró una serie de actividades que se mencionan a continuación:

*“(i) La identificación y prevención de conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas y del daño antijurídico generador de responsabilidad patrimonial para el Estado; (ii) la administración, control y procesamiento de la información relativa a la Defensa Jurídica del Estado; (iii) la utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; (iv) la participación en los procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir; (v) la evaluación de los resultados de la defensa jurídica del Estado y del cumplimiento de sentencias y conciliaciones, y (vii) la recuperación de dineros por la vía de acción de repetición”<sup>711</sup>.*

Observamos que las funciones de la nueva entidad tienen por objeto realizar una asistencia jurídica transversal de la organización administrativa. Sin embargo se desaprovechó la oportunidad de tomar la competencia directa para defender los asuntos judiciales, lo cual a nuestro juicio permite una mejor asistencia en los estrados de los procesos judiciales, por cuanto se eliminaría la situación referida a la sobre carga de procesos y labores a las que se ven sometidos los abogados del Estado.

Ahora bien el Decreto 4085 de 2011 define la asistencia jurídica pública como: *“la defensa jurídica de la Nación como el conjunto de las actuaciones dirigidas a la garantía de los derechos de la Nación y del*

---

<sup>711</sup> COLOMBIA, Decreto 4085 de 2011, de noviembre 1, Bogotá, Diario Oficial 48240 de noviembre 1 de 2011, artículo 3.

*Estado y de los principios y postulados fundamentales que los sustentan, y a la protección efectiva del patrimonio público*<sup>712</sup>. Ante esto, contemplamos como la intención de la Agencia más que garantizar el interés general o la correcta prestación de la función administrativa, está dirigida a proteger el patrimonio público, posición diferente a la que hemos venido analizando, esto es, que la defensa debe partir desde el correcto asesoramiento y la efectiva garantía de los derechos de las personas.

En materia de asesoría, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es responsable de evaluar y difundir las políticas de prevención del daño antijurídico, por ello sus estrategias deben ser acogidas en principio por las entidades. Por consiguiente se hace necesario que al interior de éstas adecúen sus procesos y procedimientos para así cumplir los objetivos de esta unidad administrativa. Además, debemos tener en cuenta la importancia que significa para la defensa determinar y elaborar los protocolos para materializar una adecuada gestión de la defensa jurídica, actividad que apunta a unificar esta gestión, y con buenos ojos vemos que quedó como una función más de esta Agencia.

En cuanto a las conciliaciones extrajudiciales se le encomendó a la Agencia evaluarlas y revisarlas, para ello en julio de 2012 con la promulgación de la Ley 1564 el artículo 613 señala: *“Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su*

---

<sup>712</sup> COLOMBIA, Decreto 4085 de 2011, de noviembre 1, Bogotá, Diario Oficial 48240 de noviembre 1 de 2011, artículo 3.

*intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente (...)*<sup>713</sup>.

A nuestro juicio este requisito procesal sirve para controlar el número de conciliaciones. De otro lado, debemos tener en cuenta la obligación que recae a las entidades de enviar un informe referido a las convocatorias de conciliación y la decisión del Comité de Conciliación de conciliar o no<sup>714</sup>. Estas dos informaciones se pueden contrastar, para verificar su confiabilidad. En relación con el tema de enviar la solicitud a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, permite también determinar si se hace parte en calidad de apoderado o de interviniente, de acuerdo a la cuantía de las pretensiones, el impacto fiscal, la reiteración de las causas y la trascendencia jurídica de los temas que se debaten.

De igual forma, el Decreto 4048 de 2011 hace especial énfasis en la necesidad de obtener datos adecuados y fiables, para ello desarrollará y administrará los sistemas de información de gestión. Para la consecución de estos objetivos conmina a las entidades para que aporten oportunamente datos reales.

---

<sup>713</sup> COLOMBIA, Ley 1564 de 2012, de julio 12, Bogotá, Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.

<sup>714</sup> COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación, fecha corte-septiembre de 2013, p.36. “El Formato Único de Información Litigiosa y Conciliaciones - FUGCC, previsto en el artículo 25 del Decreto 1716 de 2009, es la herramienta empleada para la recolección de información relativa al mecanismo de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El FUGCC de acuerdo con el diseño establecido en su momento por la Dirección de Defensa Jurídica del Estado (DDJ) del Ministerio de Interior y de Justicia, consta de cuatro folios que se recogen los siguientes aspectos: (i) información general de las entidades, así como de las políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa jurídica que se hayan formulado (Hoja 1); (ii) relación de conciliaciones y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos que se hayan empleado (Hoja 2); y (iii) relación de las acciones de repetición y llamamientos en garantía con fines de repetición que se hubiesen surtido”.

En virtud de la posibilidad preceptuada en el artículo 6, párrafo 1 del Decreto 4085 de 2011, a la Agencia se le dio la posibilidad de ejercer la representación judicial de las entidades territoriales, previa suscripción de un convenio interadministrativo. Posteriormente con la expedición de la Ley 1551 de 2012 posibilitó la asesoría a los municipios de 4ª, 5ª y 6ª categoría en asuntos relacionados con procesos ejecutivos y contenciosos referidos al Sistema General de participación, regalías y rentas propias con destinación específica para el gasto social.

Debemos hacer énfasis que el asesoramiento de las entidades a nivel Nacional tendrá que someterse a las directrices emitidas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, no sólo en materia de prevención, sino también deberá acudir al concepto de la Agencia en los casos de extensión de jurisprudencia<sup>715</sup>.

Luego del análisis normativo realizado, podemos inferir que con la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se intentó consolidar y magnificar a la asistencia jurídica, la cual como vimos en la primera parte de éste capítulo, permite la consolidación de estándares de buen gobierno y buena administración. En consecuencia se consigue el respeto a los postulados constitucionales, y esto trae consigo la concreción del interés general.

Se puede afirmar que el modelo colombiano tiene un centro que se encarga de dirigir la asistencia jurídica pública de la Nación, y de

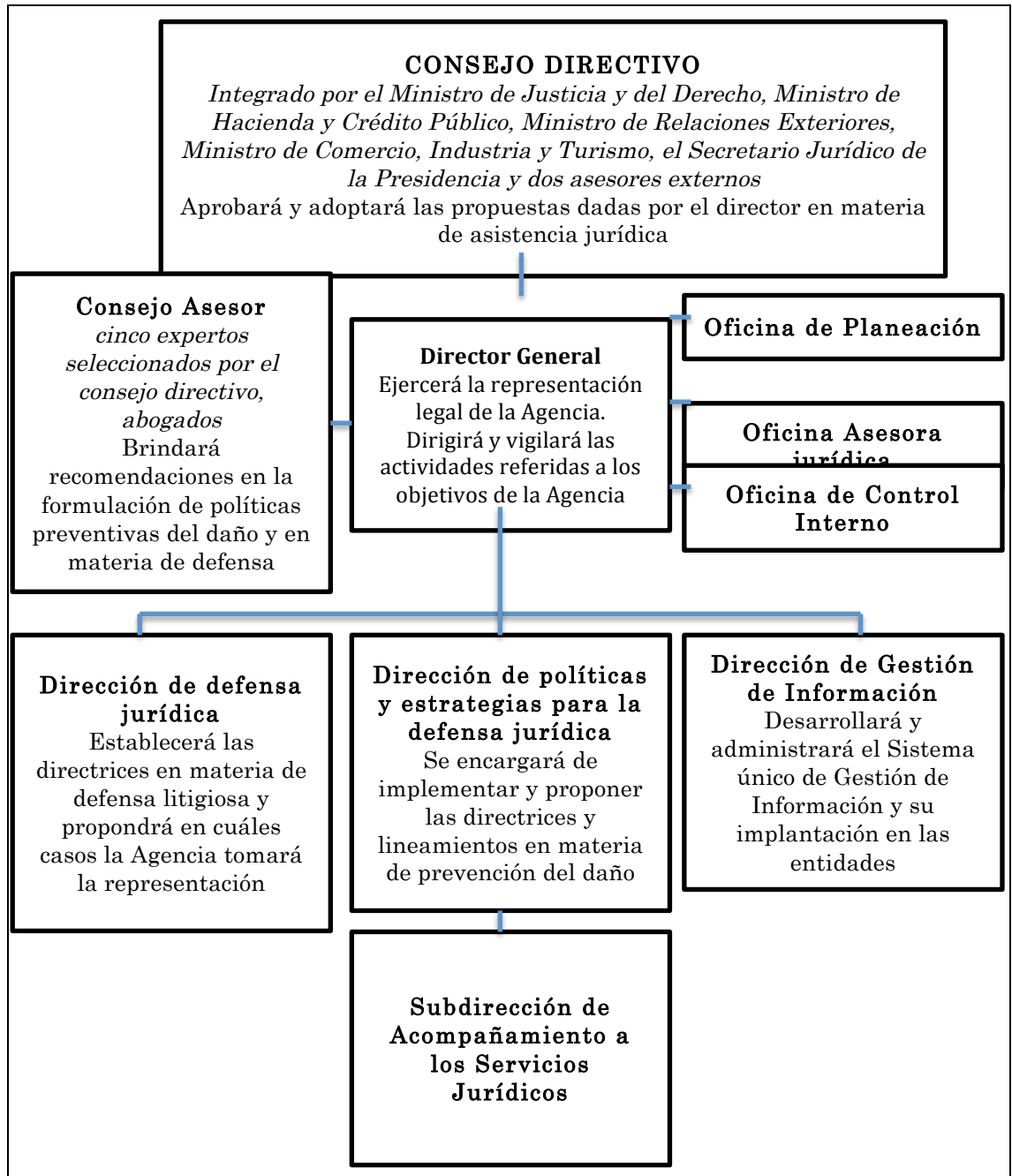
---

<sup>715</sup> La extensión de jurisprudencia es una figura jurídica preceptuada en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, la cual tiene por objeto que las personas puedan solicitar a la Administración en virtud de una sentencia de unificación proferida Consejo de Estado, se le extiendan los efectos de la misma. Por cuanto concurren presuntamente los supuestos jurídicos y fácticos tenidos en cuenta para la decisión de la sentencia. En virtud del artículo 614 de la Ley 1564 de 2012 para que una entidad pueda aplicar esta figura deberá contar con concepto previo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

esta debemos resaltar la línea que da a través de conceptos los cuales son las directrices de los comités de conciliación, que sirven para incentivar el desarrollo de políticas internas adecuadas y con esto generar procesos adecuados de asistencia jurídica pública.

En este punto debemos aclarar cuál es la estructura interna de la Agencia, esto nos permitirá entender su esquema de jerarquización y división de sus funciones.

**Gráfico 2. Estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.**



Fuente: Diseño propio, basado en el Decreto 4085 de 2011 y el Decreto 0689 de 2012.

Al hacer la revisión de esta estructura evidenciamos la existencia de un Consejo Consultivo encargado de aprobar las decisiones macro de la Agencia, las cuales son presentadas por el Director General como representante legal de la entidad, quien a la vez cuenta con un Consejo Asesor que le brinda recomendaciones para el correcto ejercicio de su labor. De esta estructura y en términos generales, rescatamos tres grandes temas que han sido la preocupación del Gobierno colombiano en materia de asistencia jurídica pública: la defensa; la prevención del daño antijurídico y la gestión de información. Así las cosas, nos percatamos de la ausencia o desamparo en materia de asesoría en temas de impacto o trascendentales que requieran concepto, ya que como mencionamos, el esquema colombiano se centra en la prevención del daño antijurídico.

Pero pese a la intención del Gobierno y del Legislativo de generar una asistencia jurídica adecuada encontramos ciertos problemas que merecen la pena mencionarlos:

El primero de ellos, es la proliferación de normatividad expedida en esta materia, esto indica que no hubo estabilidad y a nuestro juicio generó inseguridad jurídica. Además no permitió la consolidación de un modelo de asistencia jurídica pública robusto. No obstante, al interior de las entidades es costumbre crear normatividad que se limita a la copia literal de las directrices dadas por el órgano encargado de la asistencia jurídica, sin generar verdaderas políticas internas que permitan la consolidación del proceso de asistencia jurídica<sup>716</sup>.

---

<sup>716</sup> “Pese a las múltiples normas que establecen la creación de las políticas de prevención del daño antijurídico, pudimos evidenciar que muchas de las Empresas Sociales del Estado no han adoptado una propia. Contrario sensu, se limitan a copiar las directrices dadas por las entidades encargadas de liderar el proceso de gerencia jurídica pública que para el caso de las veintidós Empresas Sociales del Estado



Ahora, respecto de la vigencia de la normativa que se ha expedido, encontramos que ha sido corta, hecho que impide su desarrollo y genera confusión. Esto repercute en el funcionamiento interno de la organización administrativa. En consecuencia se crea un ambiente propicio para que existan malas prácticas administrativas.

Debemos agregar que al respecto se ha tratado de generar planes de contingencia para este tipo de situaciones, es así como mediante Directiva Presidencial 01 de 2005 se ordenó al Ministro del Interior y de Justicia realizar un inventario normativo y crear un sistema único de información normativa, labor que a la fecha se encuentra en su fase de implementación y consolidación<sup>717</sup>.

El problema principal no radica en determinar cuántas normas existen respecto de un tema, si bien es determinante el problema trasciende a la excesiva proliferación normativa, lo que impide a todas luces el logro de estrategias de asistencia jurídica, tanto de asesoramiento como en materia litigiosa.

El segundo problema se refiere a la información de los litigios y al fomento de la cultura de asistencia jurídica pública. Observamos que en el informe de gestión de 2013 dado por la Agencia, las entidades son reticentes a remitir información y a diligenciar los documentos necesarios para realizar el análisis de mecanismos idóneos, reales y efectivos y de este modo ejercer una adecuada asistencia jurídica, es así como se dijo:

---

analizadas, es la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá.” SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ...*, ob. cit., p. 257.

<sup>717</sup> Información obtenida de la página web del sistema consulta del 13 de abril de 2015, <http://www.suin.gov.co/Acerca-de-SUIN-JURISCOL>.

*“Revisada la información reportada, se encontró que de las 347 entidades obligadas a enviar información FUGCC, únicamente cumplieron con el reporte conciliación y MASC 180 entidades, lo cual supone un cumplimiento del 52% (...) De las 180 entidades que enviaron el formulario, tan sólo 52 entidades, es decir el 29%, diligenciaron de manera completa la hoja 2 correspondiente a la relación de conciliaciones y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, MASC. Las 130 entidades restantes, representando el 71%, diligenciaron el formulario de forma incompleta”<sup>718</sup>.*

Adicional a ello declara respecto de las entidades que están obligadas a informar de sus políticas de prevención:

*“Por otra parte, de las 180 entidades que reportaron información, 31 dicen contar con políticas de prevención y de defensa, lo cual corresponde al 17,2%, (...) A su vez, de las 31 entidades que reportaron contar con políticas de Prevención y de Defensa, sólo 17 de ellas anexaron algún tipo de soporte documental, (...)”<sup>719</sup>.*

Cabe mencionar que según los informes de gestión del segundo y tercer trimestre de 2015, elaborados por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, uno de los temas que presenta problemas es la consolidación de información litigiosa. Se puede reconocer un avance claro en este asunto, sin embargo su índice de confiabilidad aún no es del cien por ciento.

---

<sup>718</sup> COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación, fecha corte-septiembre de 2013, p. 3-38.

<sup>719</sup> *Ibíd.*, Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación, fecha corte-septiembre de 2013, p. 38.

Lo anterior evidencia que las entidades no ven la importancia que conlleva cumplir con estos requerimientos. En este entendido, se encuentran rumbos diferentes que obstaculizan tomar las medidas preventivas correspondientes, no sólo referidas a la prevención del daño antijurídico, sino todas aquellas que constituyan actos de mala administración o mal gobierno, pero también existen acciones que sin llegar a ser ilegales generan actos de mala administración (ej. excesivas demoras en los trámites administrativos), los cuales no permiten la observancia del interés general.

Para contrarrestar lo anterior, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado desarrolló en 2013 un documento denominado *“Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico”* y en el año 2014 creó el *“Manual para la elaboración de políticas de prevención del daño antijurídico”*. Dichos documentos tienen como fin ilustrar y coadyuvar a las entidades en la creación de políticas de prevención del daño antijurídico, partiendo del análisis de reclamaciones por parte de los administrados, donde se deberá tener en cuenta la información litigiosa. Lo mencionado tiene por objetivo evitar que la causa de la condena se repita, y de igual forma indica que debe realizarse un análisis interno de los procesos que se surten en la entidad con el objeto de verificar cuáles conductas pueden ser atentatorias contra los derechos de las personas.

En suma, observamos que el ordenamiento positivo colombiano ordena la elaboración de políticas de prevención de daño antijurídico por parte de las entidades estatales. De la misma manera, para el Estado colombiano la prevención de riesgos y su administración, cobró verdadera importancia desde la expedición de la Constitución Política del año 1991. Es así como vemos que se empezaron a tomar medidas

para ejercer un buen gobierno, en las cuales se incluye la asistencia jurídica pública<sup>720</sup>.

Pese a lo anterior, el informe de gestión de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación del 2014 manifiesta que los pagos por sentencias y conciliaciones han aumentado, es por lo que este resultado nos lleva a pensar que su política no es del todo adecuada<sup>721</sup>. Situación que permite sostener que si bien se forman sendos documentos para dirigir la asistencia jurídica pública, aquella no es adecuadamente adoptada por las entidades. En esta perspectiva, podemos ver que la consolidación de un modelo de asistencia jurídica pública presenta serios problemas de sincronización y de dirección.

Debe anotarse que los comités de conciliación deben tener un mejor desarrollo de sus funciones, por cuanto si bien la Agencia direcciona y trabaja en busca de las herramientas idóneas para el establecimiento de una base general, los encargados de preparar estas directrices son los comités de conciliación, para ello deberán profesionalizar sus funciones. Esto requiere un adecuado asesoramiento, que permita la salvaguarda de los postulados constitucionales en el ejercicio de la función administrativa. Debemos ser conscientes de las múltiples labores con que cuentan las cabezas de las entidades, es así como NIETO GARCÍA manifiesta que muchas veces el director o encargado de una entidad no tiene tiempo ni siquiera de preparar las reuniones por su atareada agenda<sup>722</sup>. Es por ello que en la praxis la labor se desplaza al abogado del Estado que está vinculado con la entidad, encargado de realizar el control de legalidad y la observancia del interés general por parte de la entidad.

---

<sup>720</sup> Línea que a propósito es seguida por la mayoría de los Estados. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL, Declaración del milenio de 2000. 8ª sesión plenaria de septiembre 8 de 2000.

<sup>721</sup> COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Informe de gestión 2014, fecha corte-31 de diciembre de 2014, p. 6.

<sup>722</sup> NIETO GARCÍA, A., *La "nueva" organización...., ob. cit.*, p. 43 ss.

En cuanto a la información litigiosa, observamos que en un modelo desconcentrado la consolidación de bases de información se torna complicada porque el suministro de los datos corresponde a cada una de las entidades, información que puede darse a conveniencia o de forma incompleta, por sistemas de gestión internos deficientes<sup>723</sup>. Estos inconvenientes no favorecen la consolidación de verdaderas políticas de prevención y defensa. Inconsistencia que se confirma en el documento elaborado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación de 2013, el cual da cuenta de cómo las entidades administrativas reportan de manera incompleta o simplemente no presentan información. Es por ello que la consolidación de información se torna difícil, pese a existir una norma que responsabiliza al representante legal de cada entidad a designar un encargado que vele por la gestión de la información y su suministro a las entidades competentes<sup>724</sup>.

Otro problema, tiene relación con las labores desempeñadas por los profesionales del Derecho. Mencionamos al inicio de este capítulo la preocupante situación que genera encargar a contratistas para que defiendan y representen a la Administración<sup>725</sup> y la sobre carga de tareas que tienen los abogados del Estado. Creemos que en materia de defensa debería existir un cuerpo de abogados exclusivo que se encargue de realizar esta labor, con el propósito de atender correctamente las directrices dadas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado,

---

<sup>723</sup> PELÁEZ GUTIÉRREZ, J., *Documento técnico de base del proyecto “defensa jurídica pública de la Auditoría General de la República y de los órganos de control fiscal territorial: un desarrollo del programa ‘pedagogía, prevención y control social en la lucha frontal contra la corrupción’*, Auditoría General de la República, Bogotá, 2013, p. 25.

<sup>724</sup> COLOMBIA, Decreto 1795 de 2007, de 23 de mayo, Diario Oficial 46637 de mayo 23 de 2007, artículo 3.

<sup>725</sup> Ejemplo Superintendencia nacional de Salud contratos julio de 2014, se contrataron cuatro abogados para la representación de los intereses de la Entidad, en <http://www.supersalud.gov.co/supersalud/LinkClick.aspx?fileticket=9U%2FbEGPVeeY%3D&tabid=936>, consulta 14 de abril de 2015.

y redunde en permitir la consolidación de un verdadero asesoramiento y una sincronía eficaz con la entidad encargada de dirigir la asistencia jurídica.

En cuanto a los abogados vinculados por contrato, debemos considerar lo visto en el primer capítulo, referido a que el ejercicio de algunas labores son inherentes al Estado por cuanto se corre el riesgo que aquellas no se ajusten a los lineamientos y postulados sobre los cuales deben ser prestadas. En consecuencia, dicha actividad puede fracasar en su propósito, para el caso en particular, creemos que un contrato de prestación de servicios acarrea diferentes problemas en la prestación de la asistencia jurídica pública, estos son:

En primer lugar, el corto tiempo de duración de los contratos no permite ejercer una adecuada asistencia jurídica pública. Más aun este cambio permanente de profesionales del Derecho, impide establecer una doctrina sólida en materia de defensa y en asesoramiento.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, al no ejercerse un apropiado asesoramiento por falta de consolidación de unidad de doctrina, los objetivos referentes a la garantía del buen gobierno y la buena administración se tornan irrealizables por la inestabilidad que presentan los cargos, los cuales pueden ser cambiados a conveniencia y a las necesidades de las cabezas de las instituciones, ya que sobre ellos está la potestad de contratar. En este contexto, el abogado del Estado se puede ver sometido a presiones para que actúe de determinada manera. También al existir discrecionalidad en la forma de contratar no existe certeza para afirmar que los profesionales que llevan los asuntos de asesoría y defensa son los más idóneos y capacitados para desempeñar esta labor.

Respecto del último tema reiteramos que la promoción y consolidación de una estructura orgánica en materia de asistencia jurídica pública requerirá el ingreso de profesionales idóneos, y su vinculación debe ser a través de concurso, modalidad que permite verificar los requisitos exigidos por la entidad para el profesional del Derecho.

No debemos dejar de lado que es este profesional el encargado de garantizar el interés general, como excelsa tarea y en cumplimiento de los postulados constitucionales y el respeto por los derechos fundamentales. En lo concerniente a la defensa en los estrados judiciales, el abogado del Estado deberá ser un ávido conocedor de las leyes procesales y ejercer una labor caracterizada por su profesionalismo, calidad, oportunidad, compromiso, siguiendo los parámetros administrativos dados en materia de defensa, lo cual conduce *a posteriori* a consolidar una unidad de doctrina. Por lo anterior, observamos la necesidad de contar con profesionales preparados, con altas capacidades en Derecho y además que en su ingreso se vean cobijados por incentivos que les permitan ejercer un servicio eficiente.

### **3.3.2 LA ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA EN ESPAÑA.**

El modelo de asistencia jurídica pública en España ha tenido una larga trayectoria que data de la expedición del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849. Sobre el particular, considera MARTÍN-RETORTILLO BAQUER que dicho cuerpo normativo pretendió hacer una reforma de la Administración que en ese entonces regía a España. Fue así como se dio génesis a la Dirección General de lo Contencioso del Estado que tenía a su cargo la asesoría y la defensa de los asuntos estatales, con el

propósito de generar homogeneidad en las doctrinas y principios sobre los cuales los abogados del Estado deberían sustentarse<sup>726</sup>.

Posteriormente, en 1881 durante el reinado de Alfonso XII se fundó el Cuerpo de Abogados del Estado mediante Real Decreto de 10 de marzo, que estaba bajo la dependencia de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, reiterando la necesidad de reunir la asesoría y la defensa que para ese entonces se encontraba dispersa en diferentes centros y dependencias del Ministerio de Hacienda. Vale decir, que este cuerpo estuvo adscrito hasta 1984 al precitado Ministerio. Se hace necesario expresar que además de sus funciones referentes a las de la asistencia jurídica pública se encontraba la gestión de asuntos tributarios y fiscales<sup>727</sup>.

Aquel cuerpo siempre se encontró presente en los asuntos de la Administración Pública española hasta la actualidad. Nuestro análisis se realizará desde el año 1978, por cuanto fue en este momento en el cual el Reino de España se constituyó como un Estado social y democrático de Derecho, luego de la dictadura del General Francisco Franco<sup>728</sup>.

Se debe empezar por considerar que luego de la expedición de la Constitución de 1978, al interior de la organización administrativa se dieron una serie de reformas. Fue así como los abogados del Estado tuvieron un lugar importante desde el asesoramiento, al respecto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER afirma:

---

<sup>726</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La defensa en Derecho del Estado...*, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>727</sup> MOLINOS COBO, J., “El modelo del Estado Español” en AA.VV. Alcaldía Mayor de Bogotá, Memorias del II seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, 2006, p. 54.

<sup>728</sup> Respecto de la evolución del modelo de la Asistencia jurídica pública en España se puede consultar el estudio realizado por. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La defensa en Derecho del Estado...*, *ob. cit.*



*“La referencia a las disposiciones correspondientes a todos estos extremos, tanto las de carácter general como las referidas a distintas Administraciones en concreto, sería realmente interminable. En relación con unas y otras quiero señalar que en este proceso de reorganización de la Administración Pública se mantienen en todo momento las funciones de los Abogados del Estado, insistiéndose en este ámbito en las de asesoramiento en Derecho”<sup>729</sup>.*

De las sucesivas reformas que se dieron al interior de la Administración Pública española, el Ministerio de Hacienda no fue ajeno. Es así como se modificó su estructura, pero se debe advertir que en lo referente al Cuerpo de Abogados del Estado se mantuvo al igual que su dependencia a este Ministerio<sup>730</sup>. En realidad, cabe mencionar que si bien existía una nueva Constitución y diferentes normas reguladoras de las funciones, competencias y organización del cuerpo de abogados la normatividad que se aplicó, fue la establecida en el Decreto 1139/1943, de 27 de julio.

Respecto de las labores que en esa época desempeñaba el Cuerpo de Abogados del Estado se encontraban:

*“A) Sección de régimen tributario, para el servicio de la gestión de los impuestos de sucesiones y donaciones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.*

*B) Sección de asuntos contenciosos, para el servicio relacionado con la representación y defensa en juicio del estado y de sus organismos autónomos.*

---

<sup>729</sup> *Ibíd.*, p. 288.

<sup>730</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 489/1979 de 20 de febrero, Madrid, BOE 66 de 17 de marzo de 1979, artículo 19.

*C) Sección de asuntos consultivos, para el servicio relacionado con el asesoramiento jurídico de las autoridades y organismos de la administración civil del estado.”<sup>731</sup>.*

Del precepto mencionado se puede colegir que las funciones del cuerpo de abogados del Estado radicaban en la representación y defensa de los asuntos contenciosos administrativos, la asesoría y la gestión de los impuestos de sucesiones, donaciones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En lo atinente a la gestión de los asuntos fiscales, esta función paulatinamente quedará en cabeza de las Comunidades Autónomas o directamente en el Ministerio de Hacienda<sup>732</sup>.

En este sentido, vemos como el Real Decreto 850/1985 de 5 de junio, establece en su disposición transitoria tercera *“Las competencias de la Dirección General de lo Contencioso del Estado en materia de gestión e inspección del Impuesto sobre sucesiones se ejercerán en lo sucesivo, por las Direcciones Generales de Tributos y de Inspección Financiera y Tributaria, respectivamente. En tanto no se transfieran los correspondientes servicios a las Comunidades Autónomas...”*.

