

CAPITULO CUARTO
LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL
PRINCIPALMENTE DE LA ADMINISTRACION

1. Generalidades	96
2. Concepto y contenido del principio de legalidad de los actos administrativos	96
- Simple legalidad	96
- Legalidad formal y legalidad interpretativa	97
- Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad	98
- Legalidad formal y legalidad teleológica	99
3. Estado de derecho y el principio de legalidad	102
- Evolución	102
- Actividad reglada y discrecional	104
- Lo discrecional y reglado: Kelsen	109
- Legalidad y exigencia	110
4. Principio de legalidad y presunción de legalidad	111
5. Principio de legalidad en Derecho colombiano	113

CAPITULO CUARTO

LEGALIDAD DE LA ACTIVIDAD ESTATAL PRINCIPALMENTE DE LA ADMINISTRACION⁸⁰

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Concepto y contenido del principio de legalidad de los actos administrativos. Simple legalidad. Legalidad formal y legalidad interpretativa. Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad. Legalidad formal y legalidad teleológica. **3. Estado de derecho y el principio de legalidad.** Evolución. Actividad reglada y discrecional. Lo discrecional y reglado: Kelsen. Legalidad y exigencia. **4. Principio de legalidad y presunción de la legalidad. 5. Principios de legalidad en Derecho colombiano.**

80. Vid, Arciniegas, José Antonio. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Bogotá, Editorial Temis, tomo I, pp. VII y 9-12. Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, p. 1. Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 311-323. Carretero Pérez, Adolfo. "La teoría de los actos separables", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 61, Instituto de Estudios Políticos, enero-abril de 1970, pp. 83-88. Cretella junior, José. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 14 y ss. Entrena Cuestas, Rafael. *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, pp. 117 y ss. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, supra nota 31, pp. 65 y ss. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, supra nota 58, pp. 99 y ss. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 361-407 y 487 y ss. García Trevijano Fos, José Antonio. *Op. cit.*, supra nota 61, pp. 464 y ss. Kelsen, Hans. *Op. cit.*, supra nota 1, pp. 325-327. Nava Negrete, Alfonso. "La legalidad de los actos administrativos", en *Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 5, julio de 1973. Oelckers Camus, Oswaldo. "Notas a la potestad discrecional de la administración pública", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción Escuela de Derecho, enero-diciembre de 1977. Vedel Georges. *Op. cit.*, supra nota 20, pp. 219 y ss.

1. GENERALIDADES

Estudiado en los capítulos anteriores el aspecto instrumental-teórico de la institución jurídico-administrativa, a la que, de acuerdo con la teoría dominante, hemos llamado "acto administrativo", nos corresponde adentrarnos en el fundamento ideológico y filosófico, justificante de tal figura. Este fundamento constituye la columna vertebral del normal y válido funcionamiento no solo de la administración pública en cualquier nación organizada, sino también de cualquiera de los poderes públicos en un Estado organizado jurídicamente. Nos referimos al conocido como principio de la legalidad del Estado, el cual incide de manera directa en la eficacia y validez de las decisiones de la administración que pretenden crear, suprimir o modificar las relaciones en el universo jurídico, o en los sujetos individualmente considerados.

2. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Simple legalidad

Tratándose de la función administrativa -que es la que ocupa para el caso nuestra atención⁸¹, entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de sus actos con el ordenamiento jurídico en

81. El principio de legalidad no es exclusivo de la función administrativa del Estado. La totalidad de las funciones estatales y el conjunto de sus órganos e instituciones deben someterse a las directrices vinculatorias establecidas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, puede consultarse a Fraga Gabino. *Op. cit.*, supra nota 58, pp 99. Entrena Cuesta, Rafael. *Op. cit.*, supra nota 80, p. 117; Vallejo Mejía, Jesús. "Responsabilidad patrimonial del Estado", en *Estudios de derecho*, Medellín, núm. 79, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo de 1971, segunda época, p. 40, entre otros.

general, y con el que le da fundamentación en especial. En este sentido, debemos observar un doble proceso de sometimiento de los órganos administrativos al derecho; el primero implicaría un acatamiento inmediato al conglomerado normativo y de principios que rigen de manera amplia y/o particular el actuar del engranaje estatal; el segundo, como lo señala Vedel, sería la sumisión, de igual modo inmediata y obligatoria, a las normas y reglas que ella misma ha elaborado⁸².