De otro lado se debe mencionar que en el cambio de Gobierno de 1982, la Administración realizó una serie de reformas contenidas en la Ley 30 de 1984, las cuales tuvieron un significativo impacto en el cuerpo de abogados, que desaparecerá formalmente por el lapso de cuatro años. Esto en virtud de la mencionada ley que en su disposición adicional novena, numeral cuarto dispuso:

---

<sup>731</sup> REINO DE ESPAÑA, Ministerio de Hacienda, Orden de 23 de mayo de 1980 por la que se desarrolla el Real Decreto 489/1979, de 20 de febrero, que reorganiza la Administración Territorial de la Hacienda Pública, artículo 18.

<sup>732</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., La defensa en Derecho..., *ob. cit.*, p. 296 ss.

*“El Cuerpo Superior de Letrados del Estado pasa a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado, manteniéndose en él la integración de los funcionarios pertenecientes a los extinguidos Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados de la Dirección General de los Registros y del Notariado y letrados del Consejo de Estado”.*

Luego de promulgada la Ley 30/1984, y, al considerarse que las enmiendas realizadas no cumplieron con la tramitación parlamentaria, cincuenta y tres (53) diputados del Congreso presentaron recurso de inconstitucionalidad sobre las disposiciones adicionales novena, decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1984. (En lo que respecta a la decisión tomada por el Tribunal Constitucional, será desarrollada adelante, a efectos cronológicos.)

Posteriormente, con la promulgación de la Ley 53 de 1984, de 26 de diciembre, se estableció el régimen de incompatibilidades del personal de servicio de las Administraciones públicas, ésta prohibió el desempeño simultáneo de labores en el sector privado, situación que le era aplicable, y aún es aplicable a los abogados del Estado. A la sazón de lo anterior el desempeño de las labores del abogado del Estado se circunscribe únicamente al asesoramiento y defensa del sector público, lo que ha llevado a la doctrina a declarar que el abogado del Estado tiene como único cliente al Estado<sup>733</sup>.

Entonces en este punto tenemos un Cuerpo Superior de Letrados del Estado integrado por Abogados del Estado y miembros de otros cuerpos jurídicos de la Administración que prestan con exclusividad

---

<sup>733</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 53 de 1984, de 26 de diciembre, Madrid, BOE 4, de 04/01/1985, artículo 1.

sus servicios al Estado. En virtud de la reforma de 1984 aquella organización estará bajo la dirección del Ministerio de Justicia, es decir, dejará de pertenecer al Ministerio de Hacienda como venía ocurriendo.<sup>734</sup>

Por este motivo mediante Real Decreto 850/1985 de 5 de junio, se creó la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que incorporó su estructura al Ministerio de Justicia, y será a través de esta Dirección que se coordinarán los servicios de asistencia jurídica por medio del Cuerpo Superior de Letrados del Estado.

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado tenía la siguiente estructura: Subdirección de los Servicios Contenciosos, Subdirección de los asuntos Consultivos, el Gabinete de Estudios y la Secretaría general. Esta organización da cuenta que en ella se concentran los servicios de la asistencia jurídica pública<sup>735</sup>.

Como expresamos anteriormente la enmienda novena de la Ley 30/1984 fue impugnada, alegando errores en el trámite legislativo, falta de rango normativo, la modificación de entidades sin un fundamento material que la justificase<sup>736</sup>, en este sentido, el Tribunal Constitucional mediante sentencia 99/1987, de 11 de junio, respecto de la conformación del Cuerpo Superior de Letrados del Estado señaló lo siguiente:

*“En efecto, desde la perspectiva de la inconstitucionalidad formal que se denuncia (falta de rango de Ley Orgánica) y a la vista de la literalidad del texto legal,*

---

<sup>734</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., La defensa en Derecho..., ob. cit., p. 318 ss.

<sup>735</sup> *Ibíd.*, p. 321 ss.

<sup>736</sup> *Ibíd.*, p. 322 ss., y REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 99/1987, de junio 11, M.P. DE LA VEGA BENAYAS, C.

*es decir, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980, es obligado aceptar la impugnación de la Ley aquí cuestionada en su Disposición adicional novena, 1.4, y declarar que ésta incide indebidamente en la primera. Ello es así porque la regulación que la Ley Orgánica hace del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado supone su incardinación en la composición (art. 107 C.E.) de este Órgano consultivo, inclusión que no puede calificarse de irrelevante, como se desprende de la lectura de los arts. 3, 4, 5, 7.4, 10.1, 14 y 15 de dicha Ley Orgánica 3/1980. De estos preceptos resulta la integración de Letrados en diversas instancias del Consejo constituidas por el Pleno, Comisión Permanente y Secciones. Siendo ello así, es obvio que sólo por Ley Orgánica puede disponerse su modificación estatutaria y su integración en otros Cuerpos, por lo que hecho ahora así por la disposición adicional de la Ley ordinaria que se impugna, debe ésta declararse inconstitucional por insuficiencia de rango y en lo que se refiere exclusivamente a la integración de dicho Cuerpo en los que la disposición enumera”(fundamento jurídico 5F).*

En consideración con lo anterior, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional novena relacionado con los letrados del Consejo de Estado, sin referirse al resto de profesionales del Derecho que conformaban el cuerpo de abogados del Estado. Fue así como mediante Ley 23/1988 de 28 de julio, se modificó la disposición adicional novena, quedando de la siguiente forma:

*“El Cuerpo Superior de Letrados del Estado pasa a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado, manteniéndose*

*en él la integración de los funcionarios pertenecientes a los extinguidos Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia y Letrados en la Dirección General de los Registros y del Notariado”.*

Advertimos como a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se dio lugar a la separación de los letrados pertenecientes al Consejo de Estado, del Cuerpo de Abogados del Estado.

Otra situación interesante, se dio a raíz de la expedición de la Ley Orgánica del Poder Judicial 5/1985 de 1 de julio. En su tramitación tuvo lugar la discusión referente a la defensa de los asuntos del Estado y los referidos a las Comunidades Autónomas. A raíz del debate el artículo 452 del texto final de ley estableció que los Abogados del Estado asumirán la representación y defensa de los asuntos del Estado, y en lo relacionado con los asuntos autonómicos los servicios jurídicos serán prestados por la organización que se disponga al interior de las Comunidades Autónomas. Este desarrollo deja ver como se limita el rango de acción de los abogados del Estado.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta es como la Ley 5/1985, de 1 de julio, fue objeto de reformas por presentar problemas en su redacción inicial, particularmente relacionada con la representación de las empresas y sociedades mercantiles, fundaciones con participación estatal (descentralización por servicios) que hacen parte del Estado. La norma no estableció con claridad la gestión de los asuntos referentes a la asistencia jurídica pública. No será hasta la expedición de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, cuando se estatuye que los Abogados del Estado podrán representarlas a través de la celebración de convenios.

La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, reestructuró el cuerpo de Abogados del Estado. No obstante antes de su promulgación ocurrió un hecho al que vale la pena referirse. Se trata del Acuerdo del Consejo de Ministros de mayo 13 de 1988, que exteriorizó la necesidad del asesoramiento en la Administración, en particular al interior de los Ministerios, con el propósito de generar “*mejores condiciones de unidad, eficacia y seguridad jurídica*”<sup>737</sup>, fue así como se acordó solicitar el concepto a los servicios jurídicos en determinadas situaciones<sup>738</sup>. A tal efecto, el Gobierno establece una serie de directrices y puntualiza en qué casos se debe solicitar asesoramiento por parte de los servicios jurídicos del Estado. Este Acuerdo pretendió darle la importancia que merece la asesoría como un mecanismo a través del cual se podrá generar una mejor función administrativa, además denota relevancia a estos servicios consultivos.

Considera MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, que este Acuerdo ha caído en desuso, por cuanto su aplicación se ha ido confundiendo con las tareas de asistencia jurídica de los servicios jurídicos de los departamentos ministeriales y otros centros directivos, ejemplo de ello son las labores de asesoramiento que recaen en las secretarías o subsecretarías técnicas<sup>739</sup>.

Otra situación que conviene comentar es la creación de una Unidad Especial al interior de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, mediante Real Decreto 915/1994, de 6 de mayo. Para el ejercicio de estas labores la Unidad especial se integró por tres

---

<sup>737</sup> REINO DE ESPAÑA, Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de mayo de 1988, sobre funciones consultivas de los Abogados del Estado en los Ministerios.

<sup>738</sup> *Ibíd.*

<sup>739</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., La defensa en Derecho..., *ob. cit.*, p. 331 ss.

abogados del Estado designados por el Ministro de Justicia<sup>740</sup>. Este tiene como propósito realizar acciones contra el fraude y la corrupción. Para ello se le encargó coordinar, controlar y ejercer directamente en nombre del Estado las acciones legales necesarias para evitar actos de corrupción, actos que son una de las formas en que la mala administración se materializa.

De lo anterior, rescatamos las funciones de servicio jurídico del Estado, atinentes a velar por la correcta función administrativa, no sólo desde el asesoramiento, sino también desde el ejercicio de acciones tendientes a corregir los actos de mala administración. Por lo tanto el papel del abogado del Estado será determinante al interior de la Administración para el logro y materialización del interés general, deviniendo en un defensor de los postulados constitucionales dentro del ejercicio del quehacer administrativo, asegurando, desde el ámbito jurídico, que el actuar del Ejecutivo se adecúe al buen gobierno y a la buena administración.

Posteriormente, se vio la necesidad primero, de *“limitar las especialidades procesales del Estado de forma clara y sistemática; en segundo lugar, definir nítidamente el servicio de asistencia jurídica al Estado y sus entes institucionales; y, por último, establecer la organización básica del servicio jurídico del Estado”*<sup>741</sup>, es por lo que el Gobierno decidió presentar el proyecto de creación de una nueva ley de asistencia Jurídica al Estado e instituciones públicas.

---

<sup>740</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 915/1994 de 6 de mayo, Madrid, BOE, núm. 111, de 10 de mayo de 1994, artículos 1 y 2.

<sup>741</sup> REINO DE ESPAÑA, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria celebrada el 24 de abril de 1997, Núm. 79, VI Legislatura, p. 3892



Luego de considerar estas dos situaciones y vislumbrada la necesidad de tecnificar y modernizar los servicios jurídicos ya que su estatuto databa de 1943, pese a las reformas suscitadas, el Gobierno consideró imperativo realizar una reforma de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, al ser consciente de la envergadura que representa esta institución para el correcto funcionamiento de la Administración en esta materia, la entonces Ministra de Justicia MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN sostuvo:

*“La complejidad de su estructura jurídica y administrativa, así como la satisfacción de los intereses públicos que a la Administración corresponde, justifican tales especialidades. (...) Es objetivo también del proyecto de ley sistematizar y modernizar la antigua y dispersa normativa reguladora de la asistencia jurídica al Estado. De hecho, en la actualidad no existe un texto que recoja con vocación de unicidad esta materia, y encontramos normas, por citar sólo algunas, tales como el Real Decreto de 21 de enero de 1925 o el Decreto de 27 de julio de 1943, que estructuran la antigua Dirección General de lo Contencioso, cuya necesidad de renovación, tras los numerosos cambios jurídicos habidos en este largo tiempo (...)”<sup>742</sup>.*

Asimismo, MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN, consideró que el proyecto de ley lograría que la Administración ejerciera su función con objetividad al interés general y al Derecho<sup>743</sup>, a través de la conformación de un servicio jurídico de profesionales con autonomía funcional.

---

<sup>742</sup> *Ibíd.*, p. 3892.

<sup>743</sup> *Ibíd.*, p. 3892.

Pese a la intención del Gobierno de reformar la institución de la asistencia jurídica pública española, la iniciativa se vio frustrada en su primer intento. Posteriormente en las sesiones de 13 de noviembre de 1997 el texto fue ratificado por el Congreso de Diputados.

De este último trámite legislativo comenta LÓPEZ-MENDEL BASCONES que el propósito *“era mantener el espíritu del consenso y acercamiento que se produjo, superando las reticencias y prejuicios que originariamente pudiera haber existido”*<sup>744</sup>. Como dato anecdótico considera el autor que muchos de los argumentos los cuales impidieron la aprobación del primer proyecto de ley fueron de tipo político. Por lo tanto el Gobierno trató de adaptar un texto en tal forma que los diversos grupos políticos quedaran satisfechos<sup>745</sup>. Fue así como se promulgó la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, encontrando como fundamento que la Administración se halle sometida a la ley y al Derecho, de ahí que se pretendió tecnificar los servicios de asistencia jurídica.

De esta manera, la ley unificó la normatividad referida a los servicios jurídicos del Estado, es así como el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio aprobó el reglamento del Servicio jurídico del Estado y en su preámbulo justificó la nueva organización de la asistencia jurídica, al tener vocación unificadora. Por lo tanto pretende recoger todas las normas que sobre el tema se encuentran dispersas dentro del ordenamiento. Estrategia que genera un sistema integro, brindando

---

<sup>744</sup> LÓPEZ-MENDEL BASCONES, J., “La elaboración de la ley de Asistencia Jurídica Pública e Instituciones Públicas”, en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999, p. 35.

<sup>745</sup> *Ibíd.*, p. 35.

mayor seguridad jurídica en la prestación de los servicios de consulta y defensa al interior de la Administración<sup>746</sup>.

Así, nos resulta palmaria la intención de la norma ya que es sabido la complejidad de la organización administrativa, y la importancia que tiene ésta para la satisfacción del interés general. Con estas consideraciones se requiere de normas claras, que no sólo permitan al individuo saber el modo en que el Estado se va a defender, sino que también deben establecer los mecanismos necesarios para evitar llegar a un litigio, y en caso de acudir cuenta con una institución que le permita defender el interés general.

Ahora bien, la Ley 52/1997 señala dos puntos en los que se centra la asistencia jurídica, a saber: el asesoramiento y la representación en la defensa del Estado de los organismos autónomos, organismos constitucionales y entes públicos empresariales. Esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 551 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determina la representación de los asuntos del Estado, la cual está en cabeza del Cuerpo de abogados del Estado.

A tal efecto, se crea un Servicio Jurídico del Estado, que tiene encomendado el asesoramiento, la representación en la defensa en

---

<sup>746</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, preámbulo numeral III “. Así, se derogan el Decreto de 27 de julio de 1943, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado; el Real Decreto 1425/1980, de 11 de junio, por el que se crea la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional; los Reales Decretos 849/1985 y 850/1985, ambos de 5 de junio, de desarrollo del apartado 1.4 de la disposición adicional novena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, y de organización de los Servicios Jurídicos del Estado; el Real Decreto 2604/1985, de 4 de diciembre, de representación de España ante la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, de asistencia jurídica a Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, así como el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, del Servicio de lo Contencioso del Estado en el Extranjero.”

juicio de la Administración, y otras instituciones<sup>747</sup>. Este servicio jurídico se conformará mediante la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, y es el centro directivo de la asistencia jurídica pública, encargado de la dirección, coordinación e inspección de todos los servicios referidos a las Abogacías del Estado<sup>748</sup>.

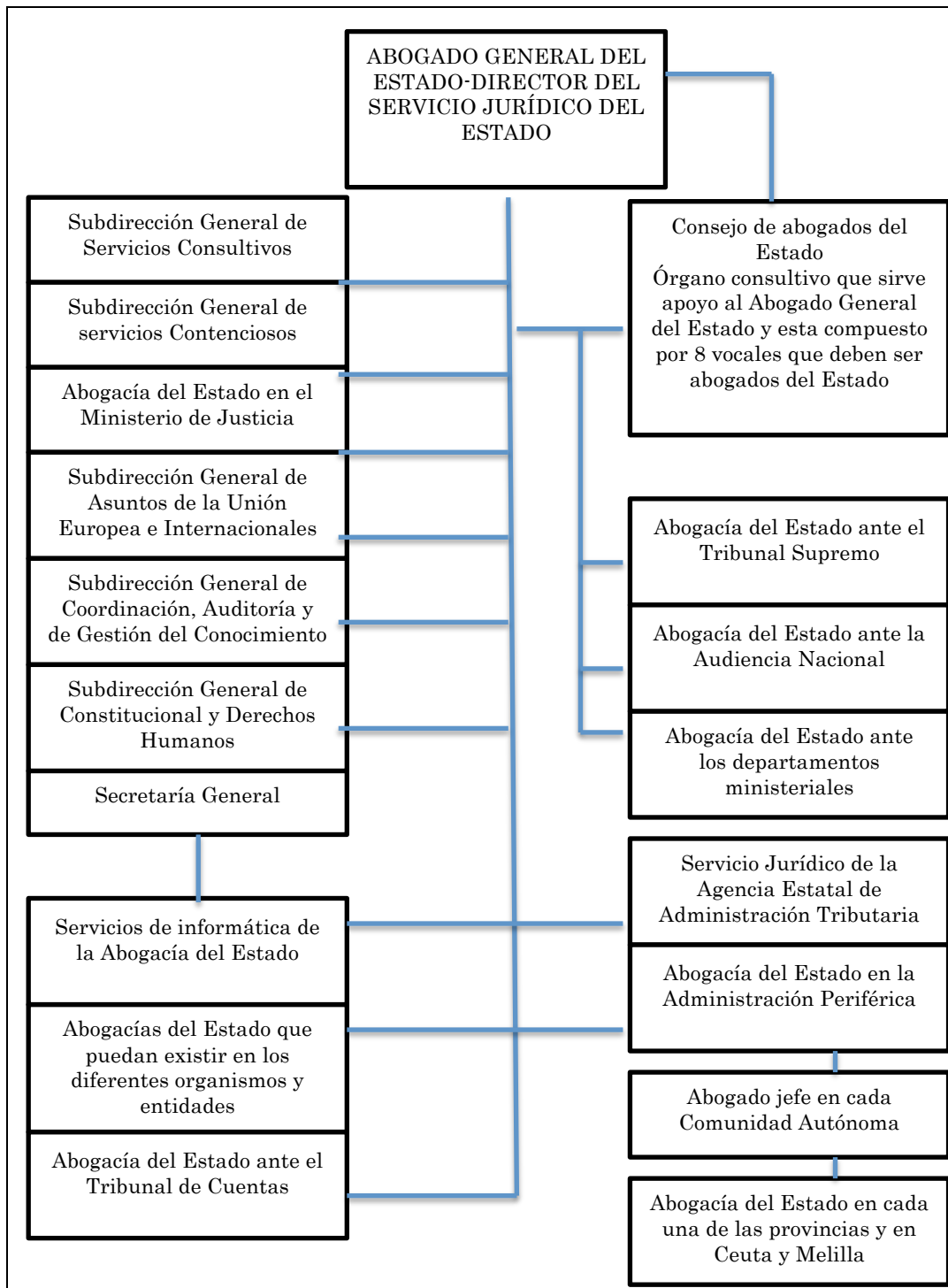
La Abogacía General del Estado – Dirección de Servicios Jurídicos del Estado (en adelante A.G.E – D.S.J.E), tendrá rango de subsecretaría al interior del Ministerio de Justicia, su organigrama es el siguiente:

---

<sup>747</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 1.

<sup>748</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 2.

**Gráfico 3. Estructura Abogacía General del Estado-  
Dirección de Servicios Jurídicos del Estado**



Fuente: Propia teniendo en cuenta la normatividad que rige esta entidad.

Basados en la información que refleja este gráfico, la A.G.E – D.S.J.E, está dirigida por un Abogado General del Estado – Director de los Servicios Jurídicos del Estado. Aunque no está en el gráfico, vale decir, que este cargo lo debe desempeñar un abogado del Estado, su nombramiento es propuesto por el Ministro de Justicia. En relación con la estructura se observa como la intención de la norma fue generar una unidad de criterio en los servicios que integran la Abogacía del Estado. En esta medida se establece una unidad orgánica, *“con sometimiento funcional y jerárquico a un centro directivo”*<sup>749</sup>, lo que supone que se conciba una unidad de doctrina, conllevando a que se tenga un servicio de asistencia jurídica pública cohesionado, es así como el artículo 3 de la Ley 52/1997 establece:

*“La dirección del Servicio Jurídico del Estado y las unidades que la forman desempeñan sus funciones bajo la superior y única dirección del titular del Departamento ministerial en que se integra”*

En este mismo sentido la disposición adicional quinta preceptúa:

*“El Gobierno adoptará las medidas organizativas necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de doctrina en el ámbito de la asistencia jurídica al Estado y sus Organismos autónomos y demás entes públicos estatales”*.

Por su parte, el Real Decreto 997/2003 establece que la A.G.E – D.S.J.E ejercerá todas las actividades tendientes a la coordinación e inspección de los servicios encomendados a las Abogacías del Estado y

---

<sup>749</sup> MORILLO-VELARDE DEL PESO, J., “Unidad de doctrina..., *ob. cit.*, p. 72.

a los Abogados del Estado con el propósito de asegurar el cumplimiento de la unidad de doctrina<sup>750</sup>.

De esta forma, encontramos como en este ordenamiento la asistencia jurídica pública española pretende generar una relación entre las funciones de asesoramiento y las de defensa. Al respecto MORILLO-VELARDE DEL PESO destaca que si se divide el criterio entre el asesoramiento y la defensa, se corre el riesgo de generar respuestas jurídicas diversas que afectarán al interés general que es al que sirve la Administración.

En todo caso, vale la pena resaltar como al estar dirigidos los servicios de asesoría y de defensa por una entidad, se fortalecen en la medida que existe un ente rector que tiene en cuenta la praxis judicial y la administrativa, estableciendo directrices adecuadas y por supuesto debidamente fundadas. Aunque para ello se requiere que se cuente con un mecanismo que permita su armonización. Es así como dentro del modelo español la Subdirección General de Coordinación, Auditoría y de Gestión del Conocimiento, cumplirá con esta importante función.

El Real Decreto 997/2003 establece que a esta subdirección le corresponde la coordinación entre las funciones consultivas y funciones contenciosas. Además de la coordinación de las entidades a las que la A.G.E – D.S.J.E preste asistencia jurídica por convenio y demás dependencias que pertenezcan a esta entidad<sup>751</sup>. La función de la subdirección permite generar una doctrina única, que es importante para mantener criterios rigurosos y adaptados a las necesidades de la Administración.

---

<sup>750</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 2.

<sup>751</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 3 e.

Para cumplir con este cometido se requiere que las entidades a las cuales se les presten los servicios de asistencia jurídica estén dispuestas a cooperar. Así lo contempla la Ley y el Decreto Reglamentario cuando les impone a todos los órganos en los cuales el Servicio Jurídico del Estado se encuentra presente a brindar la colaboración necesaria.

*“Los órganos de la Administración General del Estado, organismos autónomos, entes públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones con participación estatal y órganos constitucionales, así como sus autoridades, funcionarios y empleados, prestarán a los Abogados del Estado, en todo tipo de procedimientos, la colaboración y auxilio necesarios para la debida y adecuada defensa de los intereses que representan.”<sup>752</sup>*

Entonces se puede decir que el sistema de asistencia jurídico español tiene una estructura rígida y centralizada, jerárquicamente organizada que obliga a todas sus dependencias a seguir la unidad de doctrina. Si miramos la organización de los servicios que presta a la Administración, existen dos Subdirecciones Generales encargadas de coordinar los servicios consultivos o de asesoramiento y de defensa.

En cuanto a los servicios de asesoría, son dirigidos por la Subdirección General de los Servicios Consultivos, que tiene a su cargo el efectivo cumplimiento de la unidad de doctrina. Esta función se realiza a través de formulación de conceptos con criterios generales referidos al asesoramiento. Se trata de conceptos que deben ser

---

<sup>752</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 33.



acatados por todos los abogados del Estado pertenecientes a la A.G.E – D.S.J.E al momento de asesorar a la Administración.<sup>753</sup>

Así, la A.G.E – D.S.J.E es el centro consultivo de la Administración del Estado, sin perjuicio de las funciones atribuidas a las Subsecretarías y Secretarías Generales Técnicas, y a las que le atañen al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno.<sup>754</sup> Este recuento pone de presente que los conceptos elaborados por la A.G.E – D.S.J.E son determinantes y fundamentales en la toma de decisiones públicas, pero observamos que aquellos no son preceptivos, es decir, no tienen un carácter vinculante. Por lo tanto los mismos serán facultativos<sup>755</sup>. En realidad, la facultad decisional se encuentra en cabeza de la Administración, dado que cuenta con las facultades y el poder para tomarlas (*potestas*) y no en los órganos consultivos (*auctoritas*).

En relación con los informes presentados por la A.G.E – D.S.J.E, al no ser vinculantes, los mismos deberían ser determinantes en la toma de decisiones públicas de la Administración y de esta manera garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales que subyacen en la buena administración, en el sentido que los abogados del Estado velaran por la garantía de la legalidad y del interés general. Sin embargo, DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO estima como la función consultiva a cargo de los abogados del Estado poco a poco se ha ido olvidando y se cambia por otro tipo de consultorías como las

---

<sup>753</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 3 a.

<sup>754</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 20.

<sup>755</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 22.

externas<sup>756</sup>, hecho que a nuestro juicio rompe la conexión entre el asesoramiento y la defensa, unión que garantiza el respeto por el interés general.

Con lo anterior, no se quiere decir que la decisión tomada por la Administración debe ser suplantada por el dictamen, pero si se aparta del concepto deberá motivar las razones para no tener en cuenta el concepto. De este modo, se puede generar en cierta forma una limitante para la arbitrariedad del Ejecutivo, que en ocasiones se oculta bajo el postulado de la discrecionalidad.

En el campo de quiénes pueden solicitar estos conceptos a la A.G.E – D.S.J.E., particularmente les corresponde a las cabezas o directores de las instituciones de la Administración<sup>757</sup>. Así las cosas, resulta conveniente para la organización debido a que no hay desgaste administrativo en resolver consultas innecesarias o incluso ya resueltas. Por lo cual cada entidad debe contar con los respectivos servicios informáticos que determinen si en algún tema en particular la A.G.E – D.S.J.E con anterioridad se ha pronunciado. En esta línea de análisis, vemos como la función de asesoría en España trata temas puntuales los cuales son sometidos a consideración del cuerpo consultivo para que emita su concepto.

Refiriéndonos al tema del responsable de la defensa en las entidades públicas y demás organismos susceptibles de ser representados ante los estrados judiciales, la encargada es la Subdirección General de los Servicios Contencioso, perteneciente a la A.G.E – D.S.J.E.

---

<sup>756</sup> DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., "La autonomía profesional ..., ob. cit., p.767.

<sup>757</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 21.

Las entidades susceptibles de ser representadas son las siguientes:

*“Entidades estatales y sus organismos autónomos, así como de los demás organismos y entidades públicas, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, comunidades autónomas y corporaciones locales, en su caso, y los órganos constitucionales, ante cualesquiera jurisdicciones y órganos jurisdiccionales, a los conflictos de jurisdicción y conflictos y cuestiones de competencia y a los procedimientos prejudiciales y extrajudiciales en que esté interesado el Estado, organismos, entidades, sociedades y fundaciones y demás entidades y órganos mencionados”<sup>758</sup>.*

En relación con los servicios jurídicos prestados a las sociedades mercantiles estatales, las fundaciones con participación estatal, comunidades autónomas, y corporaciones locales se formalizarán a través de la figura de convenio interadministrativo, en el que se fijarán las obligaciones de la A.G.E – D.S.J.E y la contraprestación económica que debe recibir por la prestación de sus servicios.

Respecto de todas las entidades que puede representar en juicio, el abogado del Estado será el encargado de defender los intereses generales que la Administración en el desarrollo de su actividad debe lograr frente a las reclamaciones de los particulares. Para ello, y ante la importancia de la labor que desempeñan los abogados del Estado

---

<sup>758</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 3 b.

deberán cumplir una serie de parámetros que garanticen la adecuada prestación del servicio de asistencia jurídica pública.

Es así como el abogado del Estado debe contar con una autorización para desempeñar su labor como defensor. Así, se reitera la unidad funcional que existe dentro de la institución de la A.G.E – D.S.J.E. Igualmente, debe seguir las directrices dadas por la Subdirección General de los Servicios Contencioso, y mantenerla informada de las actuaciones y del resultado de las acciones que tiene a cargo. Este tipo de información deberá ser trasladada también a la entidad que representa en los estrados judiciales<sup>759</sup>.

Adicionalmente, deberá cumplir a cabalidad con las normas procesales, es decir, cumplir con los tiempos, trámites, escritos y demás rituales que se encuentran consagrados dentro del proceso, de tal forma que los intereses que representa sean debidamente defendidos. En el caso de desistimiento de acciones o recursos, deberá existir una autorización de la A.G.E – D.S.J.E, “*que deberá recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente*”<sup>760</sup>. En el evento que se emita fallo condenatorio definitivo a la entidad, es obligación del abogado a cargo del proceso velar por el cumplimiento de la sentencia, a fin de no generar mayores daños y erogaciones<sup>761</sup>.

Otro punto a resaltar es la organización de la A.G.E – D.S.J.E, existente en las entidades periféricas, con miras a velar por la correcta prestación de la asistencia jurídica. Para ello en cada provincia se encontrará una Abogacía del Estado responsable de prestar sus

---

<sup>759</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 34.

<sup>760</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 52 de 1997 de 27 de noviembre, Madrid, BOE núm. 285, de 28 de noviembre 1997, artículo 7.

<sup>761</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 43.

servicios en los asuntos en que el Estado se vea comprometido, con esto se pretende generar coordinación en cada comunidad autónoma. De este modo existirá un abogado jefe encargado de velar por el cumplimiento de las funciones de cada una de las abogacías que están en cada provincia. En vista de lo descrito, encontramos que si bien los servicios de asistencia se encuentran en un centro, esto no obsta para que la institución de la Abogacía del Estado se ubique en todo el territorio español.

En este contexto, la estructura de la A.G.E – D.S.J.E se encuentra acorde con las necesidades de la Administración estatal, pese al criterio DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO estima como la función consultiva ha sido relegada por otro tipo de asesorías, las cuales no han permitido la consolidación real de un adecuado servicio jurídico. Sin embargo, legalmente se conforma un servicio jurídico completo que puede hacerse extensivo incluso a las Comunidades Autónomas y entes locales previa suscripción de un convenio interadministrativo. Conjuntamente la norma permite la creación de departamentos por especialidades de acuerdo a las necesidades de la Abogacía con el fin de prestar un mejor servicio a la Administración<sup>762</sup>.

Por su parte, este modelo viene precedido con el ingreso de abogados por medio de concurso, mecanismo favorable para garantizar la defensa de los intereses generales, al ser ejercida la asistencia jurídica pública por quienes se encuentren mejor capacitados. Una vez vinculados, los abogados ingresan a la carrera administrativa, cuentan con una organización interna cuya intención es cubrir de manera adecuada las cargas de trabajo, de esto da cuenta el preámbulo del Real Decreto 997/2003 que sostiene:

---

<sup>762</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 9.

*“Para ello se contempla no sólo la creación de unidades horizontales de apoyo, tales como las de informática, documentación jurídica y otras, encargadas de funciones técnicas que, aunque no estén reservadas a los Abogados del Estado, resultan indispensables para el adecuado funcionamiento del Servicio ; también se parte de un principio de proporcionalidad entre el esfuerzo y la entidad de los asuntos, de suerte que otros licenciados en Derecho, funcionarios o no, puedan cooperar con los Abogados del Estado en el desarrollo de determinadas actuaciones de apoyo jurídico”.*

En consideración con lo anterior, vemos que la organización de los servicios de asistencia jurídica pública es consciente de la necesidad de contar con profesionales idóneos. Pero se debe cumplir otro requisito, les corresponde tener cargas laborales proporcionales, y de este modo se concreta un desempeño con la calidad necesaria para proteger el interés general.

Para salvaguardar la labor ejercida por los Abogados del Estado, se creó la Inspección de los Servicios de la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, tiene como objetivo controlar la eficacia y eficiencia de las tareas asignadas a cada una de las dependencias que conforman la A.G.E – D.S.J.E. Dicho control se ejercerá a través de la inspección operativa de la gestión y la inspección técnico jurídica<sup>763</sup>, para esto *“se designarán abogados del Estado*

---

<sup>763</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 62. *“Se entenderá por inspección técnico-jurídica el control de los criterios interpretativos de la normativa jurídica aplicados por los órganos y unidades sometidos a inspección en su actuación consultiva y contenciosa, así como el control de la actuación procesal desarrollada en defensa de los intereses*

*quienes actuarán como delegados del Ministro de Justicia y del Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado*<sup>764</sup>. De esta manera, los funcionarios y demás personal que laboran en los órganos y unidades están sometidos a inspección, más aun, deberán prestar la colaboración en los procesos de inspección<sup>765</sup>.

La inspección interna pretende afianzar el correcto ejercicio de la asistencia jurídica pública, sin perjuicio de las auditorías externas, cuyos informes permitirán tomar los correctivos necesarios cuando se presente un hecho que configure un acto indebido.

Respecto de la estructura de los servicios jurídicos establecidos en el Reino de España, sabemos que el abogado del Estado tiene la tarea de proteger los postulados constitucionales en el ejercicio de la función administrativa, por lo que se hace necesario entonces tener una estructura especializada y estricta que esté al tanto de los actos que puedan generar incoherencias con la guarda del interés general.

En cuanto a la función asesora como mecanismo de control de legalidad y defensa de los postulados constitucionales, no se ha desarrollado adecuadamente, en el sentido que la normatividad simple y llanamente señala que los servicios de asesoría se prestarán sobre puntos específicos y a solicitud de la Administración, sin poder realizar informes generales que permitan el adecuado actuar del Ejecutivo. En este plano los servicios de asistencia jurídica deben esperar a que alguna entidad le solicite concepto para poder pronunciarse respecto de

---

*de los entes representados ante los juzgados y Tribunales de Justicia y, en su caso, en procedimientos extrajudiciales y prejudiciales.*”

<sup>764</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, *artículo 62*.

<sup>765</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, *artículo 64*.

la forma en que se puede prevenir jurídicamente un acto de mala administración.

En lo relacionado con la defensa, el modelo establecido permite tener una unidad de criterio y un ejercicio de una defensa técnica, con fundamentos jurídicos válidos y coherentes, al existir un andamiaje organizativo, lo cual es beneficioso para el profesional del Derecho, porque le facilita cumplir su función. Adicionalmente, cuenta con unidades de apoyo que le permiten dedicarse exclusivamente a las labores de la defensa. Debemos resaltar también la colaboración que deben tener las entidades con la A.G.E – D.S.J.E. Es así como deberán facilitar los documentos necesarios que solicite el abogado del Estado.

### **3.3.3 COMPARACIÓN DE LOS MODELOS DE ASISTENCIA JURÍDICA PÚBLICA.**

Una vez examinados los modelos de asistencia jurídica pública implementados en Colombia y en España, incluida su normatividad y estructura, encontramos que son diferentes. El desarrollo del modelo español data del siglo XIX, y el de Colombia de finales del siglo XX. Es así como el modelo español ha tenido una larga trayectoria en su desarrollo connotado por la importancia que el tema le ha significado. En esta medida, es importante recoger desarrollos de ambos países a fin de establecer sus ventajas.

#### **3.3.3.1 La estructura y especialidad en una entidad.**

De acuerdo con lo analizado, merece ser destacado lo que caracteriza a cada uno de los modelos de asistencia jurídica pública. En Colombia la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es la entidad encargada de planificar, coordinar, ejercer, monitorear y



evaluar la prevención del daño antijurídico y la defensa efectiva de la Nación. No obstante, cada entidad tiene la responsabilidad de gestionar e implementar la asistencia jurídica, atendiendo las directrices en materia de asesoría y de defensa que imparta esta Agencia.

En cuanto al modelo de asistencia jurídica español tiene un centro, de éste parten todas las directrices en materia de asesoría y de defensa para todas las dependencias que están a su cargo. Por tanto encontramos una entidad dedicada exclusivamente a los servicios jurídicos de la Administración Estatal, de los órganos y entidades que legalmente o por medio de convenio interadministrativo convengan la prestación de estas funciones por la Abogacía del Estado. Al respecto, es importante anotar que este modelo funcionalmente se encuentra sometido a la doctrina que emita el centro directivo. Esta modalidad da pie para que exista uniformidad en la aplicación de la doctrina administrativa en materia de asesoramiento frente a casos que deben ser resueltos en igualdad de condiciones. En lo que hace referencia a la defensa se genera un mayor control de los asuntos que son llevados a la justicia.

En el caso colombiano son los comités de conciliación los encargados de instrumentalizar y poner en marcha la asistencia jurídica pública, atendiendo los parámetros establecidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, los cuales son generales. Se inferiría entonces que las entidades desarrollan adecuadamente estas directrices atendiendo sus propias necesidades, pero no es así. Al respecto encontramos casos en los que las entidades han construido y formalizado sus manuales y simplemente se conforman en incluir las directrices generales impartidas por su entidad rectora. En este contexto, se corre el riesgo de perder la intensión que para el caso tiene

la Agencia, esto es, prevenir los hechos constitutivos de daño antijurídico y también como debe ser ejercida la defensa de los litigios.

Al respecto, conviene traer a colación el estudio de SOLÓRZANO QUINTERO realizado entre los años 2010 y 2013, relacionado con las políticas de prevención de daño antijurídico en materia del otorgamiento del consentimiento informado en los servicios de asistencia médica prestados por las Empresas Sociales del Estado, en particular los hospitales públicos de Bogotá. Como resultado de esta investigación se evidenció que estas empresas no cuentan con verdaderas políticas de prevención del daño antijurídico, ya que si bien existen textos normativos que aparentemente satisfacen la obligación emanada de la ley de contar con políticas de prevención del daño antijurídico en los servicios que la Administración Pública presta, los mismos no son rigurosos. Además las entidades no se han detenido en analizar juiciosa y responsablemente las causas que verdaderamente generan una lesión a los derechos de los particulares<sup>766</sup>. Este proceder se aparta de la intención que tienen el legislador y las entidades reguladoras o rectoras en esta materia, por lo que se rompe la cadena de esfuerzo de evitar resultados que lesionen al individuo y disminuyan el erario de la entidad.

De otro lado, YOUNES MORENO demostró la necesidad de fortalecer los comités de conciliación, al estimarlos como los entes encargados de desarrollar la asistencia jurídica pública en cada entidad, pese a que no todas las veces están lo suficientemente preparados para afrontar dicha labor con la rigurosidad demandada<sup>767</sup>.

---

<sup>766</sup> SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar ...*, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>767</sup> YOUNES MORENO, D., “Vía gubernativa –conciliación–arbitramento...”, *ob. cit.*, p. 206.

Adicionalmente, encontramos el surgimiento de otros inconvenientes cercenadores de toda intención de superación. Para no ir tan lejos, traigamos a colación el ejemplo planteado anteriormente, relacionado con aquellas entidades que incumplen, por no remitir la información requerida, o si la allegan no es completa, y desafortunadamente ocasionan dificultades para la entidad rectora, hecho que incide contundentemente en la toma oportuna de decisiones. Pero también, al no contar con los mecanismos que garanticen el adecuado actuar de la Administración, afecta la defensa de ésta en la jurisdicción, en virtud de la inexistencia de fundamentos claros.

Con este panorama y con la mixtura de inconvenientes que se presentan, es preciso sugerir la conveniencia que en Colombia la asistencia jurídica pública esté a cargo de una sola entidad técnica, especializada y estructuralmente fortalecida. De este modo tendríamos un mecanismo concreto y efectivo para proteger principios, valores y derechos fundamentales, acordes con el buen gobierno y buena administración.

Al equiparar los dos modelos, el colombiano con el español, encontramos que este último ha tenido un desarrollo interesante, encima su desarrollo normativo le ha dado la importancia que representa para el Estado. Por otro lado, está mejor adecuado a las necesidades actuales de la Administración, que exige prácticas uniformes para brindar un actuar acorde con el principio de legalidad y en cumplimiento de los postulados constitucionales, y por ende servir con objetividad a los intereses generales.

La Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado, es el centro rector de la asistencia jurídica pública, su estructura está diseñada para cubrir los asuntos referentes a la

defensa y al asesoramiento en general. También le permite interactuar transversalmente dentro de la Administración activa, pudiéndose hallar incluso en los organismos autónomos, las sociedades y empresas con participación estatal y Comunidades Autónomas. Esta estructura le da cohesión al modelo y le permite percibir la problemática macro, estrategia acertada direccionada a estudiar en conjunto una misma problemática.

En lo que toca a la Subdirección General Constitucional y de Derechos Humanos, como parte de la A.G.E – D.S.J.E está encargada de defender y asesorar a las entidades públicas respecto de los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional. Resulta adecuado contar con una dependencia que resuelva asuntos referidos a las normas constitucionales. De hecho, el modelo colombiano carece de ésta y la añoramos porque no resulta adecuado que los abogados del Estado de cada entidad finalmente se encarguen de resolver los asuntos en que la Administración se vea sometida a la jurisdicción constitucional, sin una unidad de doctrina que permita esbozar argumentos claros y fuertes en esta jurisdicción.

Otra dependencia de la A.G.E – D.S.J.E que merece destacarse es la Secretaría General, que cuenta con un cuerpo encargado de los temas administrativos, hecho que facilita a las unidades horizontales hacer más llevadera la labor desempeñada por el abogado del Estado. Tomemos como ejemplo de ello la gestión de bases de datos, servicios informáticos, etc.

En lo que concierne al modelo colombiano, fue hasta 2011 cuando se creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. De este hecho resaltamos desatinado que esta entidad no asumió directamente la asistencia y la defensa, por lo que se distanció de establecer

jerarquía tanto orgánica como funcional y de esta forma hacer más efectiva y eficaz esta labor. En suma, esta reforma se quedó corta en establecer un verdadero modelo de asistencia jurídica pública, la preocupación del Legislativo fue reducir la responsabilidad tanto patrimonial como litigiosa a cargo del Estado, y desafortunadamente desaprovechó la oportunidad de estructurar una entidad capaz de conseguir unidad de doctrina y así articular e instrumentalizar adecuadamente los asuntos en materia de asesoramiento y de defensa. No desconocemos el tamaño de la Administración Pública y la dificultad de estar al tanto de cada uno de los comités de conciliación.

A su vez, al estar la asesoría y la defensa a cargo de una entidad especializada, supervisará la gestión de la organización administrativa. Entonces se evitaría esconder actos de mala administración, porque un funcionario independiente (abogado del Estado) observará y evaluará el comportamiento de la Administración, y en caso de configurar algún acto de mala administración podrá iniciar las acciones legales pertinentes, ejemplo de ello los casos de corrupción que a propósito por estos días han sido más sonados.

### **3.3.3.2 El reforzamiento de la labor de asesoría y de prevención.**

En el caso de Colombia con la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se fijó como objetivo reducir la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para España encontramos la Ley 52/1997 la cual dio génesis a la Abogacía General del Estado – Dirección de Servicios Jurídicos del Estado. Expone en su preámbulo que una de las razones por las que se creó esta entidad fue dar un mejor manejo al creciente aumento de volumen de procesos judiciales.

De este modo, y deteniéndonos en considerar que el centro de atención de la Administración se puntualiza en la persona, se exige de parte de la organización administrativa un actuar caracterizado por el respeto a los derechos fundamentales, inspiradores de su quehacer, pero también demanda obediencia a los valores, principios y fines establecidos en la Constitución en virtud del principio de legalidad.

Teniendo como referente esta línea, encontramos en el ordenamiento de Colombia su preocupación de contar con la disponibilidad de recursos y así cumplir con el pago de las sentencias. Al respecto, y sin desconocer la importancia que merece esta intención, debemos decir que la asistencia jurídica no debe partir del análisis que consideró el Gobierno, por el contrario, debió estimar el tema del asesoramiento, porque es a través de éste que se permite responder por los postulados encomendados a la Administración Pública. Más aún si se tiene como premisa que el individuo es la razón de la Administración Pública, esto traería consigo un cambio referido a humanizar las funciones de la Administración, en otras palabras, las funciones se encaminarán en proteger el interés general y la dignidad a través de verdaderos procesos preventivos enfocados a evaluar las causas generadoras de perjuicio para la persona o la comunidad. Esto tiene su razón de ser en la Carta española (Art. 9.2 C.E) y la colombiana (Art. 2 C.C) las cuales les asigna la responsabilidad a los poderes públicos de promover las condiciones para el real y efectivo goce de los derechos fundamentales. Por lo tanto el ejercicio de la función administrativa no es ajena a éste mandato, por tal motivo se deberá pensar en modernizar a la Administración, instrumentalizándola de mecanismos que forjen una buena administración, en este sentido no nos cabe ninguna duda que los servicios de asistencia jurídica pública tendrán las herramientas para generar un asesoramiento interno imparcial,

objetivo dirigido al hombre como centro de su ejercicio. Para ello se requerirá autonomía en las decisiones que tomen las entidades encargadas de prestar los servicios de asistencia jurídica pública.

Al considerar que la prestación de los servicios jurídicos debe tener como elemento de su formación, y al asesoramiento que previene la generación de daños y hechos de mal actuar, con esto junto se logrará el sometimiento al principio de legalidad y como corolario la obediencia a los demás postulados constitucionales. Para lograrlo, un mecanismo efectivo está en la prevención del daño antijurídico, desarrollado en Colombia a través de las directrices que imparte la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Sin embargo, cada una de las entidades debe contar con políticas de prevención del daño, si bien su instrumentalización y consolidación no se ha dado de manera adecuada, se debe rescatar la intención normativa de generar al interior de la Administración una cultura del adecuado ejercicio de su función administrativa. Aunque no parece razonable la limitación de la norma al centrarse únicamente en las demandas. De seguro la creación de políticas debe extenderse a cualquier hecho que genere un mal actuar administrativo, así no devenga en un litigio, esto en el entendido que la Administración deberá respetar cada uno de los postulados constitucionales.

Otro punto que presenta problemas en el ordenamiento colombiano hace referencia a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se encuentra limitada a expedir un concepto sólo en aplicación de la figura de extensión de jurisprudencia (Ley 1564 de 2012), en los demás casos, no tendrá la competencia de asesorar a la entidad.

Si tenemos en cuenta los informes de gestión de 2015 de los tres primeros trimestres emitidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, únicamente elaboró a octubre de 2015 veintitrés (23) conceptos, lo cual denota que su actividad en materia asesora es mínima en comparación con la magnitud de la organización administrativa colombiana<sup>768</sup>. En consecuencia, se vislumbra un vacío en la asesoría que no sólo debe basarse en las directrices de prevención del daño antijurídico, es por lo que la labor de esta Agencia debería ir más allá en virtud de la garantía del interés general, así las cosas, la Ley quedó corta al no incluir la función de asesorar a las entidades que lo requieran y no únicamente en lo referido a la figura de extensión de jurisprudencia.

En este orden de ideas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es un órgano consultor, es decir, a través de sus políticas puede generar que los procesos administrativos se direccionen hacia la prevención del daño antijurídico. La entidad carece de funciones de asesoría en los puntos que no se refieran a la prevención del daño antijurídico o a la extensión de jurisprudencia. No obstante, el papel preventivo es determinante dentro de la asistencia jurídica pública al permitir un actuar adecuado, pero este debe acompañarse de un asesoramiento en Derecho.

En cuanto al ordenamiento español la A.G.E – D.S.J.E, se constituye como el supremo órgano consultor de la Administración, aunque esta función no podrá ser ejercida de oficio, es decir, para que el abogado del Estado pueda emitir un concepto se requerirá la solicitud por parte de la entidad de la Administración. En relación con

---

<sup>768</sup> COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Informe de gestión 2015, tercer trimestre, octubre 2015, p. 14. Informe de gestión 2015, segundo trimestre, julio 2015, p. 13. e Informe de gestión 2015, primer trimestre, abril 2015, p. 10-11.



la labor de mejoramiento o prevención, está a cargo de otro cuerpo consultivo, el Consejo de Estado, el cual a través de sus Memorias se conceptúa qué puntos debe mejorar la Administración para que se ciña a lo prescrito en la Constitución y en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia la A.G.E – D.S.J.E no podrá como lo hace la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, emitir directrices en materia de prevención o de generar un correcto actuar administrativo. Por ende para que la labor del abogado del Estado contribuya a materializar los postulados constitucionales se hace necesario que la A.G.E – D.S.J.E tenga las labores dirigidas a: coordinar, dirigir y diseñar las directrices internas de las entidades estatales, ya que de nada vale ejercer una asesoría y una defensa adecuada si la entidad continúa transgrediendo su marco regulatorio.

Resumiendo podemos afirmar que a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se le debe dotar de facultades consultivas, no sólo en materia de extensión de jurisprudencia, y de directrices referidas a la prevención, también facultades consultivas en general. Con todo esto se le permitirá ejercer un mejor control de la legalidad y de los postulados constitucionales, en el sentido que podrá entrar a analizar en detalle las situaciones que merecen un dedicado análisis, referente a la corrección de hechos que puedan generar un distanciamiento de los postulados constitucionales.

De otro lado, en el ordenamiento español las labores de asesoramiento deben venir acompañadas con facultades de: planificación, elaboración, coordinación, seguimiento y correctivo dado el caso, de políticas referidas a la prevención de hechos constitutivos de mala administración. Además no se debe olvidar que la A.G.E – D.S.J.E cuenta con la información referida a las sentencias

condenatorias en contra de la Administración, es decir, con estas bases de datos se puede establecer directrices de comportamiento al interior de la Administración, la cual será complementada con la información de quejas, y análisis de procedimientos realizada por cada una de las entidades para que en conjunto permitan establecer guías orientadas a robustecer el adecuado funcionamiento de la organización administrativa.

Finalmente, insistimos que el correcto asesoramiento brinda la posibilidad de formular y diseñar políticas dirigidas a lograr el correcto actuar administrativo, pero también acompaña aquellos casos que se requiera solicitar el concepto para que se utilice adecuadamente las herramientas procesales, como la vía gubernativa en Colombia y la vía administrativa en España. Conjugadas se verán fortalecidas con el estudio juicioso que se haga de las subreglas jurisprudenciales que se desprenden de los procesos en los que la Administración hace parte. Éste último, se funda en una herramienta propicia para fijar los parámetros sobre las decisiones aprobadas al interior de la Administración y no recaer nuevamente en hechos que afecten intereses particulares.

### **3.3.3.3 La autonomía y el respeto de la legalidad en las decisiones de la asistencia jurídica pública en los modelos colombiano y español.**

En el marco del modelo colombiano, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado es la entidad rectora encargada de direccionar y coordinar las labores de asistencia jurídica pública. No obstante, esta línea sufre tropiezos, pues en la práctica algunas veces esta responsabilidad se la trasladan a los funcionarios de la dependencia jurídica. Esto trae como consecuencia que principios como

la imparcialidad y objetividad se vean obstaculizados, por cuanto los funcionarios pueden ser sometidos a injerencias que impidan generar un concepto imparcial.

En últimas la labor de la asistencia jurídica pública estará a cargo del profesional del Derecho de cada entidad siguiendo las directrices provistas por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo el funcionario de cada entidad que funge como abogado del Estado se obliga a seguir los mandatos deontológicos de su profesión y así cumplir la labor encomendada<sup>769</sup>, de lo contrario se podrá ver expuesto a sanciones disciplinarias.

Lo anterior significa que en Colombia el análisis que realice el abogado del Estado es determinante y concluyente en la decisión que tome posteriormente el Comité de Conciliación. Éste último cuerpo tiene a su cargo el desarrollo del asesoramiento en materia de prevención del daño antijurídico y de la conciliación. Asimismo, responde por el diseño de políticas generales que orienten la defensa de los intereses de la entidad<sup>770</sup>. Más aun, definirá los criterios para la selección de los abogados externos que garanticen su idoneidad<sup>771</sup>. En este tenor, la dirección de la asistencia jurídica pública depende de los comités de conciliación, pero el estudio será principalmente función de los abogados del Estado ya sean externos o funcionarios, al respecto ORREGO MORALES sostiene: *“Ahora bien, como actor y colaborador fundamental de los Comités de Conciliación el abogado del Estado deberá suministrar una asesoría técnica y oportuna a la citada instancia institucional de cara a la creación y establecimiento de las*

---

<sup>769</sup> COLOMBIA, Ley 1123 de 2007, Bogotá, Diario oficial 46519 de enero 22 de 2007, artículo 28.

<sup>770</sup> COLOMBIA, Decreto 1716 de 2009, Bogotá, Diario Oficial. Año CXLIV. N. 47349. Mayo 14 de 2009, artículo 19.

<sup>771</sup> COLOMBIA, Decreto 1716 de 2009, Bogotá, Diario Oficial. Año CXLIV. N. 47349. Mayo 14 de 2009, artículo 19.

*citadas directrices generales – prevención del daño antijurídico, defensa judicial y mecanismos alternativos de solución de conflictos*<sup>772</sup>.

A tal efecto, la labor de asesoramiento y defensa materialmente radica en el abogado del Estado, quien debe tener en cuenta su sometimiento a la legalidad como elemento esencial de la buena administración y el buen gobierno. Sin embargo al encontrarse el abogado del Estado al interior de la entidad, el control de la legalidad puede verse en ocasiones indebidamente salvaguardado por las presiones que pueden venir de posiciones jerárquicas superiores que impiden el adecuado actuar del funcionario.

Consideramos que para la garantía de la legalidad en las actuaciones del Ejecutivo en general, se logrará de forma más rápida a través de un asesoramiento independiente. No negamos la posibilidad de contar con un concepto jurídico interno, la intención no es remplazar a todos los funcionarios, por un órgano único. Nuestro punto va dirigido a que las políticas deben verse verdaderamente acompañados por el diseño conjunto de las entidades con los abogados pertenecientes a la Abogacía del Estado.

Observamos que en Colombia el problema se genera en la aplicación de las directrices, que por supuesto son generales para todas las entidades, pues no desarrollan casos particulares. Pero se hace necesario entrar a determinar unas reglas en materia de funcionamiento interno específicas para cada entidad. Es por ello que consideramos conveniente que en la formación de estas directrices se cuente con el apoyo de una entidad imparcial y autónoma que permita determinar claramente las medidas necesarias para el correcto funcionamiento del Ejecutivo. La asesoría independiente garantiza

---

<sup>772</sup> ORREGO MORALES, C., *La buena administración ...*, ob. cit., p.42.

también el sometimiento de la entidad asesorada a la legalidad de manera previa, a raíz del dictamen se analizará las razones que se tiene para tomar una decisión y si esta se ajusta al Derecho y a la ley.

Sin embargo, la asesoría al ser autónoma requiere estar en permanente contacto con la realidad administrativa y social, por ello los abogados del Estado encargados de los servicios consultivos deben estar al tanto de las necesidades administrativas y sociales, y esto se realiza a través del análisis de las reclamaciones y el estudio de las causas que suscitan las demandas en contra de la Administración. Como resultado de este examen se determinarán los errores que existen al interior de los procedimientos administrativos, y ponen en permanente riesgo a la Administración Pública de generar un daño o una acción constitutiva de mala administración.