Visto lo anterior, podemos concluir que el ejercicio de la función administrativa está dominado, indiscutiblemente, por el principio del sometimiento de sus actos al ordenamiento jurídico, vigente y preestablecido, lo que implica, necesariamente, el sometimiento de la administración a las normas por ellas proferidas en ejercicio de su competencia. En palabras del profesor Cretella Junior: "El principio de la legalidad asume vital importancia en el ámbito del Derecho Público, provocando que las decisiones de las autoridades administrativas deban siempre estar conforme a la ley o, más precisamente, a la legalidad formada por un conjunto de reglas de Derecho, en unión íntima en su mayor parte con las leyes formales"⁸³.

Legalidad formal y legalidad interpretativa

El principio de la legalidad, no obstante, puede ser estudiado desde otro contexto: el de sus implicaciones prácticas, en la medida en que su dinámica no constituye un estrecho concepto de simple y automática sumisión de la decisión administrativa al precepto legal en su sentido formal. Por el contrario, el acto administrativo obedece, para su

82. Cfr. Vedel, Georges. *Op. cit. supra* nota 20, pp. 219 y 220. Carretero Pérez, Adolfo. *Op. cit. supra* nota 80, pp. 83; sostiene este profesor: La legalidad sinónima de regularidad jurídica, tiene un sentido especial referido a la administración: todo sujeto está sometido al Derecho, pero la sumisión de la administración es típica, porque ni lo está de la misma forma de los particulares, ni las normas que la definen son externas (sin) como sucede con los individuos, sino elaborados en parte por la propia administración.

83. Cretella Junior, José. *Op. cit., supra* nota 1, pp. 14 y 15 (la traducción del portugués es nuestra).

fortalecimiento y validez, a preceptos superiores, que incluirían de manera concreta para cada norma, las elaboraciones interpretativas de los ordenamientos y la jurisprudencia que le da alcance a las mismas. Razones por las cuales la legalidad asume dos esferas perfectamente delimitadas: una, la específica de la referencia a la ley, en sentido estricto en su connotación de amplia -ley en sentido general- o particular -tratándose de la ley que determine las competencias del órgano administrativo-. Y dos, la legalidad con referencia a los principios generales y la jurisprudencia, emanada del estudio del ordenamiento positivo, y que en la práctica orienta la aplicación de la norma. En este último caso podría sostenerse la existencia de una legalidad didáctica y orientadora que se edifica sobre la base de la función unificadora de la jurisprudencia por órganos como la Corte Constitucional y la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Legalidad y juridicidad. Bloque de la legalidad

Merkel, por su parte, consideró poder diferenciar otras dos importantes modalidades de legalidad: a la primera de ellas la denominó de la juridicidad y a la segunda de la legalidad⁸⁴. Empero, la tendencia

84. Cfr., Merkel, Adolfo. *Teoría general del Derecho administrativo*, México, Editora Nacional 1975. p. 212. Principio de la juridicidad. Es un principio de carácter general que regula las relaciones entre el derecho y la administración. En resumen, se le puede entender como el acondicionamiento de la administración al derecho, específicamente al administrativo. "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico", p. 213: "Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". Como se observa, es la referencia constante del acto administrativo al ordenamiento jurídico en general que otorga específicas atribuciones. Principio de la legalidad, pp. 215 y ss.: Es un caso específico de aplicación del principio de la juridicidad, como dice el autor no es más que una "juridicidad calificada", es específicamente el sometimiento de la administración a una ley formal. Principal diferencia: indudablemente, el principal aspecto que diferencia estos dos principios radica en su naturaleza, mientras la juridicidad es una elaboración jurídico-teórica, es decir, no necesariamente normatividad legislada, "que se funda en la naturaleza que poseen todas las actividades del Estado de ser funciones jurídicas (p. 215), el principio de la legalidad es una elaboración de naturaleza jurídico-política, es decir, por regla general legislado, "que requiere ser consagrado legalmente para que tenga existencia jurídico-positiva" (p. 215). Como consecuencia práctica de las anteriores

moderna -con la cual estamos perfectamente de acuerdo- nos lleva a plantear, dentro de un campo unitario, que la legalidad de los actos administrativos ha de predicarse dentro del bloque de la legalidad, entendiendo por bloque de la legalidad el integrado tanto por las leyes normativas, reglamentos y principios (escritos o no escritos), que orientan el ordenamiento jurídico⁸⁵.

Legalidad formal y legalidad teleológica

Además de las anteriores aproximaciones al concepto de la legalidad, podemos identificar dos elementos importantes del fenómeno, los cuales aunados, permiten complementar cualquier intento de definición del mismo. Se trata de la legalidad formal o simple legalidad, que se caracteriza por su simple confrontación normativa y la legalidad, teleológica, que se edifica sobre la base de una búsqueda de la finalidad de la actuación del Estado.