Entrando en detalle respecto de la autonomía de las entidades analizadas evidenciamos que la A.G.E – D.S.J.E, es una Subsecretaría del Ministerio de Justicia, por lo que se podría fácilmente colegir que recibe influencia directa de este ministerio. Mencionamos que la entidad encargada de los servicios jurídicos deberá contar con cierta autonomía para apartarse de los asuntos políticos. En este sentido consideramos que la institución de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cumple con mayor rigurosidad este requerimiento, pues en principio cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa, autonomía financiera y patrimonio público propio. Esta condición permite inmunizar a esta unidad administrativa de toda interferencia en la toma de decisiones, la hace imparcial. Si nos detenemos en analizar detalladamente la conformación del consejo directivo nos damos cuenta que son parte de este: el Ministro de Justicia y del Derecho, el Ministro de Hacienda y Crédito público, el Ministro de Relaciones exteriores, el Ministro de Comercio, Industria y

Turismo y el Secretario Jurídico de la Presidencia de la Republica. Por lo tanto la intención de darle más independencia y neutralidad a este órgano no se cumplió en atención a que observamos cómo el Gobierno, entre otras, es el encargado de avalar las propuestas dadas por el Director de la Agencia y en cierta forma de direccionar los asuntos referentes a la asistencia jurídica pública.

Así, de conformidad con este análisis, opinamos que si bien las dos entidades analizadas tienen una dependencia constante del Gobierno, en el caso colombiano la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en principio contaría con mayor autonomía en el ejercicio de sus funciones, por cuanto su estructura es autónoma tanto, orgánica, administrativa y presupuestariamente, lo cual podría tener como consecuencia la objetividad e imparcialidad en las decisiones que se toman en materia de asesoramiento, particularmente a las de prevención del daño antijurídico, esto redundaría en la mejor observancia del principio de legalidad, determinante en los procesos administrativos. Pero es menester recalcar que es necesario tener una entidad que sea totalmente autónoma del Ejecutivo a fin de poder ejercer una mejor labor en la defensa de la legalidad y el interés general.

#### **3.3.3.4 Los profesionales que se encuentran a cargo de los servicios de asistencia jurídica pública.**

Si analizamos la vinculación de los abogados del Estado al cuerpo de la A.G.E – D.S.J.E, se hace por medio de concurso, modalidad que trae consigo la evaluación en materias del Derecho público y privado<sup>773</sup>, de este proceso se calificará las capacidades en el ámbito práctico,

---

<sup>773</sup> “Entrevista a Marta Silva de Lapuerta, Abogado General del Estado, en *Revista escritura pública*, No 81, mayo-junio de 2001, p. 23.

teórico e incluso en la acreditación de un segundo idioma<sup>774</sup>, para así vincular a los mejores.

Una vez vinculados los abogados del Estado, dependerán jerárquicamente de la A.G.E – D.S.J.E. La fortaleza que tienen estos profesionales es su afianzamiento, su especialidad que con el paso del tiempo van adquiriendo en el campo de la defensa y asesoría de la Administración, lo cual redundará en fortalecer a esta organización, técnicamente concebida y única en el Estado. Esto es vital para la correcta protección de los postulados constitucionales y para la observancia del interés general por parte de la Administración.

En Colombia la gestión de los asuntos jurídicos en la asistencia jurídica pública sufre problemas respecto de quienes fungen como abogados del Estado. Colombia no asegura la continuidad de todos los abogados o incluso los profesionales de planta no son suficientes para ejercer la asistencia jurídica pública. Por tal motivo la entidad, se obliga a contratar más profesionales bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, esto acarrea que no se especialice la entidad, al no haber continuidad impide asegurar la calidad de trabajo. Más aún, de esta modalidad de vinculación se desprende otra razón, estos profesionales pierden atención en su trabajo al saber que en cualquier momento su contrato se puede dar por terminado. Adicionalmente no es extraño encontrar abogados con múltiples labores (contestar demandas, proferir conceptos, emitir actos administrativos, proyectar contratos etc.), situación que a todas luces es anti-técnica pues es claro que en materia de asistencia jurídica pública se requiere dedicación exclusiva a este tema ya que esta en juego la defensa del interés general y los recursos públicos.

---

<sup>774</sup> REINO DE ESPAÑA, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, núm. 188, de 07 de agosto de 2003, artículo 75.

Estas vicisitudes dan pie al desorden y contribuyen negativamente en el resultado de la asistencia jurídica pública. Es por lo que nos atrevemos a decir que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, debería gestionar directamente los asuntos de defensa y asesoría. Por otro lado, los abogados del Estado que ejerzan estas funciones deberían ingresar por concurso, como una garantía para los ciudadanos respecto de sus derechos y del interés general que defienden los abogados del Estado desde la asesoría y la defensa.

Se resalta en el ordenamiento español la existencia de unidades de apoyo horizontales para facilitar el ejercicio del trabajo del profesional del Derecho. Por el contrario en Colombia el apoyo horizontal dependerá de la estructura de la entidad, es decir, el mismo no se dará en las mismas condiciones para todos los abogados que ejercen la defensa de los asuntos administrativos.

Finalmente, y como lo hemos reiterado, para el caso de Colombia y como existe en España, sería de suma importancia que la selección de los profesionales a cargo de la asistencia jurídica se realice por concurso y de paso ingresen a la carrera administrativa. De esta forma, el profesional vinculado será el mejor en méritos, calidades personales y capacidad profesional, elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley 909 de 2004<sup>775</sup>.

---

<sup>775</sup> Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.



### 3.4 PLURALIDAD O UNIDAD EN LA ASESORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL GOBIERNO (estudio de caso España).

En España existen además de la Abogacía del Estado otros órganos encargados de prestar asesoría en asuntos de adopción de decisiones públicas. Son entre otros el Consejo de Estado y los consejos consultivos, por lo cual la función asesora por parte del cuerpo de Abogados del Estado es reducida, y su único papel se circunscribe a la defensa.

Así las cosas, vale la pena entrar a revisar esta situación que suscita muchas inquietudes respecto de la pluralidad de cuerpos consultivos. Una vez dilucidado el tema, entraremos a valorar la conveniencia de que existan órganos diferentes asesores; la necesidad de generar un único órgano; o como medida ecléctica o media, permitir la simultaneidad y coexistencia de órganos asesores, con la dirección de una entidad autorizada para establecer criterios claros y así evitar contradicciones al interior de la Administración y del Gobierno.

A nuestro juicio, es imperativo analizar este escenario, ya que anotamos que desde la asesoría los servicios jurídicos alcanzan los postulados del buen gobierno y la buena administración. En consecuencia el actuar administrativo servirá con objetividad al interés general, y en el evento de ser demandada, la Administración podrá ejercer una mejor defensa, y controvertir las pretensiones alegadas por los particulares dentro del proceso contencioso administrativo.

Actualmente dentro de la organización del Estado Español concurren una pluralidad de órganos encargados de prestar asesoría a la Administración o al Gobierno. Su creación es de orden

constitucional, es así como encontramos el Consejo de Estado, estatuido en el artículo 107 C.E y la A.G.E – D.S.J.E, creado mediante la Ley 52/1997. De igual forma, existen órganos asesores al interior de las Comunidades Autónomas. Aunado a lo anterior encontramos varios órganos consultivos como las subsecretarías, secretarías técnicas, el Gabinete Ministerial, el Consejo Económico y social Artículo 131.2 C.E, etc. Al respecto SÁNCHEZ MORÓN nos recuerda que las instituciones consultivas circunvalan todos los sectores de la actividad administrativa<sup>776</sup>.

Pero es oportuno centrarnos en el estudio del Consejo de Estado y los órganos consultivos de las Comunidades autónomas, por cuanto sus funciones asesoras son similares a las ejercidas por la A.G.E – D.S.J.E, y se constituyen como instituciones técnicas, en razón a la asesoría que prestan a la Administración o al Gobierno en el ejercicio de su quehacer.

Sin embargo, al existir tal pluralidad de opciones referidas a la asesoría, la toma de las decisiones públicas en el Ejecutivo pueden ser contradictorias en virtud de dictámenes opuestos sobre un mismo asunto<sup>777</sup>. Por lo tanto podría verse vulnerado el artículo 149.1.18 de la Carta Magna. De presentarse este hecho, los principios del buen gobierno y la buena administración no se lograrían, al poderse ver afectados los derechos de los individuos, la igualdad material e incluso la observancia al interés general.

Por lo anterior, el estudio que se pretende hacer se hace ineludible a fin de determinar qué forma de asesoría conviene tener al

---

<sup>776</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública, Centro de estudios constitucionales*, Madrid, 1980, p. 214.

<sup>777</sup> *Ibíd.*, p. 224 manifiesta el autor que la pluralidad de organismos consultivos puede generar duplicación de competencias e interferencias graves.

interior del Ejecutivo. Para ello, intentaremos establecer si el Consejo de Estado es un verdadero órgano consultor basándonos en su estructura y sus funciones. Ulteriormente analizaremos el caso de los Consejos Consultivos. Es menester manifestar que este análisis tendrá como norte las funciones ejercidas por la A.G.E – D.S.J.E

Respecto del Consejo de Estado, la Constitución española lo consagra escuetamente en el artículo 107, definiéndolo como el órgano supremo consultivo del Gobierno. Por su parte la A.G.E – D.S.J.E como vimos es el máximo órgano consultivo de la Administración. Así las cosas, podríamos decir que la situación es clara en cuanto a la asesoría del Ejecutivo, ya que existe un órgano designado para la Administración y otro para el Gobierno. Sin embargo se presentan escenarios difíciles de discernir, en el sentido que las relaciones entre Gobierno y Administración son muy estrechas y muchas veces se pueden llegar a confundir.

En este contexto, debemos tener en cuenta que el Consejo de Estado tiene relevancia constitucional<sup>778</sup>, autonomía orgánica y funcional y no hace parte de la Administración activa. En lo atinente a la A.G.E – D.S.J.E, es una subsecretaría del Ministerio de Justicia encontrándose en cierto modo su autonomía restringida. De esta situación podríamos inferir que existe un riesgo alto en la A.G.E – D.S.J.E de tener presiones de índole político, influencias que deben estar al margen de la función consultiva, a fin de garantizar la técnica y el sometimiento al Derecho y a la ley.

Para ver la naturaleza de estos órganos consultivos podemos remitirnos al Dictamen 1848/2004, de julio 5, del Consejo de Estado.

---

<sup>778</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 56/1990, de marzo 29, M.P. LÓPEZ GUERRA, L., y GIMENO SENDRA, J.

Este documento expresó la diferencia entre el asesoramiento interno y la consulta externa. El primero se caracteriza por la prestación de la asesoría por órganos pertenecientes a la Administración<sup>779</sup>. Por el contrario, la consulta externa, como considera el Consejo de Estado, la compone un grupo colegiado externo a la Administración activa, que luego de procesos deliberativos reglados adopta un dictamen en Derecho.

La lectura sobre esta diferencia permite visualizar que las consultas realizadas a la A.G.E – D.S.J.E se dan al interior de la Administración, sin ser un órgano que se rija por el principio de *staff and line*<sup>780</sup>. Suponemos que si orgánicamente la A.G.E – D.S.J.E pertenece a la Administración activa, cumple con los presupuestos de un órgano consultivo, en el sentido que “*es un órgano sustantivado, es decir, un órgano que se constituye sobre sí mismo, independientemente, para la función también sustantiva de aconsejar*”<sup>781</sup>.

Entonces, encontramos que los dos entes son verdaderos órganos consultivos, uno pertenece estructuralmente a la Administración, y el otro es autónomo de creación constitucional. Es así como la diferencia suministrada por el Consejo de Estado en su dictamen no dirime la

---

<sup>779</sup> REINO DE ESPAÑA, CONSEJO DE ESTADO, Dictamen 1484/2004, 5 de julio de 2004. SALVADOR MARTÍNEZ, M., “El Consejo de Estado ante la reforma Constitucional” en *Revista Teoría y realidad constitucional*, No. 16, 2005, p. 470.

<sup>780</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Thomson, Pamplona, 2007, p. 78 ss. “Se trata de una asistencia constante del grupo técnico al jefe activo que presta no sólo por vía de consejo, sino también por las de planteamiento, la información y la supervisión; a la vez, la función consultiva no se presta, conforme al esquema clásico, mediante dictámenes formales (consecuencia de la <<separación>>entre las funciones activa y consultiva), sino también, y sobre todo, a través de una relación inmediata y constante que, de tan íntima, no permite ser expresada como dictamen dirigido por >>un órgano a >>otro>> órgano, ni, por tanto, presenta ordinariamente ninguna constancia formal.”

<sup>781</sup> *Ibíd.*, p. 79.

problemática que se genera cuando concurren dictámenes diferentes sobre un mismo tema en la Administración.

Siguiendo con nuestro análisis, reparamos que el Consejo de Estado se constituye como un órgano consultivo colegiado, situación ventajosa, al ser un cuerpo conformado por varios miembros, lo cual da ponderación. También se brindará un mejor estudio de los asuntos a resolver. Adicionalmente al ser un órgano independiente de la Administración activa se eliminan las presiones, ámbito perfecto para elaborar y emitir los conceptos con autonomía, transparencia e independencia. Sin embargo, esta hipótesis no es del todo cierta, ya que está afectada por la forma en que se nombran a los consejeros, campo donde priman los intereses políticos.

Pese a lo anterior, en virtud de la función consultiva, el Consejo de Estado a través de las Memorias puede manifestarse no sólo sobre los asuntos consultados, sino también ordena a la Administración a adoptar las medidas que considere necesarias para su correcto funcionamiento<sup>782</sup>. Como se puede observar, el Consejo de Estado tiene facultades preventivas sobre los hechos constitutivos de mala administración, al recomendar las medidas necesarias para tener un quehacer adecuado a los fines y principios que rigen la actividad administrativa.

Salta a la vista que el Consejo de Estado se constituye en un verdadero órgano de consulta, no sólo del Gobierno, sino también de la

---

<sup>782</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 20. 1 “El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.”

Administración. No obstante encontramos que no todas las instituciones que conforman la organización administrativa pueden acudir a la emisión de un concepto proferido por este organismo, únicamente lo pueden hacer el Gobierno (Presidente y sus Ministros Art. 2.2 de la Ley 3/1980) y los presidentes de las comunidades autónomas (Art. 24 Ley 3/1980).

De lo anterior diríamos que el Consejo de Estado puede establecer líneas generales en materia del funcionamiento de la Administración, pero las instituciones públicas diferentes al Gobierno y a los presidentes de las Comunidades Autónomas no podrán acudir directamente a éste. Es aquí donde la A.G.E – D.S.J.E entra a jugar un papel concluyente en la asesoría. En virtud del Real Decreto 997/2003, le concierne a la A.G.E – D.S.J.E asesorar no sólo a los Ministerios, también tiene la competencia de prestar sus servicios a los órganos de la Administración general del Estado, por lo que su presencia en la práctica administrativa será más constante y permanente.

No es difícil suponer que los conceptos emitidos por la Abogacía del Estado y el Consejo de Estado no deben ser contradictorios, de ser así se generaría inseguridad jurídica al interior de la Administración. Respecto de la posible contradicción de los conceptos emitidos por el Consejo de Estado o la A.G.E – D.S.J.E encontramos que los dictámenes del Consejo de Estado priman sobre los demás conceptos emitidos por la Abogacía del Estado, es así como la Ley 52 /1997 en su artículo 3 señala a la A.G.E – D.S.J.E como el centro superior consultivo de la Administración del Estado, de los organismos autónomos y de las entidades públicas dependientes a esta institución, salvo las competencias atribuidas al Consejo de Estado en virtud del artículo 107 de la Norma Superior española y la Ley Orgánica que desarrolla esta disposición constitucional.

Siguiendo con nuestro análisis, encontramos otras disposiciones que permiten generar coherencia, seguridad jurídica, y garantía de la legalidad por parte de las consultas emitidas por los abogados del Estado. Estos preceptos normativos hacen referencia al papel que tiene el Abogado General del Estado - Director del Servicio Jurídico del Estado dentro del Consejo de Estado, en su calidad de Consejero nato<sup>783</sup>.

Al respecto, debemos tener en cuenta que los Consejeros del Consejo de Estado se dividen en permanentes, electivos y natos.

Los Consejeros permanentes son nombrados por el Gobierno a través de Real Decreto y vinculados a una sección la cual presiden<sup>784</sup>. En la actualidad existen ocho secciones<sup>785</sup>.

Los Consejeros electivos son diez y son nombrados por el término de cuatro años, con posibilidad de ser reelegidos. Para poder tener esta calidad es requisito haber desempeñado alguno de los siguientes cargos: Diputado o Senador de las Cortes Generales, Magistrado del Tribunal Constitucional, Juez o Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Defensor del Pueblo, Presidente o Vocal del Consejo General del Poder Judicial, Ministro o Secretario de Estado, Presidente del Tribunal de Cuentas, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Presidente o miembro del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma, Embajador procedente de la carrera diplomática, Alcalde de

---

<sup>783</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 8.

<sup>784</sup> ROSADOS OLIVA, M., “El control preventivo de la actividad administrativa: Consejo de Estado y Consejos Consultivos”, en AA.VV. (Dir. ZAMBONINO PULITO, M.), *Sistema de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2010, p. 57.

<sup>785</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 13.1.

capital de provincia, Presidente de Diputación Provincial, de Mancomunidad Interinsular, de Cabildo Insular o de Consejo Insular, Rector de Universidad. De los diez Consejeros electivos, dos deberán haber fungido de Presidente del Consejo Ejecutivo de Comunidad Autónoma por un período mínimo de ocho años<sup>786</sup>.

Los Consejeros natos, son aquellos que en virtud de su cargo tienen un lugar en el Consejo de Estado, al poder coadyuvar con los asuntos referentes a la función consultiva. Al respecto, considera RUÍZ MIGUEL que los miembros natos hacen parte de un grupo perteneciente a un sector técnico y poco político<sup>787</sup>, sin embargo, existen críticas sobre la designación de estos tipos de consejeros. CORDERO TORRES aduce:

*“...la confusión entre la capacidad ideal de los títulos o preeminencias y la real de las personas que los encarnan, ello es exacto. Muchas altas jerarquías del Estado poseen cierta experiencia en los negocios públicos y hasta el hábito de consulta, pero no el vigor intelectual necesario de trabajo especializado; o bien ni siquiera poseen, al menos en la medida precisa, las primeras dotes”<sup>788</sup>.*

Independientemente de las opiniones que existan respecto de los consejeros natos, consideramos que el papel del Abogado General del Estado puede generar coherencia en las decisiones que se refieran a la función de asesoría, al ser parte de los dictámenes que el Pleno del Consejo de Estado adopta.

---

<sup>786</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 9

<sup>787</sup> RUÍZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 112.

<sup>788</sup> CORDERO TORRES, J., *El consejo de Estado: su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1944, p. 186.



La verdad es que las decisiones pueden ser acogidas por la Comisión Permanente, y es aquí donde más asuntos se resuelven. Teóricamente es así por la agilidad en los asuntos consultados al Consejo de Estado, en razón a que con un número reducido de integrantes las decisiones son más fáciles de tomar<sup>789</sup>. Esta Comisión está conformada por el presidente, los consejeros permanentes y el Secretario General.

De otro lado, está el Pleno, del cual hacen parte el presidente, el secretario general, los consejeros natos, los consejeros permanentes y los electivos. En el Pleno se debaten los asuntos más solemnes<sup>790</sup>, debemos recordar que en la práctica muchos de los asuntos son resueltos por la Comisión Permanente, razón suficiente para connotar la necesidad de fortalecerla. Es así como el Abogado General del Estado, en su condición de Consejero Nato, puede presentar la doctrina aplicada a la institución que dirige, y sus preocupaciones respecto de un punto que se debate, todo en aras de garantizar un control de legalidad adecuado. Paralelamente, al estar al tanto de las decisiones que se toman al interior del Consejo de Estado, y a fin de hacer coherente la función consultiva que presta la A.G.E – D.S.J.E, el Abogado General del Estado como encargado de dirigir el proceso de asistencia jurídica pública al interior de la Administración, podrá tener en cuenta las decisiones que se tomen en el Pleno respecto de las situaciones que afecten los asuntos sometidos a consulta. Esto se hace con el propósito que los dictámenes tengan coherencia entre las distintas instituciones de la Administración.

En cuanto a la inclusión del Abogado General del Estado en el Consejo de Estado, es relevante para los temas referentes a la

---

<sup>789</sup> ROSADOS OLIVA, M., “El control preventivo...”, ob. cit., p. 60. RUÍZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado* ob. cit., 125.

<sup>790</sup> RUÍZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado* ob. cit., 125.

asistencia jurídica pública, ya que debe existir unidad de criterio para que la Administración esté bien asesorada. No sirve que dos instituciones encargadas de los servicios de consulta ejerzan su labor indistintamente. De ser así, se podrían presentar contradicciones que impedirían alcanzar los postulados y principios que subyacen en el buen gobierno y la buena administración.

Así las cosas, encontramos que en España existe un órgano que asesora al Gobierno (Consejo de Estado) y también a las comunidades autónomas. El Consejo de Estado velará por la garantía de los postulados constitucionales por medio de sus dictámenes, e incluso podrá manifestar qué situaciones deben ser mejoradas al interior de la organización administrativa<sup>791</sup>.

Por su parte, la A.G.E – D.S.J.E, como institución de creación legal (Ley 52/1997), tiene como función el asesoramiento de la Administración del Estado, además de instituciones pertenecientes a la organización administrativa, como por ejemplo, los organismos autónomos y las entidades públicas dependientes de la Administración central. También podrá emitir conceptos a fin de garantizar la legalidad en la toma de decisiones públicas. No obstante, y como ya lo hemos reiterado, el Consejo de Estado cuenta con una relevancia constitucional que le impone al abogado del Estado una serie de condicionantes en el ejercicio de su función, por lo que existe primacía respecto del dictamen que formule el Consejo de Estado, es así como el abogado del Estado perteneciente a la A.G.E – D.S.J.E no podrá emitir un concepto posterior. Igualmente, el Abogado General del Estado en virtud del papel que tiene de garante del interés general deberá

---

<sup>791</sup> REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 204/1992, de noviembre 26, M.P. CRUZ VILLALÓN, P., y VIVER I PISUÑER, C.

formular directrices acordes con las aprobadas en el Pleno del Consejo de Estado.

Como puede verse, en España el sistema de asesoría jurídico estatal, específicamente el referido al Consejo de Estado y a la A.G.E – D.S.J.E, es un sistema mixto o ecléctico, al no existir una única autoridad o institución que desempeñe la función asesora respecto del Ejecutivo. En este escenario, se encuentra una entidad autónoma de creación constitucional que se proclama como órgano consultivo del Gobierno, lo cual implica indirectamente la asesoría en ciertos asuntos referentes a la Administración Pública. De otro lado, la A.G.E – D.S.J.E es una institución perteneciente a la Administración activa, con el atenuante que puede estar más al tanto del quehacer de la función administrativa. Más aún, debe seguir los dictámenes presentados por el Consejo de Estado, ello no obsta para manifestar que la A.G.E – D.S.J.E cuenta con una función trascendente, en el sentido que su labor se da respecto de un mayor número de órganos, punto importante para el logro de una buena administración por medio de conceptos al interior de la organización administrativa.

Notamos que para hacer una función consultiva más coherente, y para preservar en cierta forma la seguridad jurídica, se le proveyó la calidad de consejero nato al Abogado General del Estado, no sólo para que aportase sus conocimientos técnicos, sino también para generar uniformidad en los dictámenes jurídicos demandados por la Administración y sus instituciones. Además se le permite robustecer de contenido los trabajos preparatorios de la decisión administrativa<sup>792</sup>, y por ende contar con procesos más eficaces.

---

<sup>792</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano...*, *ob. cit.*, p. 209.

Aun así, la labor de consulta prestada por los dos órganos genera duplicidad de competencias, contraviniendo de esta manera los postulados del buen gobierno y la buena administración. Como fue expuesto en el segundo capítulo, es necesario eliminar duplicidades en la función administrativa. Sobre la materia, el propio ordenamiento administrativo (LOFAGE) señala que los procedimientos en los cuales dos instituciones ejercen la misma labor, no son adecuados y pueden llegar a afectar la prestación de los servicios. Esto repercutiría en las garantías del individuo y las obligaciones que tienen la Administración y el Gobierno para con éste. Adicionalmente en virtud del principio de eficiencia, el Estado debe racionalizar los gastos ya que existen dos entidades con diferentes estructuras pero con funciones parecidas, en este contexto se hace necesario hacer un replanteamiento.

PARADA VÁZQUEZ reconoce que con ocasión a la promulgación de la Constitución de 1978, el Consejo de Estado “*pudo haber sido silenciado (...) e incluso suprimido por una simple ley ordinaria. Al fin y a la postre las funciones de asesoramiento jurídico que le restaban, podían ser fácilmente cubiertas por otra institución como la Dirección General de lo Contencioso del Estado*”<sup>793</sup>. En la actualidad la A.G.E – D.S.J.E cumple las funciones que en otrora ejercía la Dirección.

La anterior afirmación nos permite sostener que la A.G.E – D.S.J.E y el Consejo de Estado como órganos consultores de la Administración cumplen funciones que pueden ser subsumidas por uno u otro órgano, razón por la cual nosotros nos decantamos por afirmar la necesidad de generar una entidad única, encargada de asesorar en Derecho al Ejecutivo en general, teniendo en cuenta que de esta forma el papel del asesor será ejercido de una forma coherente. También, con

---

<sup>793</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 367.

una sola entidad se pueden estructurar directrices que permitan insertar un buen actuar público.

Aunado a lo anterior, debemos recalcar el convencimiento por el papel de la defensa, el cual deberá recaer sobre la misma entidad que se encargue de la función consultiva, ya que como razonamos anteriormente, la asistencia jurídica pública se compone por estos dos elementos.

En lo concerniente a las Comunidades Autónomas, la cuestión se torna un poco más compleja, con ocasión de lo señalado en el artículo inicial veintitrés de la Ley Orgánica 3/1980, que establecía:

*“Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.*

*El dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes”.*

En razón al mencionado artículo, se suscitó un debate respecto de la autonomía que gozan constitucionalmente las Comunidades Autónomas (Arts. 147 y ss. C.E.) y la injerencia de un órgano consultivo del Gobierno sobre las decisiones que son netamente autonómicas. De este modo, la norma inicial modificada en el año 2004, establecía que los conceptos eran preceptivos para las Comunidades autónomas en los mismos casos que se establecía para el Estado, es decir, los asuntos contenidos en los artículos veintiuno y veintidós de la Ley Orgánica 3/1980.

En atención al anterior problema, el Tribunal Constitucional mediante sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, analizó y resolvió el problema. En criterio de éste, estimó la posibilidad que el Consejo de Estado emitiera conceptos para las Comunidades Autónomas, por cuanto no hace parte de la Administración central o estatal. Además sostuvo que la intervención del Consejo de Estado *“supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo”*(Fundamento jurídico 4).

Esta decisión a la luz del Tribunal Constitucional deja ver la naturaleza que tiene el Consejo de Estado, y la garantía que brinda la Carta por medio del ejercicio de la labor consultiva, lo que le permite emitir dictámenes no vinculantes, y en los casos que el legislador determine que los conceptos deben ser preceptivos, aquellos deben serlo también al interior de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, este tribunal no desconoció el régimen de competencias que ostentan las Comunidades Autónomas:

*“Sin embargo, esta garantía procedimental debe coexistir con las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido para regular la organización de sus instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 C.E.), de modo que esa garantía procedimental debe respetar al mismo tiempo las posibilidades de organización propia de las Comunidades Autónomas que se derivan del principio de autonomía organizativa [arts. 147.2 c) y 148.1.1 C.E.]”* (STC 204/1992 de noviembre 26, fundamento jurídico 4).

El fallo de este tribunal también concluyó, basado en la autonomía de las Comunidades Autónomas en el territorio español, que éstas pueden constituir órganos consultivos equivalentes al Consejo de Estado, es decir, *“la intervención del órgano consultivo autonómico excluye la del Consejo de Estado, salvo que la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o la Ley Autonómica, establezcan lo contrario para supuestos determinados”* (STC 204/1992 de noviembre 26, fundamento jurídico 5).

Posteriormente, se promulgó la Ley Orgánica 3/2004, la cual reformó la Ley Orgánica 3/1980, y formalizó el análisis realizado por el Tribunal Constitucional. Fue así como se preceptuó:

*“Las Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en Pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.*

*El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes.”<sup>794</sup>*

Con fundamento en esta regulación, encontramos que las Comunidades Autónomas están en libertad de conformar órganos consultivos, los cuales ejercen la actividad de consulta y asesoramiento

---

<sup>794</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 20.

para garantizar la legalidad y el sometimiento al interés general por parte del Ejecutivo<sup>795</sup>.

A juicio de GARRIDO MAYOL, manifiesta que luego de la sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, la mayoría de las Comunidades Autónomas crearon mediante ley sus órganos consultivos. Agrega que en la actualidad todos los estatutos autonómicos preceptúan órganos consultivos a excepción de Cantabria que no lo ha creado<sup>796</sup>. Es necesario en este punto hacer una salvedad referente a las comunidades de Madrid y de Extremadura, cuyos consejos consultivos fueron suprimidos por la Ley 5 /2015, de 28 de diciembre, y la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, respectivamente. Por su parte, se creó una comisión jurídica asesora con autonomía jerárquica, orgánica y funcional<sup>797</sup>.

Respecto de las demás comunidades encontramos consejos consultivos en las Comunidades de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León, Castilla la Mancha, Galicia, La Rioja y las Islas Baleares. De otra parte, en Cataluña el Consejo de Garantías Estatutarias, en Murcia el Consejo Jurídico, en Navarra el Consejo de Navarra, en el País Vasco la Comisión Jurídica Asesora y en Valencia el Consejo Jurídico Consultivo.

---

<sup>795</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. considera que los Consejo Consultivos no ofrecen una garantía al ciudadano, teniendo en cuenta que pueden ser influenciados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. “Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992, en *Revista de Administración Pública*, No 130, enero-abril, 1993, p. 217.

<sup>796</sup> GARRIDO MAYOL, V., “Los consejos jurídicos consultivos en la experiencia regional española, en *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, nº 3, julio-septiembre, 2011, p. 642

<sup>797</sup> Es preciso aclarar que en la actualidad las leyes por las cuales se han suprimido los órganos consultivos particularmente en la Comunidad de Extremadura, están siendo debatidas respecto de su legalidad en la promulgación, al respecto no nos pronunciaremos teniendo en cuenta que el objeto del trabajo no versa sobre ello.



Teniendo en cuenta lo anterior y trayendo el pronunciamiento de CHECA GONZÁLEZ, la práctica demuestra que las Comunidades Autónomas crean órganos consultivos propios, con el propósito de responder de forma más rápida a las necesidades de los individuos y de las instituciones políticas y administrativas<sup>798</sup>.

Una vez identificados los órganos que se encuentran en cada una de las Comunidades, debemos empezar por ver las características dadas por el Tribunal constitucional, en particular la objetividad e independencia, las cuales como manifiesta GARRIDO MAYOL, se garantizan por la autonomía orgánica y funcional, por lo que aquellos órganos no deben hacer parte de la Administración activa.

En consideración con lo anterior, es necesario para nuestro análisis conocer la normatividad que se ha expedido referente a la conformación de los órganos consultivos al interior de las Comunidades Autónomas, y de esta forma examinar si estos se constituyeron como órganos independientes. De igual forma evaluaremos cuáles ejercen los servicios de consulta. (Ver anexo 1)

En este marco legal, encontramos que de las diecisiete Comunidades Autónomas una no tiene órgano consultivo (Cantabria). Catorce establecen legalmente la independencia de sus órganos consultivos, es decir, son independientes de la Administración, no se encuentran adscritos a ningún departamento de la Administración autonómica, y ejercen con autonomía las funciones orgánicas y funcionales. En las dos restantes la función consultiva se halla integrada a los servicios de la Administración. Así, en las leyes autonómicas del País Vasco se establece que los servicios jurídicos

---

<sup>798</sup> CHECA GONZÁLEZ, C., “El papel de los consejos consultivos en la elaboración de las normas”, en *Jornadas sobre la función consultiva*, Consejo Consultivo Comunidad de Madrid, Madrid, 17 y 18 de septiembre de 2009, p. 58.

hacen parte de la Administración activa sin que ello afecte la autonomía e independencia de los servicios de consulta. En similar situación se encuentra la Comunidad de Aragón, que preceptúa en la Ley 1/2009 que el Consejo Consultivo se encontrará adscrito a la Presidencia del Gobierno. Teniendo en cuenta esta información y el estudio realizado por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia en cita, estas dos comunidades no cumplen con los parámetros indicados, al ser órganos pertenecientes a la Administración activa<sup>799</sup>.

Siguiendo con el análisis de los órganos asesores de las autonomías, encontramos que éstos se establecieron como órganos supremos consultivos no sólo del Gobierno autónomo, sino también de la Administración<sup>800</sup>.

Además resaltan RUIZ MIGUEL y CHECA GONZÁLEZ<sup>801</sup> que los consejos tienen labores referidas al dictamen de los proyectos de Ley, situación que al igual que el Consejo de Estado son preceptivos. Entonces los Consejos Consultivos son órganos de garantía constitucional y estatutaria al ejercer un control preventivo de los proyectos de ley<sup>802</sup>. Al respecto, GARRIDO MAYOL comenta que en la práctica los Consejos Consultivos emiten dictámenes a las corporaciones locales de la Comunidad, es decir, aquellos devienen en un órgano consultivo regional<sup>803</sup>. En cuanto a su conformación, son juristas en su mayoría y se caracterizan por tener una estructura colegiada. Esta organización da cuenta que en la formación de las

---

<sup>799</sup> DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “Nuevas funciones constitucionales...”, *ob. cit.*, p. 23.

<sup>800</sup> GARRIDO MAYOL, V., “Los consejos jurídicos...”, *ob. cit.*, p. 647.

<sup>801</sup> CHECA GONZÁLEZ, C., *ob. cit.*, p. 59 RUIZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado...*, *ob. cit.*, p. 112

<sup>802</sup> GARRIDO MAYOL, V., “Los consejos jurídicos...”, *ob. cit.*, p. 648-656.

<sup>803</sup> *Ibíd.*, p. 648-649.

decisiones administrativas los consejos consultivos juegan un papel importante, se fundan en verdaderos órganos consultores de la Administración Autonómica, y por su idoneidad pueden perfectamente suplir los dictámenes del Consejo de Estado. Debemos mencionar que en el ámbito de las autonomías, la asesoría prestada por la A.G.E – D.S.J.E se supedita al respectivo convenio interadministrativo celebrado, el cual establecerá las obligaciones que esta institución tiene con la Administración y el Gobierno de la Comunidad Autónoma. En consecuencia, deberíamos decir que por jerarquía normativa el dictamen brindado por el Consejo Consultivo prima sobre el emitido por la A.G.E – D.S.J.E ya que es producto de un convenio.

Así pues, los servicios de consulta se encuentran dispersos en materia de la Administración del Estado. No obstante, en materia de normatividad se ha intentado articular el funcionamiento del Consejo de Estado y la Abogacía del Estado, incluyendo al Abogado General del Estado como consejero nato, situación que no se presenta en la conformación de los Consejos Consultivos en razón a la autonomía que gozan las Comunidades autónomas (Art. 147 ss. C.E).

Recordamos que a nivel del Estado tenemos dos instituciones con funciones de asesoramiento, sumando la posibilidad de conformación de un cuerpo consultivo en las Comunidades autónomas. Por lo tanto, no se debe desestimar la posibilidad de generar un órgano único a nivel Estatal que supla las funciones de los órganos centrales y autonómicos, esto permitirá dar esa coherencia y unidad a los temas de asesoría y consulta. Por otro lado, se eliminarán las duplicidades en las funciones ejercidas por el Estado. Al darse la situación mencionada se generaría un ahorro al erario, recursos que bien pueden ser invertidos en necesidades más apremiantes.

Según NEVADO-BATALLA MORENO, en el caso de crearse un único órgano encargado de asesorar jurídicamente a la Administración, esto conduciría a su sobre carga y con el tiempo se convertiría en un órgano ineficiente por el atiborramiento de asuntos consultados, los cuales no podría resolver con celeridad. Ahora bien, respecto de los órganos consultivos en cada Comunidad Autónoma considera que refuerzan la capacidad de autogobierno, más aun avalan el respeto por la legalidad y obviamente por el interés general<sup>804</sup>.

En virtud del régimen territorial español, podría ser beneficioso contar al menos con una entidad encargada del asesoramiento en la Administración central y otra para cada Comunidad Autónoma, atendiendo el principio de buen gobierno y buena administración. De darse, insta a estos entes a respetar ciertos principios y derechos constitucionales, los cuales sólo se lograrán con una unidad de criterio entre ambas propendiendo por la consecución del interés general, el sometimiento a la ley y al Derecho, y en consecuencia proteger los derechos e intereses de los particulares, que como vimos, determinan la forma en que la Administración ejerce su función.

Para su funcionabilidad, para la conformación de estas corporaciones se debe contar con un cuerpo colegiado, director en materia de asesoramiento y defensa de los asuntos contenciosos. Sería lo ideal en el sentido que prestará una labor completa de la llamada asistencia jurídica pública, y así en cada etapa se podrían rescatar elementos determinantes, permitiendo de este modo instrumentalizar el buen gobierno y la buena administración.

---

<sup>804</sup> NEVADO-BATALLA MORENO, P., “Función consultiva y garantía del Estado de Derecho (A propósito de un debate desleal)”, en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505193>.

Sin embargo, en este punto nos asalta la inquietud de si las personas encargadas de dirigir los asuntos referidos a la asistencia jurídica pública, se constituyen en verdaderos guardianes y defensores del interés general, dado que como observamos en España sus nombramientos en gran medida obedecen a decisiones políticas, situación que se contrapone con el mérito. De cualquier modo, la realidad nos muestra que estos cargos están limitados a un número determinado de personas que tienen afinidades políticas con el Gobierno de turno. No discutimos las capacidades de las personas que puedan llegar a ocupar estos cargos, pero si se permite que intereses políticos de manera directa entren en juego en la designación de los cargos directivos de la institución de la asistencia jurídica pública, puede devenir en el sometimiento aparente a la legalidad, hecho que puede afectar el interés general, al existir la posibilidad de elaborarse conceptos convenientes siguiendo determinada ideología y favoreciendo intereses diferentes al general.

Es menester recordar que estos órganos permiten la consecución del buen gobierno y la buena administración, y tienen como fundamento el interés general, criterio determinante en la intervención de la Administración Pública<sup>805</sup>. Por lo tanto quienes defienden dichos intereses deberán tener como guía este principio constitucional. Así, las personas encargadas de la asistencia jurídica pública deben ser profesionales que estén inclinados a realizar lo conveniente a los postulados sobre los cuales se funda el actual modelo estatal<sup>806</sup>.

---

<sup>805</sup> CASTRO CUENCA, C., *Corrupción y delitos...*, ob. cit., p. 114.

<sup>806</sup> PLATÓN., “La República” T. III, *Platón*, Gredos, Madrid, 2011, p. 113. Sostiene Platón que “Hay que seleccionar entre los guardianes hombres de índole tal que, cuando los examinemos, nos parezcan los más inclinados a hacer toda la vida lo que hayan considerado que le conviene al Estado, y que de ningún modo estarían dispuestos a obrar en sentido opuesto.”

Para ello, el mérito irrumpe como un mecanismo que permite en cierta medida asegurar la objetividad y transparencia en el asesoramiento y en la defensa. Es así como no basta que el órgano encargado de la asistencia jurídica pública sea independiente y autónomo en sus decisiones, se requiere también que el ingreso para ocupar todos los cargos tenga en cuenta las capacidades de las personas. Ello no quiere decir que en la actualidad quienes desempeñan estas labores no sean capaces, por el contrario, existen profesionales con una gran preparación, el punto va enfocado a que se necesita neutralidad y objetividad en las decisiones que el organismo profiera. De esta manera, se requiere contar con directores de la asesoría y defensa independientes e íntegros, que puedan tomar una decisión, si es del caso, contraria a los intereses del gobierno o un partido político, en salvaguarda del interés general.

Encontramos que la institución de la A.G.E – D.S.J.E cuenta con un ingreso por medio del mérito, pero su director es escogido por el Ministro de Justicia dentro de los abogados del Estado pertenecientes al cuerpo de abogados del Estado, situación que puede interferir en la objetividad y eficacia de la labor desempeñada por la institución.

En el caso de los Consejos Consultivos y del Consejo de Estado, la situación es más complicada. Los cargos de Consejeros son otorgados con un componente altamente político, siempre y cuando se cumplan con una serie de condiciones de profesionales (desempeño de ciertos cargos), lo cual en teoría está bien ya que da bagaje y cierta confianza para el ejercicio de la labor de asistencia jurídica pública. Sin embargo bajo esta perspectiva nos encontramos frente a un riesgo latente, se trata de aquellos casos en que se decide apartándose del interés general y a cambio se favorezcan los intereses del gobernante que decidió realizar este nombramiento.

Aunado a lo anterior, evidenciamos que tanto los ex-presidentes de gobierno <sup>807</sup>, como los ex-presidentes de las comunidades autónomas <sup>808</sup>, pueden formar parte del Consejo de Estado o los Consejos Consultivos respectivamente, situación que a todas luces desnaturaliza la idea de tener un órgano técnico porque el mérito desaparece y los intereses políticos entran en juego. Al respecto es menester poner el ejemplo, que un presidente de Gobierno o de una Comunidad Autónoma con una gestión en su mandato deficiente, o con unas capacidades de formación discutibles pueda formar parte del órgano encargado de asesorar a la Administración y el Gobierno. El haber desempeñado estos cargos no garantiza que se pueda ejercer una labor de asesoría adecuada, es más, no soporta o prueba sobre las capacidades que se exigen o requieren para hacer parte de estos órganos.

Para contrarrestar esto, consideramos oportuno que estos cargos se deben proveer de verdaderos expertos, a través del mérito, lo que permite hacer que la organización Administrativa actúe de forma adecuada a través de procesos de asesoramiento y defensa técnicos, garantes de todos los postulados constitucionales.

Respecto al argumento expuesto, es importante señalar que en la Comunidad de Madrid, la recién creada Comisión Jurídica Asesora ha optado por suplir las plazas de sus letrados vocales (ocho), mediante concurso de méritos. Esta situación la encontramos acertada, al permitir a todas las personas que cumplan con los requisitos poder

---

<sup>807</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980, artículo 8.

<sup>808</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del consejo consultivo de la comunidad de Madrid, Artículo 7. Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura artículo 4

concurrir. De este modo se garantiza la independencia y tecnicidad de los órganos consultivos del Ejecutivo<sup>809</sup>.

En lo atinente a la Comunidad Autónoma de Extremadura advertimos que se ha eliminado el Consejo Consultivo para dar paso a la Comisión Jurídica Asesora. Los funcionarios encargados de la asesoría, es decir los letrados vocales serán nombrados “...*mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta de quien ostente la titularidad de la Consejería con las competencias de Administración Pública, entre funcionarios de carrera con la categoría de Letrados o Técnicos Superiores Especialidad Jurídica, de la Junta de Extremadura, de la Asamblea de Extremadura o de cualquier Administración Pública, siempre que reúnan las condiciones, experiencia, cualificación y cualquier otro requisito que, en su caso, se determine. Deberán llevar en servicio activo en dicha categoría o especialidad más de diez años y no haber ocupado en los últimos diez cargo público o de naturaleza eventual. Los funcionarios nombrados serán declarados en situación de Servicios Especiales*<sup>810</sup>”.

De lo anterior observamos que la norma pretende generar un cierto grado de tecnicidad en la designación de los letrados vocales, pero su nombramiento depende de la voluntad política de un tercero, lo cual va en contravía del mérito y la autonomía que debe permear este órgano. Consideramos que al no decir nada la ley respecto de una posible oposición o concurso, en la práctica el nombramiento de los letrados debería darse de acuerdo a los méritos y la capacidad.

---

<sup>809</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por la cual se suprime el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y el Decreto 5/2016, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Asesora de la Comunidad de Madrid.

<sup>810</sup> REINO DE ESPAÑA, Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.



Sobre este punto vale la pena recordar que el interés general es la piedra angular de la organización administrativa y permite la consecución de buen gobierno y la buena administración. La designación de sus guardianes debe tener inmersa la participación ciudadana, a fortiori las cabezas o los responsables de la asistencia jurídica pública deben nombrarse por mecanismos que incentiven el mérito. De igual forma, los demás abogados del Estado y profesionales que se encuentran ejerciendo su labor dentro de la asesoría jurídica pública deberán ingresar por medio de oposición, tal y como en la actualidad lo hacen los letrados de la A.G.E – D.S.J.E o del Consejo de Estado.

De otro lado, debe destacarse igualmente como los órganos consultivos no siempre desempeñan una labor completa y adecuada en el asesoramiento, encontrándose como una de las posibles causas el favorecimiento a intereses políticos. Para ilustrarlo, vale hacer mención al caso estudiado en el Concepto 1025/2014, de 23 de octubre, proferido por el Consejo de Estado, con ocasión de la propuesta hecha por el Gobierno Español respecto de la impugnación del Decreto 107/2014, de 2 de octubre, emitido por el Presidente del Gobierno de Canarias, en el cual se convocó a una consulta ciudadana, a fin de impedir los sondeos en busca de hidrocarburos por parte de empresas petrolíferas.

Para contextualizar al lector, es oportuno hacer un recuento de la situación que se presentó. En el área del mar que rodea a la Comunidad Autónoma de Canarias y en particular en las islas de Lanzarote y Fuerteventura existía la posibilidad de encontrar yacimientos de hidrocarburos. En estos términos, el Gobierno central se acogió a lo dispuesto en el artículo 3.2.b de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, que lo autoriza a otorgar licencias para realizar sondeos

exploratorios en el mar territorial. Pero en lo que se refiere a este lugar específico existe la posibilidad de generar un daño medio-ambiental, porque en esta área yacen una serie de especies de vital protección. Así lo reconoce la Resolución de 29 de mayo de 2014, emitida por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente, documento que expresa que alrededor de los lugares de sondeos hay áreas de protección<sup>811</sup>. Con todo ello, existe el hecho latente de ocasionar perjuicios económicos y sociales en la comunidad (pesca y actividad turística)<sup>812</sup>.

Al tenor de lo anterior, el Gobierno de Canarias decidió interponer una serie de acciones judiciales dirigidas a lograr la

---

<sup>811</sup> REINO DE ESPAÑA, Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente. “No obstante, a 11,3 km del sondeo Chirimoya y 16,6 km del sondeo Sandía, se encuentra el Espacio Marino del Oriente y Sur de Lanzarote-Fuerteventura, propuesto como Lugar de Importancia Comunitaria (LIC), como resultado del proyecto LIFE+INDEMARES (Inventario y designación de la Red Natura 2000 en áreas marinas del Estado español). Dicho espacio se caracteriza por una gran riqueza y diversidad de cetáceos, donde coexisten especies típicamente oceánicas con otras costeras. Se han registrado en él 28 especies, pudiendo avistarse, especies de hábitos profundos, como zifios (*Ziphiidae*), cachalotes (*Physeter macrocephalus*) y calderones (*Globicephala*), pueden ser avistados junto con importantes grupos de delfines mulares, delfines listados y delfines moteados del Atlántico en particular cabe destacar la importancia de la presencia y distribución del delfín mular (*Tursiops truncatus*) junto con la presencia de la tortuga boba (*Caretta caretta*) como especies clave para la propuesta de LIC en el marco de la Red Natura 2000. Por otro lado, este espacio abarca dentro de sus lindes al banco submarino de El Banquete, de gran interés pesquero. Además es un lugar de migración de túnidos y alberga zonas de posible reintroducción de foca monje. En aguas canarias se ha registrado la presencia de 30 especies de cetáceos, no pudiendo descartarse, a priori, la presencia de ninguna de ellas en el área del proyecto, debido a que desconocen los patrones migratorios. En concreto, las aguas de Fuerteventura y Lanzarote son un punto de especial interés para especies de hábitos profundos, (zifios, calderones y cachalotes) lo que ha motivado la propuesta de un área marina protegida en el oriente de estas islas. El litoral de las Islas Canarias tiene importancia como zona de descanso, alimentación y cría para numerosas aves. Zonas costeras como salinas, lagunas costeras, rasas intermareales, saladares, etc., son hábitats importantes para la avifauna, donde destacan especies de gaviotas (*Laridae spp.*), charranes (*Sternidae spp.*), limícolas (*Charadriiformes spp.*), zancudas (*Ardeidae spp.* y *Therskiornithidae spp.*) y algunas rapaces costeras. Las IBA propuesta como ZEPA (Banco de la Concepción, Islotes del N de Lanzarote, Estrecho de la Bocaina) se han destacado como áreas de alimentación o paso, o bien por incluir colonias de cría muy importantes.”

<sup>812</sup> ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *Prospecciones, impactos en el medio marino de los sondeos y exploraciones de la industria de hidrocarburos, ecologistas en acción*, Madrid, 2014, p.27.

suspensión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos<sup>813</sup>, en vista de las posibles consecuencias ecológicas que pudiera tener el inicio de exploraciones.

Ante los resultados insatisfactorios de las acciones incoadas, se optó posteriormente por realizar una consulta ciudadana, fue así como se expidió el Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma y el Decreto 107/2014, de 2 de octubre, del Presidente del Gobierno de Canarias, que convocó la consulta ciudadana mediante pregunta directa.

Ante la inminencia de la consulta, el Gobierno solicitó un concepto al Consejo de Estado respecto de los Decretos antes mencionados, en la medida que consideró interfería con las competencias del Gobierno en autorizar actividades exploratorias en el mar territorial. También arguyó que en virtud del estudio realizado por el Tribunal Constitucional, en la sentencia STC 103/2008, de 1 de septiembre, la consulta que se pretendía hacer tenía las características

---

<sup>813</sup> REINO DE ESPAÑA, CONSEJO DE ESTADO, Concepto 1025/2014 de 23 de octubre “La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004, estimó parcialmente dos de estos recursos, los planteados por el Cabildo Insular de Lanzarote y la Agrupación Insular del Partido Socialista Canario en Lanzarote, anulando los compromisos y programas de investigación especificados en las letras c) y d) de su artículo 2, correspondientes a los años tercero a sexto, por no haberse determinado expresamente las medidas de protección medioambiental a que se refiere el artículo 18.3 de la Ley 34/1998. En ejecución de esta sentencia se dictó el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, que añadió un nuevo artículo 2 bis en el Real Decreto 1462/2001 (“Medidas de protección medioambientales”), con el que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Ley 34/1998, y se integraron las disposiciones del texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero. Asimismo, se introdujeron determinadas modificaciones en el artículo 2 que flexibilizaron el programa de trabajos. Contra este Real Decreto 547/2012, el Cabildo Insular de Fuerteventura interpuso recurso contencioso-administrativo por motivos de carácter medioambiental que fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2014.”

de un referéndum y no de una consulta ciudadana. Por lo tanto el Gobierno canario no se encontraba autorizado para realizar este tipo de consultas.

Frente a dicha situación y en virtud de la función asesora con que cuenta el Consejo de Estado respecto del Gobierno, tomó en conocimiento la consulta y analizó detalladamente las situaciones de competencias. Además basado en el Concepto 1026/2014, de 23 de octubre, realizó un análisis de las diferencias entre la consulta ciudadana y el referéndum. Como resultado de su estudio, consideró que se contaban con los suficientes argumentos jurídicos para poner en conocimiento del Tribunal Constitucional la presunta inconstitucionalidad de los Decretos 95/2014, de 25 de septiembre y 107/2014, de 2 de octubre.

Fue así como posteriormente el Tribunal Constitucional dio la razón al Consejo de Estado y al Gobierno mediante sentencias STC 137/2015, de 11 de junio, y decidió declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los artículos 9 a 26 del Decreto 95/2014, y mediante STC 147/2015, de 25 de junio, declaró la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto 107/2014.

Queda claro si se analiza la normatividad, que en materia competencial de sondeos exploratorios el Gobierno es el encargado de brindar las autorizaciones, por lo que las comunidades autónomas no pueden interferir en esta competencia. No obstante, del análisis al Concepto 1025/2014, de 23 de octubre del Consejo de Estado de España, se puede evidenciar que el estudio del impacto ambiental es reducido a una serie de actuaciones procesales realizadas por el Gobierno de Canarias ante el Tribunal Superior, situación que nos despierta cierto interés, ya que más allá del análisis que debió hacer el

Consejo de Estado en los asuntos competenciales, y, como guardián del interés general, tuvo que detenerse con más profundidad en el impacto ambiental que se pudo ocasionar, y su afectación no se circunscribía únicamente a los habitantes de la Comunidad Canaria, sino que incluso en un futuro puede afectar al país ibérico en su totalidad, al estar en riesgo un ecosistema marino de especial cuidado. Incluso nos atrevemos a decir que es de interés mundial.

Acorde con las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado no analizó el impacto ambiental y se decantó por hacer un análisis de la legalidad. Se debe recordar que el papel de la asesoría es la prevención y la salvaguarda del interés general, esencia que permite la garantía de los derechos fundamentales, en consecuencia, el papel la asesoría no debe circunscribirse únicamente a la resolución del asunto que se le pone en consideración.

En la toma de las decisiones públicas debe tenerse en cuenta la persona, situación que se pregona también de los entes asesores. Pero en el concepto emitido por el Consejo de Estado no se aprecia dicho análisis que es primordial en el debate jurídico, esto teniendo en cuenta los posibles daños que pueden generar los sondeos y las exploraciones en busca de hidrocarburos. En particular las organizaciones como World Wildlife Fund,<sup>814</sup> Fundación Biodiversidad<sup>815</sup> y Ecologistas en acción<sup>816</sup>, ponen de presente que la zona cuenta con especies marinas, como los cachalotes (hembras y crías) que realizan largas estancias<sup>817</sup>, y se convierte en una de las justificaciones del impacto que podrían

---

<sup>814</sup> WORLD WILDLIFE FUND, <http://www.wwf.es/?29460/WWF-denuncia-en-Bruselas-la-autorizacin-de-las-prospecciones-petrolferas-de-Repsol-en-Canarias>.

<sup>815</sup> FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, Propuesta de áreas marinas de importancia ecológica: Islas Canarias, en [http://oceana.org/sites/default/files/reports/OCEANA\\_Propuestas\\_AMIE\\_Canarias\\_ESP.pdf](http://oceana.org/sites/default/files/reports/OCEANA_Propuestas_AMIE_Canarias_ESP.pdf)

<sup>816</sup> ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, Prospecciones, impactos en..., ob. cit, p.27.

<sup>817</sup> WORLD WILDLIFE FUND, Cachalotes en Canarias. Canary island sperm whales. Disponible en YouTube en <https://www.youtube.com/watch?t=20&v=FzqCOUMpkjY>.

padecer estas especies de darse la exploración. También analizan como el aprovechamiento pesquero se puede ver afectado y como resultado se pueden crear perjuicios en el desarrollo económico de los habitantes del sector.

Adicionalmente, a partir de este análisis nos damos cuenta que el estudio del Consejo de Estado adoleció de incluir otros factores que están presentes y que afectan el interés general, y por supuesto derechos individuales. Al respecto, podríamos afirmar que prevaleció el interés económico, en contra de la protección medio ambiental afectando también el desarrollo económico de la zona como es la pesca e incluso el turismo. Por lo tanto nos preguntaríamos si en verdad este tipo de órganos permite la real y efectiva salvaguarda del interés general como integrante fundamental del buen gobierno y la buena administración.

En vista de lo anterior podemos concluir como la defensa del interés general, y la ayuda que puedan brindar las instituciones encargadas de prestar la asistencia pública, deben interrelacionar todos los actos y hechos posibles que puedan afectar una decisión, es decir, se requiere realizar un estudio completo e integral que permita sopesar todas las variables, y de esta manera emitir un concepto riguroso y garante de los postulados constitucionales, el cual a posteriori servirá para que la organización administrativa tome una decisión adecuada. Estos órganos no deben basarse únicamente en el cumplimiento de las normas, como si fuese una lista de chequeo. Si bien la legalidad es importante, aquella no garantiza el respeto por el buen gobierno y la buena administración, es así como debe concatenarse con el interés general que permite humanizar y racionalizar las decisiones públicas.