El primero de los fenómenos se concreta, para la administración pública, en una abstención -aspecto negativo-, y señala que la administración no podrá realizar manifestación alguna de voluntad que no esté expresamente autorizada por el ordenamiento (simple constatación normativa) contrario al principio de autonomía de la

diferencias, señala Merkl (p. 215) que: "la existencia de juridicidad de la administración precede a toda y a todas las administraciones, mientras la exigencia de la legalidad se apoya en cada ordenamiento jurídico y no tiene más valor que para este ordenamiento". En contra de la elaboración del profesor austriaco, reaccionan los tratadistas García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, *supra* nota 1, p. 365, para quienes las teorías expuestas no son más que "una complicación, terminología innecesaria, una vez aclaradas las cosas".

85. *Cfr.*, García - Trevijano Fos, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 61, p. 464: "El principio de la legalidad significa el sometimiento de la administración al bloque jurídico (no a la Ley y a las normas únicamente)". (Igualmente, en este autor consúltense pp. 466 y ss.) Entrena Cuesta, Rafael. *Op. cit.*, *supra* nota 80 p. 17. Fraga, Gabino. *Op. cit.*, *supra* nota 58, p. 100: "Consideramos que no hay violación del principio de la legalidad... Cuando la administración se funda en los principios generales del Derecho, con principio de audiencia, el de igualdad ante la ley y las cargas públicas, el decaimiento sin causa, etc." García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. *Op. cit.*, nota 1, p. 365. Brewer Carías, Allan R. "El recurso contencioso administrativo contra los actos de efectos individuales, los vicios administrativos", en *Actas procesales del derecho vivo*, Caracas, núms. 67/69 (grafiúnica), 1977, p. 98. "El control no es sólo un control de la legalidad en sentido estricto, sino de la conformidad con el orden jurídico".

voluntad que rige en derecho privado afirmando que todo lo que no está prohibido está permitido para los ciudadanos. Dentro de este marco, evidentemente jerarquizado, todo acto estatal deberá colocarse en un punto inferior de la escala vertical del ordenamiento, no pudiendo en ningún momento ser proferido sin la expresa autorización normativa, ni mucho menos contradiciendo los marcos superiores del ordenamiento positivo⁸⁶.

El segundo de los fenómenos se adentra en el estudio de la finalidad de la institucionalización estatal, buscando las razones de su existencia. Desde este punto de vista concluye que el actuar de los órganos públicos esta basado necesariamente en el mejoramiento de los intereses comunes de los asociados. La ley y las normas o principios superiores, en todos los casos, lo que buscan primordialmente es el cumplimiento de los intereses generales. En consecuencia, no dudamos que los pronunciamientos de la administración deban buscar el bienestar del interés público, y el bien general de los asociados. Precisamente en este aspecto concordamos con Vedel: "la ley fundadora del actuar de la administración no puede buscar nada diferente al interés público". Este interés puede configurarse de manera amplia o abstractada, respecto de los cometidos generales en favor de los asociados, lo mismo que en preceptos de carácter particular, tratándose de las específicas atribuciones que un ordenamiento hace a un órgano de la administración⁸⁷. En este sentido el elemento teleológico de la legalidad le da razón y justificación de violaciones de la ley que el ordenamiento ha identificado como de desvío de poder.

86. Sobre este aspecto, consúltese a Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 325-327, para quien el orden legal presupone en su cúspide la constitución de la que se desprende de manera sincronizada, entre normas superiores e inferiores -unas presupuesto de las otras-, la totalidad del ordenamiento jurídico.

87. El interés público puede ser político jurídico: el primero deducible de las necesidades de la comunidad; el segundo, consagrado expresamente en la respectiva legislación. *Cfr.*, Vedel Georges. *Op. cit.*, *supra* nota 20, pp. 257-259; Caldera Delgado, Hugo. "El control de la desviación de fin en el acto administrativo", en *Revista de Derecho*, Concepción, núm. 165, Universidad de Concepción, Escuela de Derecho, enero-diciembre de 1977, p. 149.

El elemento teleológico es, en todo caso, un presupuesto importante de cualquier interpretación de los actos estatales. Porque no basta un simple formal de comparación entre las decisiones del Estado, en especial las del poder administrativo para concluir sobre la legalidad. Se hace indispensable ir mucho más allá. Identificando la totalidad de sus presupuesto; lo que en realidad se espera de la actuación estatal.