Como vimos en el desarrollo de este capítulo, la labor de asistencia jurídica pública no se circunscribe en la defensa ejercida por el abogado del Estado, por el contrario, viene desde el asesoramiento en la toma de decisiones por parte del Ejecutivo, de ahí que se encuentren acorde a Derecho, a la ley. En este sentido es importante fortalecer la entidad encargada del asesoramiento, deviniendo en una herramienta determinante para el buen gobierno y de la garantía del interés general.

Pero si nos referimos a las labores de asesoramiento, éstas no sólo deben dirigirse al Gobierno, también deben darse en las demás instituciones pertenecientes a la Administración. Así, la A.G.E – D.S.J.E, respecto de las demás entidades del nivel estatal, es determinante para asegurar la correcta prestación de la función administrativa, al ser un órgano esencial en el aspecto preventivo y garante de la legalidad a priori.

También el papel del abogado del Estado al interior de la Administración activa es concluyente, por lo que estamos a favor que aquel desempeñe la función de salvaguarda de la legalidad y los postulados constitucionales al interior de la Administración.

Otro aspecto importante y referido anteriormente, es lo esencial que resulta la estructura independiente y colegiada con que cuenta el Consejo de Estado, para la garantía de la objetividad, la imparcialidad y el respeto por la ley. Un cuerpo colegiado independiente permite la eliminación de presiones ejercidas por parte del Ejecutivo, por eso sus decisiones permiten la concepción de directrices, las cuales posteriormente los abogados del Estado podrán extender al resto de la Organización administrativa.

Si bien el fin de la Administración es servir con objetividad al interés general, se hace necesario contar con un cuerpo de asistencia jurídica pública caracterizado por tener en su cabeza un cuerpo colegiado encargado de tomar las directrices de la asesoría y la defensa pública del Gobierno. En lo concerniente a la Administración, los abogados del Estado, en virtud de la unidad de doctrina deberán materializar las directrices emanadas por el mencionado cuerpo colegiado. De igual forma, serán los profesionales del derecho quienes se encomienden de la defensa de los asuntos litigiosos, y con la unidad de estos dos elementos el Ejecutivo ira direccionado hacia la consecución del principio del buen gobierno y la buena administración.



## **.- CONCLUSIONES**



**Primera.** El actual modelo de Estado constitucional es el resultado de un largo proceso de transformación de las estructuras del poder político para adaptarse a los cambios sociales. Cada una de las fases por las que ha pasado este proceso (“juridificación”, “socialización” y “democratización” del Estado) se ha caracterizado por una serie de rasgos que se han incorporado al modelo vigente y que nos permiten entender las relaciones entre el Estado y la sociedad.

En los textos constitucionales colombiano y español se consagran los elementos propios del Estado de Derecho (el principio de legalidad, en sus varias manifestaciones, la separación de poderes, el reconocimiento y garantía de los derechos de primera generación y el principio de igualdad formal), que coexisten con los postulados del Estado social (la proclamación de los denominados derechos sociales, el mandato de la igualdad material y la regulación de la intervención del Estado en la economía) y que se completan con la articulación del Estado democrático, que conlleva la participación de la ciudadanía en la formación de la voluntad general, mediante instrumentos de democracia directa y representativa, y el reconocimiento del pluralismo social y político como valor fundamental.

La armonía entre el componente jurídico, el social y el democrático, sin que prevalezca o se imponga ninguno de ellos sobre el resto, asegura el cumplimiento de los fines del Estado, que se sintetizan en la protección del individuo y en la garantía de la dignidad humana.

Ahora bien, el Estado social y democrático de Derecho, aun siendo el pilar fundamental del orden constitucional, está siendo cuestionado desde planteamientos extrajurídicos. La actual crisis económica ha servido de contexto y de pretexto para dismantelar las

estructuras del Estado de bienestar. Un ejemplo claro de ello fue la reforma del artículo 135 de la Constitución española, llevada a cabo en el año 2011. Esta reforma ha afectado al cumplimiento del postulado social. Además, conviene recordar que durante su tramitación se vulneraron cláusulas del Estado de Derecho y del Estado Democrático.

Pero esto no es una cuestión que únicamente tenga ocurrencia en el país Ibérico, también está presente en Colombia. Observamos que la legislación nacional se ha visto influenciada por organizaciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Interamericano de Desarrollo que imponen condiciones obligatorias que se materializan en la legislación a fin de acceder a empréstitos. Este panorama pone en serios cuestionamientos al modelo de Estado colombiano, ya que sus pilares no son atendidos con el rigor necesario. Por lo tanto, y como una contramedida a estos fenómenos, los poderes públicos deben retornar a lo expresado en la Carta Magna y ser los principales guardianes de los postulados constitucionales. De otra parte los ciudadanos tienen que ejercer de manera proactiva los mecanismos participativos a fin de poder exigir al Estado el cumplimiento y la satisfacción de sus demandas.

**Segunda.** El poder Ejecutivo tiene mayor notabilidad, respecto de los demás poderes, en la satisfacción de las demandas sociales. Esta afirmación la hacemos teniendo en cuenta que es este poder público el encargado de materializar cotidianamente muchos de los derechos constitucionales. Además, de cierta manera, tiene un contacto más regular con el ciudadano. Así, y para hacer más efectiva su labor la Administración, como parte del Ejecutivo, ha implementado una serie de modelos de gestión. Los modelos de gestión han reforzado principios como la legalidad, la transparencia a través de la rendición de cuentas, la participación, la eficacia y la eficiencia entre otros. Estos principios

son primordiales para la innovación, la mejora continua del actuar administrativo y dotan de contenido a la buena administración y el buen gobierno. Sin embargo, debemos aclarar que los cambios en los modelos de gestión deben venir precedidos de un justificado análisis de la realidad particular, para evitar la imposición de modelos que en nada se ajustan a las necesidades administrativas y sociales.

Actualmente existe la gobernanza, como modelo de gestión al interior de la Administración, que hace que la organización administrativa se ajuste a la realidad de la sociedad. Es menester decir que el ejercicio de la gobernanza debe darse en un equilibrio justo entre el mercado, el sector público y la sociedad en la toma de decisiones públicas.

**Tercera.** Del estudio realizado observamos la existencia de normatividad de orden constitucional y legal que hace alusión al buen gobierno y a la buena administración. Este último es considerado en muchas de las comunidades autónomas en España como un derecho, e incluso se protege en el ámbito de la Unión Europea.

Debemos mencionar, en primer lugar, que consideramos al buen gobierno y la buena administración como un principio, teniendo en cuenta las razones expuestas en el capítulo segundo. Apartándonos del debate respecto de su naturaleza y centrándonos en la *praxis*, la consecución de estos principios no se obtiene únicamente a través de la generación de códigos, leyes, protocolos o procedimientos que los tipifiquen, se requiere también entender de manera adecuada su contenido, situación que no se compece con la realidad. Así, encontramos que muchas veces estos principios, particularmente la buena administración, sólo se identifican con el trato que dispensa la Administración al individuo, es decir, los relacionan sólo con la

atención que tiene el funcionario con el ciudadano. No desconocemos la importancia que tiene esta etapa del procedimiento administrativo. En todo caso, no se debe olvidar que estos principios están desde el inicio de la actividad administrativa, y son un recordatorio permanente del cumplimiento que se le debe a la Constitución.

**Cuarta.** Al haber una máxima constitucional que determina el actuar del Ejecutivo, deben existir entidades públicas que limiten y controlen el quehacer de la Administración y del Gobierno sometiéndolo al interés general. Una de estas entidades es la encargada de prestar los servicios de la asistencia jurídica pública, que surge como una institución que permite el sometimiento, el cumplimiento y la garantía de la ley y el Derecho por parte del Ejecutivo. Esto se hace en dos momentos. El primero *ex ante* de la ocurrencia de un hecho dañoso causado por la organización administrativa. Se compone de la asesoría y la prevención. El segundo momento *ex post* ejercido a través de la defensa del interés general en los estrados judiciales.

Por consiguiente, la asistencia jurídica pública al Estado permite una visión transversal de la actividad administrativa, ya que se encuentra presente antes, durante y después de la toma de decisiones públicas. Así, el objetivo de esta institución no se centra exclusivamente en la defensa litigiosa, sino desde su papel asesor y preventivo también permite que se adopten los correctivos necesarios a fin que la Administración y el Gobierno ejerzan su función de manera adecuada. Bajo estas premisas la labor de la Asistencia jurídica pública se impone como paradigma y núcleo en la formación del buen gobierno y la buena administración de las instituciones públicas.

*Quinta.* Hemos evidenciado varios problemas en la forma de gestionar la asistencia jurídica pública en España. El primero de ellos hace referencia a que la función está difuminada en diversos órganos o entidades, lo cual trae inconvenientes en materia de seguridad jurídica y en la garantía de los derechos constitucionales. Esto teniendo en cuenta que pueden existir diversos dictámenes sobre un mismo tema, lo cual puede llevar a generar decisiones contradictorias al interior de la organización administrativa.

La segunda dificultad se centra en la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Esta entidad no es independiente del Gobierno, hace parte de la estructura del Ministerio de Justicia. La situación descrita interfiere en la autonomía e independencia en la elaboración de sus dictámenes y doctrinas que serán elaborados por la entidad. De otro lado, sus pronunciamientos se hacen sobre casos puntuales. A causa de esto se produce un descuido en el ámbito preventivo. Podemos afirmar que en las entidades analizadas este aspecto no se desarrolla o es casi inexistente. Por lo tanto, se debe llamar la atención respecto a este punto que es vital en la consecución de un buen actuar y repercute directamente en la reducción de daños antijurídicos que afectan los derechos de las personas.

Otro punto que debe mencionarse es el carácter no vinculante de los dictámenes elaborados por la entidad encargada de asesorar. Resulta paradójico que exista una entidad ‘independiente’ cuyos funcionarios elaboran rigurosamente un dictamen que al final no va a ser tenido en cuenta por el gobernante. Este hecho es curioso, ya que se hace un trabajo que no sirve o simplemente se solicita para cumplir con las formalidades legales.

En este tenor consideramos necesario que los dictámenes tengan mayor fuerza vinculante. No pretendemos que sean obligatorios, ya que de ser así usurparían funciones que no le corresponden. Nuestro punto se enfoca en el respeto y la relevancia que tienen estos dictámenes jurídicos, ya que en teoría son la herramienta que salvaguarda el ordenamiento constitucional. Por lo tanto, en la práctica y en caso de no ser adoptados la entidad pública debería motivar las razones que tiene para apartarse del informe emitido por el órgano consultivo.

De otro lado, observamos que existen órganos como el Consejo de Estado o los Consejos consultivos donde la designación de las personas que hacen parte de éstos tienen un alto componente político, lo cual repercute en que muchas veces no se cuentan con las capacidades necesarias para desarrollar esta labor. *A fortiori* estos informes pueden elaborarse en función de una ideología política que puede ir en contra de la satisfacción de los derechos constitucionales. Por lo tanto, es necesario que el ingreso sea por mérito teniendo en cuenta las capacidades y la trayectoria de la persona que va a tener la tarea de asesorar al Gobierno.

Debemos destacar que en la comunidad de Madrid y en la de Extremadura se ha empezado a adelantar procesos en los que el ingreso de los miembros de los cuerpos consultivos autonómicos se realizará a través de concurso. Esta situación la consideramos adecuada ya que se hace una transición de un órgano politizado a uno técnico. Como resultado se tendrá en principio una entidad que asesore de mejor forma a los Gobiernos comunitarios.

**Sexta.** En Colombia la asistencia jurídica pública presenta las siguientes dificultades. En primer lugar, las normas en materia de asistencia jurídica al Estado no son estables y cambian regularmente.



Esto interfiere en la actuación administrativa, ya que los funcionarios encargados de la asistencia jurídica pública tienen problemas a la hora de aplicar las normas. En consecuencia, se torna problemático crear una unidad de doctrina rígida y bien conocida en materia de asesoramiento, de prevención y de defensa.

De otro lado, consideramos que el modelo establecido en Colombia es ineficiente e incompleto. Si bien existe una entidad encargada de direccionar y controlar la asistencia jurídica pública, son las propias entidades las encargadas de implementar las políticas y los mecanismos por medio de los comités de conciliación. Esta situación trae ciertas desventajas ya que la asistencia se da al acomodo de cada entidad pudiendo menoscabar derechos. En este sentido ésta puede ser laxa y poco rigurosa.

También comprobamos que los comités de conciliación son conformados por las cabezas de cada entidad, situación que es perjudicial, por cuanto afecta la objetividad e imparcialidad. Aunado a lo anterior los directivos de cada entidad ya tienen suficiente trabajo con sus labores propias, lo cual puede ir en deterioro de la asesoría jurídica pública. Al tener tantos deberes, la labor no se va a ejercer con el mismo esmero de una persona que sólo se dedica a desarrollar esta función.

Ya en materia de defensa, los problemas son latentes al existir una sobrecarga laboral de los abogados de cada entidad, por cuanto deben responder por las tareas para las cuales fueron contratados y también deben defender a la entidad. Igualmente, existen abogados encargados de la defensa del Estado contratados bajo la modalidad de prestación de servicios. Estos contratos son cortos y no permiten la adecuada defensa del interés general. Además, este tipo de vinculación

laboral tiene un alto contenido político que hace que muchas veces no se miren las aptitudes del letrado en el conocimiento del Derecho.

Por lo anterior consideramos que la asesoría jurídica pública debe recaer exclusivamente en un cuerpo que para el caso sería la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Esto permitiría la unidad de doctrina y la organización en materia de prevención y defensa. Debemos manifestar que se debe fortalecer la asesoría ya que la que es ejercida por esta entidad es escasa, sólo se da en casos de extensión de jurisprudencia.

*Séptima.* El trabajo que se elaboró nos permitió establecer unos requisitos estructurales en la entidad que preste los servicios de asistencia jurídica pública, necesarios para que el poder Ejecutivo se someta a la legalidad y corolario de esto pueda alcanzar los principios del buen gobierno y de la buena administración. La estructura requerida a nuestro juicio se concreta en lo siguiente:

✓ Debe existir unificación en el desarrollo de funciones de asesoría y de defensa del Gobierno y de la Administración. En lo concerniente a España vemos que la labor de asistencia jurídica se encuentra dividida. Así, existen órganos de asesoramiento para el Gobierno y para la Administración y órganos de defensa. A nuestro modo de ver todas estas funciones deben ser ejercidas por un solo órgano, lo que redundará en una mejor unidad de criterio en las decisiones públicas. Al estar concentrada esta función el control de la legalidad y del sometimiento al interés general se podrá realizar de mejor forma.

En Colombia es necesario que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en lo que se refiere al nivel estatal, asuma directamente las funciones de asesoría, prevención y de defensa, con el objetivo de poder establecer directrices claras que sean verdaderamente implementadas por las entidades públicas.

La entidad encargada de los servicios de asesoría y defensa, debe tener una estructura interior jerárquica que permita la unidad de criterios. Sin embargo deberá existir una comunicación entre los servicios consultivos y contenciosos a fin de poder establecer directrices que se adecúen a la realidad administrativa.

✓ La Abogacía del Estado en España y en cierta medida la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el caso colombiano tal y como están estructuradas no son independientes del Gobierno. Entonces la organización de asistencia jurídica pública requiere tener autonomía respecto del Ejecutivo, lo cual garantiza mayor imparcialidad y objetividad en la toma de sus decisiones.

✓ Respecto del cuerpo encargado de tomar las decisiones sería adecuada la conformación de un cuerpo colegiado. Esta situación si bien se predica del Consejo de Estado español y los consejos consultivos de las comunidades autónomas, únicamente se circunscribe a aspectos de asesoramiento. Nuestra propuesta radica en que exista una cabeza colegiada, la cual dentro de sus funciones tenga la de asesorar al Gobierno, la de establecer la doctrina en materia

de defensa y la de trazar criterios para la generación de dictámenes al resto de la Administración, los cuales serán transmitidos en virtud de la unidad de doctrina por los abogados del Estado. Estos últimos deberán también ejercer la defensa y harán parte de la institución que desempeñe la asistencia jurídica al Estado.

✓ Finalmente, para ingresar a los servicios jurídicos urge que todos los funcionarios se vinculen por concurso. De esta manera se contribuye para que su actuar sea objetivo e imparcial. Igualmente, para reforzar el comportamiento ético de estos profesionales, se deberán establecer códigos de conducta internos, alternados con la implementación de procedimientos disciplinarios. Con esto se blindará la labor ejercida al interior de la entidad ajustada a Derecho. Conjugadas estas exigencias tendremos una Administración y un Gobierno más respetuosos de los postulados constitucionales y en consecuencia más humanos. En otras palabras, en la toma de decisiones públicas su centro será el individuo.

**.- ANEXOS.**



**ANEXO 1. NORMATIVIDAD CONSEJOS CONSULTIVOS-  
INDEPENDENCIA Y SERVICIOS DE CONSULTA**

<b>COMUNIDAD AUTÓNOMA</b>	<b>PRECEPTO NORMATIVO</b>
ANDALUCÍA	<p><b>Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo</b>, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. <i>“Artículo 129.2. El Consejo Consultivo ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional. Una ley del Parlamento regulará su composición, competencia y funcionamiento.”</i></p> <p><b>Ley 4/2005, de 8 de abril</b>, Ley del Consejo Consultivo de Andalucía artículo 3 <i>“El Consejo Consultivo de Andalucía es el superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía, incluidos los Organismos y Entes sujetos a Derecho Público de la Junta de Andalucía. Asimismo, es el supremo órgano de asesoramiento de las Entidades Locales y de los Organismos y Entes de Derecho Público de ellas dependientes. También lo es de las Universidades Públicas andaluzas y de las demás Entidades y Corporaciones de Derecho Público no integradas en la Administración de la Junta de Andalucía, cuando las leyes sectoriales así lo prescriban.”</i></p>
ARAGÓN	<p>Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. artículo 58 <i>“El Consejo Consultivo de Aragón es el supremo órgano consultivo del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma. Ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar su objetividad e independencia...”</i></p> <p><b>Ley 1/2009, de 30 de marzo</b>, del Consejo Consultivo de Aragón. <i>“Artículo 1. Naturaleza. 1. El Consejo Consultivo de Aragón es el supremo órgano consultivo del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma. 2. El Consejo Consultivo estará adscrito a la Presidencia del Gobierno de Aragón, sin que esta adscripción suponga dependencia jerárquica en el cumplimiento de las funciones que le son atribuidas por ley. Artículo 2. Autonomía. 1. El Consejo Consultivo de Aragón ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional con el fin de garantizar su objetividad e independencia. 2. En el ejercicio de sus funciones velará por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía de Aragón y del resto del ordenamiento jurídico. En particular, tendrá en cuenta el respeto y cumplimiento de los derechos y deberes de los aragoneses y de los principios rectores de las políticas públicas recogidos en el Estatuto de Autonomía de Aragón”.</i></p>

ASTURIAS	<p><b>Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre</b>, del Consejo Consultivo, “<i>Artículo 1. Naturaleza 1. El Consejo Consultivo del Principado de Asturias es el superior órgano de consulta de la Comunidad Autónoma con preeminencia sobre cualquier otro del mismo carácter y, en tal calidad, le corresponde prestar a los órganos de su Administración Pública y a las entidades locales radicadas en su territorio los asesoramientos que procedan con arreglo a esta Ley. 2. En garantía de su objetividad e independencia, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias ejerce sus funciones con plena autonomía orgánica y funcional.</i>”</p>
BALEARES	<p><b>Ley 5/2010, de 16 de junio</b>, reguladora del Consell Consultiu de las Illes Balears “<i>Artículo 1 Definición y naturaleza 1. El Consejo Consultivo de las Illes Balears es el órgano superior de consulta de la comunidad autónoma de las Illes Balears. 2. Le corresponde, en los términos expresados en la presente ley, el alto asesoramiento del Parlamento, del Gobierno y de la Administración de la comunidad autónoma, de los consejos insulares y de los entes locales, así como de la Universidad de las Illes Balears. También, el de los entes que integran la administración instrumental dependiente de cualquiera de los entes territoriales citados y el de las demás entidades y corporaciones de derecho público no integradas en la Administración de las Illes Balears, cuando lo exija la ley. 3. Ningún otro órgano o entidad de la comunidad autónoma, incluida la administración insular, local o institucional, podrá emplear la denominación «Consejo Consultivo de las Illes Balears». 4. El Consejo Consultivo se organizará de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en su reglamento de organización y funcionamiento.</i>”</p>
CANARIAS	<p><b>Estatuto autonomía de Canarias</b> “<i>Artículo 44.2. La ley garantizará su imparcialidad e independencia y regulará su funcionamiento y el estatuto de sus miembros.</i>”</p> <p><b>Ley 5/2002, de 3 de junio</b>, del Consejo Consultivo de Canarias Artículo “<i>1. Naturaleza. 1. El Consejo Consultivo de Canarias es el supremo órgano consultivo de la Comunidad Autónoma encargado de dictaminar sobre la adecuación constitucional y estatutaria de los proyectos y proposiciones de ley, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley. Asimismo dictaminará sobre la adecuación al ordenamiento jurídico de otros asuntos que le sean sometidos en las materias señaladas en esta Ley. 2. El Consejo Consultivo ejercerá sus funciones con objetividad, gozando a tal fin de independencia orgánica y funcional en los términos de esta Ley.</i>”</p>
	<p><b>Ley 1/2002, de 9 de abril</b>. reguladora del Consejo</p>



CASTILLA Y LEÓN	<p>Consultivo de Castilla y León Ley Artículo 1. <i>“Naturaleza.</i></p> <p><i>1. El Consejo Consultivo de Castilla y León es el superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.</i></p> <p><i>2. El Consejo Consultivo ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las mismas.”</i></p>
CASTILLA LA MANCHA	<p><b>Ley 11/2003, de 25 de septiembre</b>, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha <i>“Artículo 38 1. El Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es el superior órgano consultivo de la Junta de Comunidades y de las Corporaciones Locales de la Comunidad Autónoma.2. El Consejo Consultivo ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, para garantizar su objetividad e independencia.”</i></p>
CATALUÑA	<p><b>Estatuto Autonomía Cataluña, artículo 77.4</b> <i>“El Consejo de Garantías Estatutarias tiene autonomía orgánica, funcional y presupuestaria de acuerdo con la ley.”</i></p> <p><b>Ley 2/2009, de 12 de febrero</b>, del Consejo de Garantías Estatutarias <i>“Artículo 2 Naturaleza y funciones del Consejo 1. El Consejo de Garantías Estatutarias es la institución de la Generalidad que vela porque las disposiciones de la Generalidad se adecuen al Estatuto y a la Constitución, en los términos que establecen el artículo 76 del Estatuto y la presente ley. Corresponde asimismo al Consejo dictaminar previamente a la interposición ante el Tribunal Constitucional de recursos de inconstitucionalidad, conflictos de competencia y recursos en defensa de la autonomía local.</i></p> <p><i>2. El Consejo de Garantías Estatutarias cumple sus funciones con plena independencia de los órganos ejecutivos, legislativos y judiciales, mediante dictámenes técnico jurídicos que en ningún caso expresan criterios de oportunidad o conveniencia. 3. El Consejo de Garantías Estatutarias, para tener garantizada su independencia, disfruta de autonomía orgánica, funcional y presupuestaria.”</i></p>
EXTREMADURA	<p><b>Ley 16/2001, de 14 de diciembre</b>, del Consejo Consultivo de Extremadura. <i>“Artículo 1. De la naturaleza 1. El Consejo Consultivo es el superior órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de Extremadura.</i></p> <p><i>Artículo 2. 1 El Consejo Consultivo ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar su objetividad e independencia.”</i></p> <p><b>Ley 19/2015, de 23 de diciembre</b>, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.</p> <p>Artículo único. Derogación de la Ley 16/2001, de 14 de</p>

	<p>diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura. Se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura.</p> <p><i>“Disposición adicional primera. Comisión Jurídica de Extremadura.</i></p> <p><i>1. Se crea la Comisión Jurídica de Extremadura dentro de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, órgano que ejercerá cuantas funciones le atribuye la presente ley.</i></p> <p><i>2. La Comisión Jurídica de Extremadura es un órgano colegiado de la Comunidad Autónoma de Extremadura que ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional”.</i></p>
GALICIA	<p><b>Ley 3/2014, do 24 de abril</b>, do Consejo Consultivo de Galicia</p> <p>Artículo 1. <i>“Naturaleza “O Consello Consultivo de Galicia é o supremo órgano consultivo da Xunta de Galicia e das administracións públicas da Comunidade Autónoma de Galicia. O Consello Consultivo de Galicia actúa con independencia respecto de calquera órgano e, en garantía dela, goza de autonomía orgánica e funcional, non estando os seus membros ligados por ningún mandato imperativo..”</i></p>
LA RIOJA	<p><b>Ley 3/2001, de 31 de mayo</b>, del Consejo Consultivo de la Rioja <i>“Artículo 1. Naturaleza, autonomía y sede.1. De conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Estatuto de Autonomía de La Rioja, el Consejo Consultivo de La Rioja es el órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma de La Rioja. 2. El Consejo Consultivo, en el ejercicio de sus funciones, gozará de plena autonomía orgánica y funcional, en garantía de su objetividad e independencia. 3. Su sede radicará en la ciudad de Logroño, sede de las instituciones autonómicas. 4. Ningún otro órgano o entidad de la Comunidad Autónoma, incluida la Administración local o institucional, podrá emplear la denominación Consejo Consultivo.”</i></p>
MADRID	<p>Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del consejo consultivo de la comunidad de Madrid.</p> <p>Preámbulo : <i>“La Comunidad de Madrid no había creado hasta ahora un órgano colegiado e independiente como el que, siguiendo el modelo de nuestro Consejo de Estado...”</i></p> <p>Artículo 1. <i>“Naturaleza 1. El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid es el superior órgano consultivo del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Madrid, así como de sus organismos autónomos y entidades de derecho público dependientes de la misma. 2. El Consejo Consultivo ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional con el fin de garantizar su objetividad e independencia.”</i></p> <p>Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de Supresión del Consejo</p>

	<p>Consultivo.</p> <p><i>“Artículo 1 . Queda suprimido el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, subrogándose en el conjunto de derechos y obligaciones la Consejería de Presidencia Justicia y Portavocía del Gobierno.</i></p> <p><i>Artículo 2. La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado superior consultivo de la Comunidad de Madrid y ejerce sus funciones con autonomía jerárquica, orgánica y funcional”.</i></p>
MURCIA	<p><b>Ley 2/1997, de 19 de mayo</b>, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia <i>“Artículo 1.1. El Consejo Jurídico de la Región de Murcia es el superior órgano consultivo en materia de gobierno y de administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. 2. Ejerce la función consultiva con plena autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia. 3. No está integrado en ninguna de las Consejerías ni departamento de la Administración Regional.”</i></p>
NAVARRA	<p><b>Ley 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra.</b> <i>“Artículo 1. Naturaleza.1. El Consejo de Navarra es el órgano consultivo superior de la Comunidad Foral de Navarra. 2. En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Navarra velará por la observancia y el cumplimiento de la Constitución Española, de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y del resto del ordenamiento jurídico, sin que sus dictámenes puedan contener valoraciones de oportunidad o de conveniencia. 3. El Consejo de Navarra tiene su sede en Pamplona.</i></p> <p><i>Artículo 2. Autonomía. El Consejo de Navarra ejercerá sus funciones con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia.”</i></p>
PAÍS VASCO	<p><b>Ley 9/2004, de 24 de noviembre</b>, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Preámbulo. <i>“La experiencia avala, por lo tanto, la idoneidad de una organización consultiva que combina su integración formal en los servicios jurídicos de la Administración activa con un estatuto personal de sus miembros que les proporciona inamovilidad, estabilidad y continuidad en el ejercicio de la función y un procedimiento de consulta y emisión de los dictámenes riguroso y formal. Combinación que pone a salvo su necesaria autonomía funcional ya que, pese a su adscripción orgánica, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi no se integra en la línea jerárquica ni está sometida a ningún tipo de dirección o dependencia en el ejercicio de su misión.”</i></p> <p><i>“Artículo 1.1.– La Comisión Jurídica Asesora de Euskadi es el órgano colegiado superior consultivo de las administraciones de la Comunidad Autónoma de Euskadi incluidas en su ámbito de actuación. 2.– La Comisión</i></p>

	<i>Jurídica Asesora de Euskadi ejerce la función consultiva con plena autonomía jerárquica y funcional, en garantía de su objetividad e imparcialidad.”</i>
C. VALENCIANA	<b>Ley 10/1994, de 19 de diciembre</b> , de creación del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, Artículo 1. <i>“1.El Consejo Jurídico Consultivo es el órgano consultivo supremo del Gobierno valenciano y de su administración y, en si caso, de las administraciones locales radicadas en la Comunidad Valenciana. 2 El Consejo Jurídico Consultivo ejerce sus funciones con autonomía orgánica y funcional, con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las mismas.”</i>

Fuente: Realización propia, teniendo como fundamento la normatividad dada por las Comunidades Autónomas en materia de Consejos Consultivos.

**.- BIBLIOGRAFÍA.**



### **Libros.**

- ABENDROTH, W., “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”. AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Sobre el concepto de estado de derecho democrático y social tal como se formula en la Constitución de la RFA”, en ABENDROTH, W., *Sociedad antagónica y democracia política: ensayos sobre sociología política*, Grijalbo, Barcelona, 1973.
- ABOGACÍA DEL ESTADO, *La asistencia jurídica al Estado en el siglo XX*, primer congreso de la Abogacía del Estado, 16 y 17 de diciembre de 1999, Elcano, Aranzadi, 2000.
- AGUILERA IZAGUIRRE, G., *Modelos de Evaluación de la calidad de las organizaciones dependientes de a administración pública en México y España*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M., *La dignidad de la persona: como fundamento del ordenamiento jurídico español*. Universidad de León. León, 1996.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*; Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.
- ALLI ARANGUREN, J., *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson Civitas, Madrid.
- ALVIAR GARCÍA, H., “¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado social de derecho?”, *Revista de Derecho Público*, No 22, febrero de 2009.
- \_\_\_\_\_, “Una mirada distinta a las transformaciones del Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Público*, No 17, junio de 2007.
- ARENA, G., “La transparencia administrativa” en *Revista Documentación administrativa*, No. 248-249, 1997.
- ARENILLA SÁEZ, M., *La reforma administrativa desde el ciudadano*, INAP, Madrid, 2003.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Principios de derecho público económico*, Comares, Granada, 2001.
- \_\_\_\_\_, “La Administración institucional: origen y personalidad”, en *Revista de Administración Pública* , No. 63 septiembre/diciembre, 1970.
- ARNAÉZ ARCE, V., *La potestad planificadora de las administraciones públicas*, Gomylez, Bilbao, 2013.
- \_\_\_\_\_, “La planificación como instrumento al servicio de los principios de actuación de las Administraciones Públicas”, en *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 22, 2011.
- BALDASSARRE, A., voz “Diritti sociali”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989.
- BARRANCO AVILÉS, M., *El discurso de los derechos: del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996.
- \_\_\_\_\_, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.

- BARZELAY, M., *La nueva gestión pública: un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- BAUTISTA, O., “Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas valores para un buen gobierno”, en *Revista de las Cortes Generales*, 2005, No 65.
- BECK, U., *¿Qué es la Globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- \_\_\_\_\_, “Libertad capitalismo: el incierto futuro del trabajo”, en Periódico El País. 24 de febrero de 2002. España.
- BENDA, E., “El estado social de derecho”, en AA.VV., *Manual de derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BERNAL PULIDO, C., “Estudio introductorio” en ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*; Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.
- BLANCO, C., “Del Estado frágil al Estado sólido y del Estado sólido al Estado fluido”, en AA.VV.( coord. BARREDA DÍEZ, M., Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A.), *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Tirant o Blanch, Valencia , 2012.
- BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Fondo de la cultura económica, México,1986.
- BOBBIO, N., y MATEUCCI, N., *Diccionario de política*, Siglo XXI de España Editores S.A., Madrid, 1982.
- BUSTOS BOTTAL, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Librotecnia, Santiago de Chile, 2014.
- CAMPOS DE OLIVEIRA FARIA, J., *El derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.
- GARCÍA CALVETE, Y., “Prologo”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
- CAMPS CERVERA, V., Y GINER DE SAN JULIÁN, S., *El interés común*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992.
- CARMONA CUENCA, E., *El Estado social de Derecho en la constitución*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.
- \_\_\_\_\_, “Igualdad material en la jurisprudencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios políticos*, No 84, 1994.
- CASCAJO CASTRO, J., “Consideraciones sobre el Estado de Derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, No 189-190, Mayo/Agosto, 1973.
- CASTEL GAYÁN, S., “Reflexiones sobre el marco normativo del buen gobierno”, en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, No.6, Diciembre, 2013.
- CASTILLO BLANCO, F., “Los deberes de los funcionarios públicos” en AA. VV. (Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M.), *Comentarios a la ley del Estatuto Básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- CASTRO CUENCA, C., *Corrupción y delitos contra la administración pública: especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.



- CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES, Encuesta sobre la reforma constitucional, en *Revista española de Derecho constitucional* No 93 septiembre-diciembre 2011.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., “Derecho Administrativo y gobernanza democrática de las redes”, en AA.VV.( coord. BARREDA DÍEZ, M., Y CERRILLO I MARTÍNEZ, A.), *Gobernanza, instituciones y desarrollo: homenaje a Joan Prats*, Tirant o Blanch, Valencia , 2012.
- \_\_\_\_\_, “La gobernanza hoy: introducción”, en AA.VV. (coord. CERRILLO I MARTÍNEZ, A.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2012.
- CHECA GONZÁLEZ, C., “El papel de los consejos consultivos en la elaboración de las normas”, en *Jornadas sobre la función consultiva*, Consejo Consultivo Comunidad de Madrid, Madrid, 17 y 18 de septiembre de 2009.
- CLAD, Código Iberoamericano de buen gobierno. Montevideo, junio 23 de 2006.
- CLEGG, S. Y HARDY, C., “Organizations, organization and organizing”, en AA.VV (CLEGG, S.), *Handbook of organizations studies*, Sage, London, 1996.
- CLOSA MONTERO, C., “El libro blanco sobre la gobernanza”, en *Revista de Estudios Públicos (Nueva Época)*, No 119, enero-marzo de 2003.
- COMMITTEE ON STANDARDS IN PUBLIC LIFE, *Standards matter: A review of best practice in promoting good behaviour in public life*. Londres. Enero de 2013.
- CONTRERAS PELÁEZ, F., *Defensa del Estado social*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.
- CORDERO TORRES, J., *El consejo de Estado: su trayectoria y perspectivas en España*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1944.
- COTARELO GARCÍA, R., *Del Estado de Bienestar al Estado de malestar*. CEC, Madrid, 1990.
- CROZIER, M., “La posición del Estado ante otros actores”, en *Gestión y análisis de políticas públicas*, No 2 , 1995.
- CRUZ DÍAZ Y DÍAZ, M., *El empleado público ante el procedimiento público y administrativo: deberes y obligaciones de una buena administración*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2010.
- DE ASIS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Dykinson, Madrid, 1999.
- DE CABO MARTÍN. C., *La crisis del Estado social*. PPU, Barcelona, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Propuesta para un constitucionalismo crítico”, en. *Revista de Derecho Constitucional Europeo.*, año 10, No 19, enero- junio de 2013.
- DE CARRERAS SERRA, F., *El Estado de derecho como sistema*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1996.
- DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos sociales y culturales*, Universidad de León, León, 1993.

- DE DIEGO ÁNGELES, P., “Gestión pública en el ámbito supranacional”, en AA.VV. (coord. GONZÁLEZ RABANAL, M.), *La Acción y los Retos del Sector Público. Una Aproximación*, Delta Publicaciones, Madrid, 2005.
- DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ- TREVIJANO, P., *Curso de derecho Constitucional II*, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1993.
- DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, D., “A Advocacia de Estado revisitada assencialidade ao Estado Democrático de Direito”, en AA. VV. (coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de Derecho: un estudio de caso en Brasil”, en *Revista de Administración Pública*, No. 183 septiembre/diciembre, 2010.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”, en *Revista de Administración Pública*, No 100-102 Enero-diciembre 1983.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., “La autonomía profesional del abogado del Estado”, en AA.VV. (coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- DE LA SERNA BILBAO, M., *La privatización en España: Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzandi, Pamplona, 1995.
- DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*, Universidad Autónoma de México, México, 2004.
- DEL BURGO Y MARCHAN, A., “La planificación: un reto, una utopía, una contra utopía, una realidad”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 81, 1976.
- DESDENTADO DAROCA, E., “El principio de interdicción de la arbitrariedad”, en AA.VV. (Dir. SANTAMARÍA PASTOR, J.,) *Los principios del derecho administrativo*, La Ley Madrid, 2010.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, Taurus, 1984.
- \_\_\_\_\_, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Editorial Civitas, Madrid, 1977.
- \_\_\_\_\_, “Teoría general del Estado de Derecho”, *Revista de estudios Políticos*, N.131, 1963.
- DOHERING, K., “Estado social de Derecho y orden democrático”, en AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986, p, 107 ss.
- DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., “Los empleados públicos y constitución: Las bases constitucionales de la función pública española”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUIS, J., “El derecho a la información administrativa: información documentada y transparencia administrativa”, en *Revista española de Derecho administrativo*, No.88, Octubre/diciembre 1995, p, 551.
- DUGUIT L., *Las transformaciones del Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

- ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, *Prospecciones, Impactos en el medio marino de los sondeos y exploraciones de la industria de hidrocarburos, ecologistas en acción*, Madrid, 2014.
- ELENA CÓRDOBA, A., “Fortalecimiento de la posición del ciudadano”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Estudios de ética jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- \_\_\_\_\_, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Editorial Debate, Madrid 1984.
- \_\_\_\_\_, “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, *Revista Sistema*, No 138 mayo de 1997.
- \_\_\_\_\_, *Estado, sociedad civil y democracia*, accesible por internet en la dirección: <http://orff.uc3m.es/> (con último acceso 13 de abril de 2014).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Estudios jurídico-constitucionales*, Universidad Autónoma de México, Mexico D.F. , 2003.
- \_\_\_\_\_, “La dignidad de la persona como fundamento de sus derechos” en *Revista de Derecho Público*, No 6, junio de 1996.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2009.
- FERRARO CIBELI, A., *Reinventando el Estado: Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*, INAP, Madrid, 2009.
- FORSTHOFF, E., *El Estado de la sociedad industrial*. Civitas, Madrid, 1975.
- \_\_\_\_\_, “Concepto y esencia del Estado social de Derecho”, en AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Problemas constitucionales del estado social”, en AA.VV. *El Estado social*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.
- FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD,, Propuesta de áreas marinas de importancia ecológica: Islas Canarias, en [http://oceana.org/sites/default/files/reports/OCEANA\\_Propuestas\\_AMI E\\_Canarias\\_ESP.pdf](http://oceana.org/sites/default/files/reports/OCEANA_Propuestas_AMI_E_Canarias_ESP.pdf).
- GALANTER, M., “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of legal changes”, en *Law and Society Review*, Vol. 9, No. 1, 1974.
- GALLARDO CASTILLO, M., “Transparencia, poder público y derecho administrativo”, en (coord. SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., Y RIVERO YSERN, J.), *El nuevo derecho administrativo: Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Salamanca, 2011.
- GAMERO CASADO, E y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 2005.

- GARCÍA CALVETE, Y., “Prologo”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ Y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
- GARCÍA COTARELO, J., Los fundamentos socio políticos de la jurisdicción constitucional, *Revista de Derecho Político*, No. 33, 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, . Madrid,1995.
- \_\_\_\_\_, *La Administración española: estudios de ciencia administrativa*, Thomson, Pamplona, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Taurus, Madrid, 1981.
- \_\_\_\_\_, “La significación de las libertades públicas”, en *Anuario de Derechos humanos*, 1982.
- \_\_\_\_\_, “Un punto de vista sobre la nueva ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común de 1992”, en *Revista de Administración pública*, No 130, enero-abril, 1993.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., “La acelerada tramitación parlamentaria de la Reforma del Artículo 135 de la Constitución” , en *Teoría y realidad constitucional*. No 29,2012.
- GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en AA.VV. (editor GARCÍA MACHO, R.), *Derecho administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GARCÍA MEXÍA, P., “Ética, gobierno y Administración en la España contemporánea”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena administración pública*, CECLAP, Valladolid, 2008.
- GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza, Madrid 1989.
- GARRIDO MAYOL, V., “Los consejos jurídicos consultivos en la experiencia regional española, en *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, nº 3, julio-septiembre, 2011.
- GARRONERA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Barcelona, 1987.
- \_\_\_\_\_, *El lugar de la Constitución española*, Centro de estudios constitucionales, Madrid,1980.
- \_\_\_\_\_, *Derecho Constitucional: Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011.
- GASCÓN HERNÁNDEZ, J., “Los fines del Estado”, en *Revista de Administración Pública*, No.11, mayo/ agosto, 1953.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El allanamiento de la Administración”, en *Revista de Administración Pública*, No. 27, Septiembre –diciembre, 1958.

- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el procesos contencioso-administrativo*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008.
- GRAFE ARIAS, F., Y STRAZZA, L., *¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado?*. Banco interamericano de Desarrollo, 2014.
- GRANDE JÚNIOR, C., “Advocacia pública estudo classificatório de direito comparado”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009.
- GROS ESPIELL, H., “La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”, en *Anuario de Derechos humanos, nueva Época*, vol. 4, 2003.
- GUERRERO OROZCO, O., “El “management” publico una torre de Babel”., en *Revista Convergencia*, No 17, septiembre-diciembre de 1998.
- GUEVARA QUINTANILLA, M., *El derecho a la Buena Administración*. Universidad Complutense, Madrid, 2010.
- HÄBERLE, P., “El concepto de los derechos constitucionales”, en AA. VV. (ed. SAUCA CANO, J.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Instituto de derechos humano Bartolomé de las Casas, Madrid, 1994.
- \_\_\_\_\_, “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal en el derecho alemán”, en AA.VV (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, F.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Dykinson S.L. Madrid. 2008
- \_\_\_\_\_, *Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania en Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Asociación peruana de derecho constitucional, Lima, 2004.
- HABERMAS, J., *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, tomo I, Madrid, 1988.
- HAYEK, F., *Derecho, legislación y libertad*, Vol. II, Unión, Madrid, 1988.
- HAORIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 2002.
- HELLER, H., “¿Estado de derecho o dictadura?”, en HELLER, H., *Escritos políticos*. Alianza, Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_, “El derecho constitucional de la República de Weimar: derechos y deberes fundamentales”, en HELLER, H., *Escritos políticos*. Alianza, Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_, “Ideas socialistas”, en HELLER, H., *Escritos políticos*. Alianza, Madrid, 1985.
- \_\_\_\_\_, “Socialismo y nación”, en HELLER, H., *Escritos políticos*. Alianza, Madrid, 1985.
- HERNÁNDEZ BURBANO, M., *Defensa jurídica del Estado Colombiano en la actividad litigiosa: ¿Una estrategia de eficacia judicial o un presupuesto de garantía patrimonial?*. Tesis maestría, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2013.

- HERNÁNDEZ OLIVER, B., “Administración responsable: control, dación de cuentas y evaluación periódica de la responsabilidad de la Administración”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena administración pública*, CECLAP, Valladolid, 2008.
- HESSE, K., “El significado de los derechos fundamentales”, en AA.VV. (ed. LÓPEZ PINA, A.), *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991.
- INAP, Informe de la comisión de expertos. Estatuto básico del empleado, INAP Madrid.
- JIMÉNEZ FRANCO, E., “Administraciones públicas y corrupción: iniciativas legislativas lege ferenda para una nueva cultura de la integridad”, en (coord. SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., Y RIVERO YSERN, J.), *El nuevo derecho administrativo: Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Salamanca, 2011.
- KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, y otros escritos*, Ed. Porrúa S.A., México, 1990.
- KATEB. G., *Human dignity*. Harvard University press, Estados Unidos, 2011.
- KEANE, J., *Democracia y sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1992.
- LANDA ARROYO, C., “Dignidad de la persona humana, Cuestiones constitucionales”, en *Revista mexicana de derecho constitucional*, No 7, 2002.
- LASSALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Madrid, 1989.
- LATORRE GONZALEZ, I., *El rol del juez administrativo colombiano: ¿Un actor influyente en las transformaciones del derecho administrativo y en el fortalecimiento del estado social y constitucional de derecho*. Tesis maestría, Universidad del Rosario, Bogotá 2012.
- LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009.
- LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, La ley, Madrid 2009.
- LINDSAY, A., *El Estado democrático moderno*, Centro de cultura económica, México, 1945.
- LOPES DE TORRES, R., “A responsabilidade do advogado de Estado em sua função consultiva”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009.
- LÓPEZ MEDINA, D., “El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano”, en *Revista de Derecho Público*, No 1, junio de 2007.
- \_\_\_\_\_, *El derecho de los jueces*. Legis, Bogotá, 2009.
- LÓPEZ NIETO, F., *La nueva administración pública en España*. Ariel, Barcelona, 1989.
- LÓPEZ-MENDEL BASCONES, J., “La elaboración de la ley de Asistencia Jurídica Pública e Instituciones Públicas”, en AA.VV. (Coord. PIZARRO

- MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- LORCA NAVARRETE, J., *Adolfo Posada: Teoría del Estado*, Editorial Católica Española S.A, Sevilla, 1973.
  - LUCAS VERDÚ, P., *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Graficas Yagües, Madrid, 1955.
  - MARTÍN MATEO. R., *La liberalización de la economía: más Estado, menos Administración*, Trivium, Madrid, 1988.
  - \_\_\_\_\_, “El sistema administrativo clásico y su permeabilidad a los nuevos paradigmas de la calidad total”, en *Revista de Administración Pública*, mayo agosto, Vol. 134, 1994.
  - MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La defensa en Derecho del Estado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.
  - \_\_\_\_\_, “Administración y Constitución”, en *Revista de Administración Pública*, No 53, 1967, mayo/ agosto.
  - \_\_\_\_\_, “La defensa en derecho de las administraciones públicas”, en *Revista de Administración Pública* , No 53, enero/abril, 1990, Madrid.
  - MEDINA GUERRERO, M., *La reforma del artículo 135 CE. Teoría y realidad constitucional*. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, No 29, 2012.
  - MEJÍA QUINTANA, O., “A dos décadas de la Constitución de 1991”, en *Araucaria Revista Iberoamericana de filosofía, política y humanidades*, año 15, No 29, 2013.
  - MELENDO GRANADOS, T., “Metafísica de la dignidad humana”, en *Anuario Filosófico*, Vol. 27, No 1, 1994.
  - MELLADO, R., “Anotaciones críticas sobre la posible existencia de un derecho a la “buena organización administrativa”, en (coord. SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M., Y RIVERO YSERN, J.), *El nuevo derecho administrativo: Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis Salamanca, 2011.
  - METCALFE, L. Y RICHARDS, S., *La modernización de la gestión pública*, INAP, Madrid, 1989.
  - MINGARRO DE LOS MADRILES, L., *El abogado en la historia: un defensor de la razón y de la civilización*, Civitas, Madrid, 2001.
  - MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, Libro blanco para la mejora de los servicios públicos: una administración al servicio de los ciudadanos, Madrid, 4 de febrero de 2000.
  - MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho: Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
  - \_\_\_\_\_, *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002 p. 120-121.
  - MISHRA. R., *The Welfare State in Crisis. Social thought and social change*, Londres, Harvester, 1985.
  - MOESSA DE SOUZA, L., “Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para concretização do estado democrático de Direito”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado:*

- questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009.
- \_\_\_\_\_, “Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública; a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro”, en AA. VV. (Coord. CARÚS GUEDES, J. y MOESSA DE SOUZA, L.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2009.
  - MOLINOS COBO, J., “El modelo del Estado Español” en AA.VV. Alcaldía Mayor de Bogotá, Memorias del II seminario Internacional de Gerencia Jurídica Pública, Bogotá, 2006.
  - MONCADA ROA, P., “Redistribución de poderes: sistema de fuentes y división de poderes en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Público*, No 20, 2007.
  - MONTESQUIEU., *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1993.
  - MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización”, en VII, Congreso AEPDA, Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.
  - MONTALVO ABIOL, J., “Interés general y administración contemporánea”, en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, No. 14, 2011.
  - MORILLO-VELARDE DEL PESO, J., “Unidad de doctrina”, en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999.
  - MOZO SEONE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España: análisis jurisprudencial y doctrinal, 1984-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.
  - MUÑOZ, G., “El interés público es como el amor”, en *Revista de la asociación argentina de Derecho Administrativo*, 2010.
  - NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional e instituciones políticas.* Marcial Pons, Temis, 2006.
  - NEVADO-BATALLA MORENO, P., “El principio de legalidad como obligado factor de calidad en la gestión pública”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y FABIÁN CAPARRÓS, E.), *Corrupción y delincuencia económica*, Ibañez, Bogotá, 2008.
  - \_\_\_\_\_, *Legalidad y buena administración*, Ibañez, Bogotá, 2010.
  - \_\_\_\_\_, *Notas sobre derecho Administrativo I*, Ratio Legis, Salamanca, 2003.
  - \_\_\_\_\_, “Calidad de los servicios”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 5, No1, 2003.
  - \_\_\_\_\_, “Función consultiva y garantía del Estado de Derecho (A propósito de un debate desleal)”, en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505193>.
  - NIETO GARCÍA, A., “La administración sirve con objetividad a los intereses generales”, en AA.VV. (coord. MARTÍN- TETORTILLO, S.), *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
  - \_\_\_\_\_, *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007.



- \_\_\_\_\_, *La “nueva” organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 2006.
- \_\_\_\_\_, “Reforma administrativa y modernización de la Administración Pública ¿Un problema pendiente?”, en *Revista de administración pública*, No 23 enero-abril de 1989, disponible en <http://www.ivap.euskadi.net/r61-vhome/es/> (con último acceso 28 de julio de 2014).
- \_\_\_\_\_, “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo”, en *Revista de administración pública*, No. 76, 1975, enero/abril.
- NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Introducción al análisis del Derecho*, Ed Astrea, Buenos Aires, 1980.
- OCDE. *La modernización del Estado: camino a seguir*, INAP, Madrid, 2006.
- OLANO GARCÍA, H., “Tipología de nuestras sentencias constitucionales” en *Revista Universitas* No. 108, 2004.
- ORREGO MORALES, C., *La buena administración del Estado: comprensión de los mecanismos alternativos de solución de conflictos desde la gerencia jurídica pública*, en <http://www.mij.gov.co/econtent/library/documents/DocNewsNo1787DocumentNo5750.pdf> , consulta de 10 de marzo de 2014.
- ORTIZ SOTO, U., “¿Qué pasa con la minería en Colombia?”, en *Revista Semana*, 25 de enero de 2014, accesible en internet en la dirección <http://www.semana.com/opinion/articulo/mineria-en-colombia-opinion-de-uriel-ortiz/371828-3> (con último acceso 28 de julio de 2014).
- OSUNA PATIÑO, N., *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PAREJO ALFONSO, L., “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- \_\_\_\_\_, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993.
- \_\_\_\_\_, *Eficacia y Administración: tres estudios*, INAP, Madrid, 1955.
- \_\_\_\_\_, *Organización y poder de organización: Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno-Administración*, Iustel, Madrid, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los derechos económicos sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”, en AA.VV. (Dir. MARIÑO MENÉNDEZ, F. y FERNÁNDEZ LIESA, C.) *Política social internacional y europea*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales, Madrid, 1996.
- \_\_\_\_\_, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*. Dykinson. Madrid. 2003.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., y DORADO PORRAS, J., “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII” en AA.VV (Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ,

- G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASIS ROIG, R.). *Historia de los derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2003. Tomo II vol. I.
- PEGORARO, L., “¿Existe un derecho a una buena administración?”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
  - \_\_\_\_\_, “El método en el derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 112 abril/junio, 2001.
  - PEGORARO, L., Y RINELLA Á., *Introducción al derecho público comparado*, Instituto de investigaciones jurídicas, México, 2006.
  - PELÁEZ GUTIÉRREZ, J., *Documento técnico de base del proyecto “defensa jurídica pública de la Auditoría General de la República y de los órganos de control fiscal territorial: un desarrollo del programa ‘pedagogía, prevención y control social en la lucha frontal contra la corrupción’*, Auditoría General de la República, Bogotá, 2013.
  - PEÑA TORRES, M., y ROSALES RIGOL, C., “El interés público en el constitucionalismo moderno”, en *Revista de la Universidad Católica de Valparaíso* No XXII, 2001.
  - PÉREZ DÍAZ, V., *La primacía de la sociedad civil*, Alianza, Madrid, 1993.
  - PERÉZ LUÑO, A., “El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos sociales y culturales”, en *Anuario de Derechos humanos*, 1982.
  - \_\_\_\_\_, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
  - \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales y sus críticos”, en AA.VV. (Dir. THEOTONO CÁCERES, V., y PRIETO MARTÍNEZ, F.). *Los derechos económico-sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Publicaciones ETEA, Córdoba, 1996.
  - PLATÓN., “La República” T. III, *Platón*, Gredos, Madrid, 2011.
  - PISARELLO PRADOS, G., “Del Estado social legislativo al estado social constitucional”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*. No 15, de 2001.
  - \_\_\_\_\_, “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática”, en *Revista del Estado*, No 28, 2012.
  - \_\_\_\_\_, “Una reforma constitucional para la periferia europea”, en *Revista de económica crítica. Asociación cultural*, No 12, 2011.
  - PIZARRO NEVADO, R., “La reforma de la administración general del Estado en España”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 6 No. 2, 2004.
  - PRATS CATALÁ, J., “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, en *Cuadernos de derecho público*. No 31 mayo-agosto 2007.
  - \_\_\_\_\_, “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

- \_\_\_\_\_, *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las Administraciones en nuestro tiempo*, INAP, Madrid, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- QUINTERO PATIÑO, D., “Pasivos contingentes por procesos judiciales en contra de Bogotá D.C., a 31 de diciembre de 2013”, en *Revista Bogotá económica*, No 19 mayo de 2014.
- RAMÍREZ CHAPARRO, C., “De las redes a la gobernante una breve revisión teórica”, en AA.VV. (JUVINAO DAZA, M., Y BERNAL IZQUIERDO, R., compiladores), *Reflexiones de la administración pública*, ESAP, Bogotá, 2002.
- RECIO ALBERT, A., “La crisis del neoliberalismo”, en *Revista de Economía crítica*, No- 7, 2009.
- RESTREPO MEDINA, M., “Incidencia de las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución”, en AA.VV. (Dir. ZAMBONINO PULITO, M.), *Sistema de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2010.
- \_\_\_\_\_, “La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho”, EN AA.VV. (eds. RESTREPO MEDINA, M.), *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Burocracia, gerencia pública y gobernanza”, en. *Revista Diálogos de saberes*, No 30, enero-junio de 2009.
- \_\_\_\_\_, “La administración pública en la Constitución de 1991: sincretismo involuntario entre la burocracia, el gerencialismo y la gobernanza”, en. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, No 13. 1 , 2011.
- RESTREPO MEDINA, M et. Al., *Globalización del Derecho administrativo Colombiano*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- REVISTA ESCRITURA PÚBLICA, “Entrevista a Marta Silva de Lapuerta, Abogado General del Estado, en *Revista escritura pública*, No 81, mayo-junio de 2001.
- REVISTA SEMANA, Denuncia el supuesto vertimiento de cemento al mar por parte de Drumond, 21 de marzo de 2014 en: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/denuncian-supuesto-vertimiento-de-cemento-al-mar-parte-articulo-482315> consulta de 28 de julio de 2014.
- REY PÉREZ, J., “La reforma del artículo 135: una aproximación del título preliminar (Estado social) por la puerta de atrás”, en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, , No 24,2011.
- RIVERO ORTEGA, R., Democracia, Estado de Derecho y economía del mercado en América Latina, en AA.VV (eds. BERDUGO DE LA TORRE, I, I y RIVERO ORTEGA, R.), *El Estado de derecho latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- \_\_\_\_\_, “La regulación de la carrera administrativa en Colombia, la carta Iberoamericana de la función pública y el principio meritocrático como punto de Arquímedes de la lucha contra la

corrupción”, AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.

- \_\_\_\_\_, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 1999.
- \_\_\_\_\_, *La necesaria innovación de las instituciones administrativas: organización, procedimiento, función pública, contratos administrativos y regulación*, INAP, Madrid, 2012.
- ROCARD, M., “Circular 13 de octubre de 1988, relativa al respecto de las decisiones del juez administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, No. 118 enero/abril, 1989.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J., “Las reformas al Estado en Colombia 1920-1990: entre las realidades y los intentos”, en AA.VV. (compiladores JUVINAO DAZA, M., y BERNAL IZQUIERDO, R.), *Reflexiones de la administración pública*, ESAP, Bogotá, 2002.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena Administración de instituciones públicas”, en AA.VV (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y GARCÍA MEXIA, P.) *El derecho a una buena administración pública*, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Valladolid, 2008.
- \_\_\_\_\_, “El derecho fundamental a una buena administración de instituciones públicas y del derecho administrativo”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.). *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
- \_\_\_\_\_, “Reformas y modernización de la Administración Pública española”, en AA.VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.), *La administración pública española*, Instituto Nacional de Función Pública, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_, *El buen gobierno y la buena administración de la instituciones públicas*, Thomson Arazandi, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.
- \_\_\_\_\_, “El derecho a la buena administración en la relación entre ciudadanos y Administración pública”, en *Anuario de derecho de la Universidad la Coruña*, 2012, No16.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho Administrativo Constitucional”. Disponible en <http://www.revistajuridicaonline.com/> (último acceso 6 de julio de 2014).
- \_\_\_\_\_, “Derecho fundamental a la buena administración en el marco de la lucha contra la corrupción”, Disponible en Internet en < <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ConIbeConMexDA/ponyprog/JaimeRodriguezArana.pdf> > (Consultado el 20 de enero de 2014).
- \_\_\_\_\_, “Gobernanza, buena administración y gestión pública”. Disponible en Internet en < <http://aragonparticipa.aragon.es/dmdocuments/GOBERNANZA%20curso%20de%20Arag%C3%B3n.pdf> >, consulta del 20 de enero de 2014.
- \_\_\_\_\_, “El interés general como categoría central de las actuaciones públicas”, en *Revista de la asociación argentina de Derecho Administrativo*, 2010.

- RODRÍGUEZ-TOUBEZ MUÑIZ, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.
- ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F., “Líneas de reforma del empleo público”, AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- ROSADOS OLIVA, M., “El control preventivo de la actividad administrativa: Consejo de Estado y Consejos Consultivos”, en AA.VV. (Dir. ZAMBONINO PULITO, M.), *Sistema de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2010.
- ROUSSEAU, J., *Del contrato social*. Alianza, Madrid, 1980.
- ROZAS VALDÉS, J., “Hacia la codificación del derecho a la buena administración”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena administración pública*, CECLAP, Valladolid, 2008.
- RUANO DE LA FUENTE, J., “Acción pública y gobernanza: Desafíos gerenciales y consecuencias políticas de la coproducción de servicios públicos”, en AA.VV (coord. ARENILLA SÁEZ, M.), *La administración pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena Alcázar*, INAP, Madrid, 2010.
- RUBIO LLORENTE, F., “El principio de legalidad”, en *Revista española de derecho constitucional*, año 13 No. 39, sept-dic 1993.
- RUÍZ MIGUEL, C., *Consejo de Estado y Consejos consultivos autonómicos*, Dykinson, Madrid, 1995.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, G., “El derecho a una buena administración dimensiones constitucional y estatutaria”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
- SAINZ MORENO, F., “El valor de la administración pública en la sociedad actual”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Ética pública positiva”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Sobre el interés público y la legalidad administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, No 82, 1977.
- \_\_\_\_\_, “Secreto y transparencia”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- SALVADOR MARTÍNEZ, M., “El Consejo de Estado ante la reforma Constitucional” en *Revista Teoría y realidad constitucional*, No. 16, 2005.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J., “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española”, en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, No 137, 2013.
- SÁNCHEZ BLANCO, A., “El derecho a una buena administración: control de desviaciones y concreción procedimental”, en AA.VV. (Coord. LÓPEZ MENUDO, F.), *Derechos y garantías del ciudadano: Estudios homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011.

- SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1980.
- \_\_\_\_\_, *Derecho administrativo: parte general* . Madrid: Tecnos, 2009.
- SÁNCHEZ SOCÍAS, L., “El sentido de la ética profesional y la deontología del Abogado del Estado” . en AA.VV. (Coord. PIZARRO MORENO, M., y otros), *La asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., “Los controles sobre la actuación de las administraciones públicas”, en AA.VV. (Dir. SAINZ MORENO, F.). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Principios de derecho administrativo*, Centro de estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1990.
- \_\_\_\_\_, “Gobierno y Administración, “Documentación Administrativa, No 215, 1988.
- SEGURA ORTEGA, M., “La igualdad como fundamento de los derechos humanos”, en *El principio de igualdad en la Constitución española : XI Jornadas de Estudio*, Vol. 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SENDÍN GARCÍA, M., “El derecho a una Administración profesional: eficacia y eficiencia en la actuación administrativa”, en AA. VV. (Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y GARCÍA MEXÍA, P.), *El derecho a una buena administración pública*, CECLAP, Valladolid, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Entre el sistema de carrera y el empleo: el modelo español de empleo público”, en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y JIMÉNEZ FRANCO, E.). *Los empleados públicos estudios*, Ratio Legis, Salamanca, 2006.
- SERRANO RUÍZ-CALDERÓN, J., *Los principios de la bioética*, disponible en Internet en: [http://www.unal.edu.co/bioetica/paginas/cd\\_bioetica.htm](http://www.unal.edu.co/bioetica/paginas/cd_bioetica.htm) , consulta diciembre 10 de 2012.
- SCHNEIDER, H., “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-marzo de 1979.
- SOLÓRZANO QUINTERO, J., *Elementos jurídicos para implementar una política de prevención del daño antijurídico: consentimiento informado*, Tesis maestría, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013,
- STARCK, C., “La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”, en AA.VV ( coord. FERNÁNDEZ SEGADO, F.). *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*. Dykinson S.L. Madrid. 2008.
- SUBIRATS, J., *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, INAP, Madrid, 1989.
- TOLÉ MARTÍNEZ, J., “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia: El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”, en *Revista Cuestiones constitucionales*, No 15, julio-diciembre 2006.

- TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- TORNOS MAS, J., *El derecho a una buena administración*, Sindicatura de Greuges de Barcelona, Barcelona, 2007.
- UPRIMY YEPES, R., “Diagnóstico de la Defensa Judicial del Estado”, en *Gerencia Jurídica Pública, Memorias del II Seminario Internacional*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2005.
- VALCÁRCEL TORRES, J., Y GONZÁLEZ SERRANO, A., “Derechos civiles y políticos en el periodo revolucionario”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Vol. XI, Julio-Diciembre 2008.
- VALLESPÍN OÑA, F., “Estado de bienestar y Constitución”, *Revista de Estudios Constitucionales*, septiembre de 1988.
- VERDÚ, P y MURILLO DE LA CUEVA, P., *Manual de derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1994.
- VERDÚ, P., *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Graficas Yagües, Madrid, 1955.
- VILLAR BORDA, L., “Estado de derecho y estado social de derecho”, *Revista del Estado*, No 20, 2007.
- VILLORIA MEDIETA, M., “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, en AA.VV. (coord. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant, Valencia, 2011.
- YOUNES MORENO, D., “Vía gubernativa –conciliación-arbitramento. Una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso-administrativo”, Colección Reformas en la Rama Judicial, GTZ, Bogotá, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.
- WORLD WILDLIFE FUND, Cachalotes en Canarias. Canary island sperm whales. Disponible en Youtube en <https://www.youtube.com/watch?t=20&v=FzqCOUMpkjY>.
- \_\_\_\_\_, <http://www.wwf.es/?29460/WWF-denuncia-en-Bruselas-la-autorizacion-de-las-prospecciones-petroliferas-de-Repsol-en-Canarias>.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia*, Trotta, Madrid, 2007.

### Videos.

- DE CABO MARTÍN. C., " III Congreso Teoría y Práctica del Poder Constituyente. Conferencia dada el día 2 de diciembre de 2014, en la Universidad de Valencia. En; [www.youtube.com/watch?v=aR\\_Qywh2FCE](http://www.youtube.com/watch?v=aR_Qywh2FCE), consulta 28 de febrero de 2016.
- JIMÉNEZ FRANCO, E., "Principios de transparencia activa", II Jornada sobre gobernanza, transparencia y rendición de cuentas. Conferencia dada el día 10 de junio de 2013, en la Universidad de Salamanca. En; [http://www.youtube.com/watch?v=vhPjo5X\\_tpg](http://www.youtube.com/watch?v=vhPjo5X_tpg), consulta 10 de octubre de 2014)

- NEVADO-BATALLA MORENO, P., "Gobierno abierto: la experiencia de Extremadura", II Jornada sobre gobernanza, transparencia y rendición de cuentas. Conferencia dada el día 10 de junio de 2013, en la Universidad de Salamanca. En; [http://www.youtube.com/watch?v=61S\\_S2md55I](http://www.youtube.com/watch?v=61S_S2md55I) ,consulta 6 de octubre de 2014.
- RIVERO YSERN, J., "Entorno al interés general ", XXXV Cursos de Especialización,. Conferencia dada el día 16 de junio de 2014, en la Universidad de Salamanca. En; <https://www.youtube.com/watch?v=mgwCeDMG5-c> , consulta 15 de febrero de 2015).

## ***Colombia.***

### ***Sentencias.***

#### ***Corte Constitucional.***

- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-012 de enero 17 de 1992, M.P. SÁCHICA MÉNDEZ, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-221 de mayo 29 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-401 de junio 3 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E..
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-428 de junio 4 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-406 de junio 5 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-426 de junio 24 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-449 de julio 9 de 1992 M.P, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-479 de agosto 13 de 1992 M.P, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A. y HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-499 de agosto 21 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-505 de agosto 28 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-461 de septiembre 3 de 1992, M.P. BELTRÁN SIERRA, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-533 de septiembre 23 de 1992, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-546 de octubre 1 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C. y M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-561 de octubre 20 de 1992, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-571 de octubre 26 de 1992, M.P. SANÍN GREIFFENSTEIN, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-596 noviembre 12 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.



- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-587 de noviembre 12 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-596 de diciembre 10 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-596 de diciembre 10 de 1992, M.P. ANGARITA BARÓN, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-011 de enero 18 de 1993, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-102 de marzo 10 de 1993, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-124 de marzo 29 de 1993, M.P. NARANJO MESA, V.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-338 de agosto 24 de 1993, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-151 de abril 5 de 1995, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-271 de junio 23 de 1995, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-328 de julio 27 de 1995, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-367 agosto 16 de 1995, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-545 de noviembre 23 de 1995, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-566 de noviembre 30 de 1995, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-585 de diciembre 7 de 1995, M.P. HERRERA VERGARA, H.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-263 de 13 de junio de 1996, M.P. BARRERA CARBONELL, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-472 de septiembre 24 de 1996, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-711 de diciembre 9 de 1996, M.P. MORÓN DÍAZ.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia SU-111 de marzo 6 de 1997, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-220 de abril 29 de 1997, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-239 de mayo 20 de 1997, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-045 de febrero 25 de 1998, M.P. ARANGO MEJÍA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-521 de septiembre 23 de 1998, M.P. BARRERA CARBONELL, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-556 de octubre 6 de 1998, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia SU-747 de diciembre 2 de 1998, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-796 de diciembre 14 de 1998, M.P. HERRERA VERGARA, H.

- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-772 de diciembre 10 de 1998, M.P. MORÓN DÍAZ.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia SU-062 de febrero 4 de 1999, M.P. NARANJO MESA, V.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia SU-086 de febrero 17 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-177 de marzo 18 de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia SU-377 de mayo 12 de 1999, M.P. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A..
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-389 de mayo 6 de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-321 de mayo 10 de 1999, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-551 de agosto 2 de 1999, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-572 de agosto 11 de 1999, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-692 del 16 de noviembre de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-926 de noviembre 28 de 1999, M.P. GAVIRIA DÍAZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-328 de marzo 22 de 2000, M.P. CIFUENTES MUÑOZ, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-618 de mayo 29 de 2000. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1001 de agosto 3 de 2000, M.P. NARANJO MESA, V.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1123 de agosto 25 de 2000, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-1165 de septiembre 6 de 2000, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1387 de octubre 12 de 2000, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1390 del 12 de octubre de 2000, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1430 de octubre 20 de 2000, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-029 de enero 19 de 2001, M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-053 de enero 24 de 2001, M.P. PARDO SCHLESINGER, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-075 del 26 de enero de 2001, M.P. HERNÁNDEZ GALINDO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-958 de septiembre 6 de 2001, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-1064 de octubre 10 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M. y CÓRDOBA TRIVIÑO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-1194 de noviembre 15 de 2001, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M.

- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-317 de mayo 2 de 2002, M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-659 de agosto 28 de 2002, M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-709 de septiembre 3 de 2002, M.P. MORÓN DÍAZ, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-850 de octubre 10 de 2002, M. P. ESCOBAR GIL, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-881 de octubre 17 de 2002, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1025 del 27 de noviembre de 2002, M.P. ESCOBAR GIL, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-248 del 21 de marzo de 2003, M.P. MONTEALEGRE LYNETT, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-776 de septiembre 9 de 2003, M.P. CEPEDA ESPINOSA, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-970 de octubre 7 de 2004, M.P. ESCOBAR GIL, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-1176 de noviembre 24 de 2004, M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-060 de febrero 1 de 2005, M.P. ARAUJO RENTERIA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-317 de abril 24 de 2006, M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-820 de octubre 4 de 2006, M.P. MONROY CABRA, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-1062 de diciembre 7 de 2006, M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-560A del 27 de julio de 2007, M.P. ESCOBAR GIL, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-736 de septiembre 19 de 2007, M.P. MONROY CABRA, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-793 de noviembre 4 de 2009, M.P. MENDOZA MARTELO, G.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-190 de marzo 18 de 2010, M.P. PALACIO PALACIO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-324 de mayo 4 de 2011, M.P. PALACIO PALACIO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-569 de julio 21 de 2011, M.P. PALACIO PALACIO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-818 de noviembre 1 de 2011, M.P. PRETELT CHALJUB, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-944 de noviembre 14 de 2012, M.P. PRETELT CHALJUB, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia T-207 de abril 15 de 2013, M.P. PALACIO PALACIO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-258 de mayo 7 de 2013, M.P. PRETELT CHALJUB, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia C-247 de mayo 9 de 2013, M.P. CALLE CORREA, M.

### ***Consejo De Estado.***

- COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, sentencia de enero 30 de 1995, C. P. SUÁREZ HERNÁNDEZ, D., Exp. 9349.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección tercera, sentencia de julio 19 de 1995, C. P. MONTES HERNÁNDEZ, J., Exp. AC-2816.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección tercera, sentencia de octubre 31 de 2002, C. P. HOYOS DUQUE, R., Exp. AP 518.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección segunda, sentencia de agosto 6 de 2006, C. P. ORDOÑEZ MALDONADO, A., Exp. 0589-05.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección tercera, sentencia de noviembre 30 de 2006, C. P. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, A., Exp. 13074.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección tercera, sentencia de abril 13 de 2011, Exp. 20480. Bogotá, abril 13 de 2011.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección segunda, sentencia de abril 28 de 2011, C. P. RAMIREZ DE PAÉZ, B., Exp. 0495-10.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección segunda, sentencia de febrero 23 de 2012, C. P. VERGARA QUINTERO, L., Exp. 0317-08.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sección segunda, sentencia de diciembre 6 de 2012, C. P. ALVARADO ARDILA, V., Exp. 1435-12.

### ***Normas.***

- COLOMBIA, Constitución de Cundinamarca de 1811.
- \_\_\_\_\_, Constitución Política de julio 20 de 1991, Bogotá, Gaceta Constitucional N.116. 20 de julio de 1991.
- \_\_\_\_\_, Ley 87 de 1993.
- \_\_\_\_\_, Decreto 1826 de 1994
- \_\_\_\_\_, Ley 446 de 1998, de 7 de julio de 1998, Bogotá, Diario Oficial. 43.335 del 8 de julio de 1998.
- \_\_\_\_\_, Ley 489 de 1998, Bogotá, Diario Oficial 43.464 de diciembre 30 de 1998.
- \_\_\_\_\_, Decreto 1214 de 2000, Bogotá, Diario Oficial. Año CXXXVI. N. 44069. Julio 5 de 2000.
- \_\_\_\_\_, Ley 872 de 2003, Bogotá, Diario Oficial. Año CXXXIX. N. 45418, Enero 2 2003.
- \_\_\_\_\_, Decreto 200 de 2003, de febrero 3, Bogotá, Diario Oficial No 45.086, de 3 de febrero de 2003.
- \_\_\_\_\_, Ley 812 de 2003, de 26 de junio, Bogotá, Diario Oficial No. 45.231 de Junio 27 de 2003.
- \_\_\_\_\_, Directiva presidencial 021 de 2003.
- \_\_\_\_\_, Ley 1123 de 2007, Bogotá, Diario oficial 46519 de enero 22 de 2007.
- \_\_\_\_\_, Decreto 1795 de 2007, de 23 de mayo, Diario Oficial 46637 de mayo 23 de 2007.
- \_\_\_\_\_, Ley 1285 de 2009, de enero 22, Bogotá, Diario Oficial 47.240 de enero 22 de 2009.

- \_\_\_\_\_, Decreto 1716 de 2009, Bogotá, Diario Oficial. Año CXLIV. N. 47349. Mayo 14 de 2009.
- \_\_\_\_\_, Decreto 1537 de 2011.
- \_\_\_\_\_, Ley 1437 de 2011, Bogotá, Diario Oficial 47.956 de enero 18 de 2011.
- \_\_\_\_\_, Ley 1444 de 2011, de 4 de mayo, Bogotá.
- \_\_\_\_\_, Ley 1712 de 2014, Bogotá, Diario Oficial 49.084 de marzo 6 de 2014.
- \_\_\_\_\_, Ley 1474 de 2011, Bogotá, Diario Oficial 48.128 de julio 12 de 2011.
- \_\_\_\_\_, Ley 1564 de 2012, de julio 12, Bogotá, Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012.
- \_\_\_\_\_, Decreto 4085 de 2011, de noviembre 1, Bogotá, Diario Oficial 48240 de noviembre 1 de 2011.
- COLOMBIA, ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ, SECRETARÍA GENERAL, Circular 026 de 2005.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Decreto 654 de 2011.

#### ***Otras entidades.***

- COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, CONPES 3107, Bogotá, Abril 3 de 2001.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, CONPES 3250. Bogotá, octubre 20 de 2003. p, 3.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, CONPES 3654. Bogotá, abril 12 de 2010.
- COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, Lineamientos jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo, Bogotá, 2014..
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Informe sobre la actividad litigiosa de la Nación, fecha corte-septiembre de 2013.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Informe de gestión 2014, fecha corte-31 de diciembre de 2014.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Informe de gestión 2015, tercer trimestre, octubre 2015.
- COLOMBIA, COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y OFICINA JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Defensa judicial y prevención del daño antijurídico: elementos para la formulación de una política de defensa judicial y de prevención del daño antijurídico en la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, Serie Prevención No. 3, 2007..
- COLOMBIA, DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, “Guía para la construcción de indicadores de gestión”, en [http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive\\_publicaciones?no=1445](http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=1445), consulta 24 de marzo de 2013.

#### ***España.***

#### ***Sentencias.***

#### ***Tribunal Constitucional.***

- REINO DE ESPAÑA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia 11/1981, de abril 8 de 1981, M.P. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 18/1981, de junio 8 de 1981, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 21/1981, de junio 15, M.P. BEGUÉ CANTÓN, G.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 25/1981, de julio 14, M.P. M.P. TRUYOL SIERRA, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 34/1981, de noviembre 10, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 80/1982, de diciembre 20, M.P. TOMÁS Y VALIENTE, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 8/1983, de febrero 18, M.P. AROZAMENA SIERRA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 6/1984, de enero 24, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 18/1984, de febrero 7, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 23/1984, del febrero 20, M.P. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 83/1984, de julio 24, M.P. RUBIO LLORENTE, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 93/1984, de octubre 16, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 53/1985, de abril 11, M.P. BEGUÉ CANTÓN, G. y GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 34/1986, de febrero 21, M.P. GÓMEZ FERRER MORANT, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 159/1986, de diciembre 16 de 1986, M.P. BEGUÉ CANTÓN, G.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 99/1987, de junio 11, M.P. DE LA VEGA BENAYAS, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 49/1988, de marzo 12, M.P. LATORRE SEGURA, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 197/1988, de octubre 24, M.P. DÍAZ EMIL, E.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 129/1989, de julio 17, M. P. M.P. TRUYOL SIERRA, A.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 171/1989, de octubre 19 de 1989, M.P. GARCÍA MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL, F..
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 20/1990, de 15 de febrero, M.P. GARCÍA MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 56/1990, de marzo 29, M.P. DÍAZ EIMIL, E., LÓPEZ GUERRA, L., y GIMENO SENDRA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 120/1990, de junio 27, M.P. GONZÁLEZ-REGUERAL, F., DÍAZ EIMIL, E., y GIMENO SENDRA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 245/1991, de diciembre 16 de 1991, M.P. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BREVO Y FERRER, M.

- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 107/1992, de julio 1, M.P. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BREVO Y FERRER, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 204/1992, de noviembre 26, M.P. CRUZ VILLALÓN, P., y VIVER I PISUÑER, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 34/1993, de febrero 8, M.P. GIMENO SENDRA, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 111/1993, de marzo 25 de 1993, M.P. RODRÍGUEZ BEREJO, Á.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 57/1994, de febrero 28 de 1994, M.P. GONZÁLEZ CAMPOS, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 50/1995, de febrero 23 de 1995, M.P. DE MENDIZÁBAL Y ALLENDE, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 107/1996, del junio 12 de 1996, M.P. DELGADO BARRIO, J.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 173/1996, de octubre 31 de 1996, M.P. GARCÍA MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 173/1998, de julio 23 de 1998, M.P. DÍAZ EMIL, E., y VIVER PISUNYER, C.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 70/2000, de 13 de marzo de 2000, M.P. CASAS BAAMONDE, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 119/2002, de mayo 20, M.P. GARRIDO FALLA, F.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 36/2003, de febrero 25, M.P. GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 48/2003, de marzo 12, M.P. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 27/2004, de marzo 4, M.P. VIVES ANTÓN, T.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 98/2004, de mayo 25, M.P. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, sentencia 123/2009, de mayo 18, M.P. CASAS BAAMONDE, M.

### ***Consejo de Estado.***

- REINO DE ESPAÑA, CONSEJO DE ESTADO, Concepto 1025/2014 de 23 de octubre “La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª) del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004.
- \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, Dictamen 1484/2004, 5 de julio de 2004.

### ***Normas.***

- REINO DE ESPAÑA, Constitución de Bayona de 7 de julio de 1808.
- \_\_\_\_\_, Real Decreto del 28 de Diciembre de 1849.
- \_\_\_\_\_, Constitución de España 29 de diciembre de 1978, Madrid, BOE 311 de 29 de diciembre de 1978.
- \_\_\_\_\_, Real Decreto 489/1979 de 20 de febrero, Madrid, BOE 66 de 17 de marzo de 1979.

- \_\_\_\_\_, Ley 3 de 1980 de 22 de abril, Madrid, BOE de 25 de Abril de 1980.
- \_\_\_\_\_, Ministerio de Hacienda, Orden de 23 de mayo de 1980.
- \_\_\_\_\_, Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, Madrid, BOE 55 de 5 de marzo de 1982.
- \_\_\_\_\_, Ley 53 de 1984, de 26 de diciembre, Madrid, BOE 4 de 04 de enero de 1985.
- \_\_\_\_\_, Real decreto 850/1985 de 5 de junio, Madrid, BOE 138 de 10 de junio de 1985.
- \_\_\_\_\_, Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de mayo de 1988, Madrid, BOE 134 de 4 de junio de 1988.
- \_\_\_\_\_, Ley 23 de 1988 de 28 de julio, Madrid, BOE núm. 181 de 29 de julio de 1988.
- \_\_\_\_\_, Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, Madrid, BOE 285 de 27 de Noviembre de 1992.
- \_\_\_\_\_, Real Decreto 915/1994 de 6 de mayo, Madrid, BOE 111 de 10 de mayo de 1994.
- \_\_\_\_\_, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente, sesión plenaria celebrada el 24 de abril de 1997, Núm. 79, VI Legislatura.
- \_\_\_\_\_, Ley 6 del 14 de abril de 1997, Madrid, BOE 285 de noviembre 16 de abril de 1997.
- \_\_\_\_\_, Ley 52 de 1997 de 27 de noviembre, Madrid, BOE 285 de 28 de noviembre 1997.
- \_\_\_\_\_, Ley 29 de 1998, de 13 de julio, Madrid, BOE 14 de julio de 1998.
- \_\_\_\_\_, Real Decreto 658 de 22 de junio de 2001, Madrid, BOE 164 de 10 de julio de 2001.
- \_\_\_\_\_, Ministerio de Relaciones Publicas, Orden APU/1014/2003. Del 29 de abril de 2003, Madrid, BOE 102 de 29 de abril de 2003.
- \_\_\_\_\_, Ley 33 de 2003, de 3 de noviembre, Madrid, BOE 264 de noviembre 4 de 2003.
- \_\_\_\_\_, Ley 16/2001, de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura, BOE 1 de 3 de enero de 2002.
- \_\_\_\_\_, Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, Madrid, BOE 188 de 07 de agosto de 2003.
- \_\_\_\_\_, Ley Orgánica 3/2004 de 28 de diciembre, Madrid, BOE 313 de 29 de diciembre de 2004.
- \_\_\_\_\_, Ley 5 del 10 de abril de 2006, Madrid, BOE 86 de 11 de abril de 2006.
- \_\_\_\_\_, Ley 7 del 12 de abril de 2007, Madrid, BOE 89 de 13 de abril de 2007.
- \_\_\_\_\_, Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del consejo consultivo de la comunidad de Madrid, BOE 54 de 3 de marzo de 2008.
- \_\_\_\_\_, Ley 19 del 9 de diciembre de 2013, Madrid, BOE 295 de 10 de diciembre de 2013.
- \_\_\_\_\_, Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente.



- \_\_\_\_\_, Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, BOE 23 de 27 de enero de 2016.
- \_\_\_\_\_, Ley 7/2015, de 28 de diciembre, BOCM 309 de 29 de diciembre de 2015.
- \_\_\_\_\_, Decreto 5/2016, de 19 de enero, BOMC 16 de 20 de enero .

***Otros documentos.***

- FRANCIA, CONSEIL D'ÉTAT ET LA JURISDICTION ADMINISTRATIVE, Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public 1999, consulta 16 de febrero de 2015 en <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/RapportsEtudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>.