Precisamente el profesor italiano Emilio Betti, al referirse a la interpretación en este sentido de los actos administrativos⁸⁸, señala que tal comparación debe llevarse a cabo de este modo por cuanto se trata de "actos que sobre todo están destinados a la actuación de la ley", por lo que "incumbe al intérprete también la tarea de verificar si su realización en concreto responde a su abstracto deber ser, es decir, ha de verificar si el precepto individual que se afirma en el caso específico, constituye la recta individualización del precepto general de la ley, que en ellos ha de reflejarse".

Desde el punto de vista práctico esta realidad configuradora de la legalidad encuentra bases normativas que colaboran en la función interpretativa de las decisiones estatales. Tratándose de la legalidad formal los artículos, 4, 6, 121 y 122 constitucionales nos dan una idea de su existencia: "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"... "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"... "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley"... "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento...".

En cuanto a la legalidad teleológica, disposiciones constitucionales como las consagradas en los artículos 123 inc. 2, 209 y el mismo artículo 2 de la Constitución nos dan una idea de la misma: "...los

88. Betti, Emilio. *Op. cit.*, supra nota 121, pp. 311 y 312.

servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad"... "la función pública está al servicio de los intereses generales..." y el artículo segundo de la Constitución que identifica múltiples finalidades estatales.

3. ESTADO DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Dadas las características antes expuestas, deduciríamos que la legalidad llevaría una sumisión absoluta al Derecho, por parte del Estado. La legalidad también implicaría al cabal acatamiento de la juridicidad por parte de los órganos y servidores del Estado, quienes estarían supeditados directa o indirectamente al denominado: "bloque de la legalidad".

Evolución

Pese a lo anterior, no siempre en la historia de la humanidad se ha predicado con tanto empeño la necesaria y obligante sumisión de los poderes públicos al orden jurídico. Es precisamente con la institucionalización del Estado cuando comienza a identificarse el principio de legalidad, como una limitante al poder absoluto que en otrora época caracterizará el ejercicio del poder, y una garantía de convivencia y de seguridad para los asociados⁸⁹.

89. Cretella Junior, José. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 15, señala que el principio de legalidad, en la medida que limita al poder administrativo, se estructura como un evidente principio de clara estirpe liberal, "un elemento de liberalismo en el régimen administrativo" (La traducción del portugués es nuestra). Nava Negrete, Alfonso. *Op. cit.*, *supra* nota 80 pp. 404 y 405; Zippelius, Reinhold. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 309-314: "Los principios del Estado de Derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria, y en general el ejercicio sin control, del poder del Estado, estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad... con el fin de proteger las libertades individuales e impedir la arbitrariedad del Estado, había que procurar primeramente que la acción estatal se desarrollara de acuerdo común a determinada distribución de papeles y con reglas de juego garantizadas.... era de particular importancia sujetar al Ejecutivo a la Ley y al Derecho..."; Raz, Joseph. *La autoridad del derecho, ensayos sobre derecho y moral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, pp. 263 y ss., para quien el sometimiento al derecho, desde el punto de vista de los sujetos, debe ser doble, tanto del particular como del Estado. "Estado de Derecho significa literalmente lo que dice: El Estado de Derecho tomado en su sentido más amplio significa que la gente debe obedecer el Derecho y regirse por él. Sin embargo en la teoría política y jurídica ha llegado a ser interpretado en

Entendido el "principio de legalidad" como inherente al Estado de derecho, este regula en todos los sentidos el ejercicio del poder político, en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar el ejercicio del poder.

En su relación con la función administrativa del Estado, el principio de legalidad de los actos administrativos surge simultáneo con el Estado emanado de la revolución francesa. Evidentemente, en el régimen existente con anterioridad a este suceso se partía del principio de que la fuente de todo derecho era la persona del rey, quien era representante del poder divino dentro de la comunidad.

Las leyes dependían constantemente del temperamento del monarca. En el ámbito de la administración significaba para los asociados la inestabilidad y la incerteza, respecto de los trámites y decisiones que pudieran corresponder a la administración, a lo que debe añadirse la imposibilidad de un control efectivo ante la evidente arbitrariedad institucionalizada.

Esta concepción "monárquica-divina" del Estado fue objeto de la reacción directa de las teorías de los revolucionarios franceses; para ellos, el derecho solo podía tener una fuente: voluntad general; y una suprema manifestación: la ley. Precisamente debía corresponder al legislador la determinación y regulación general del poder político - como forma de evitar la inestabilidad y arbitrariedad naciente del manejo personalizado del poder-, específicamente de la función administrativa, surgiendo de esta manera el denominado "derecho administrativo"⁹⁰.

un sentido restringido, de que el gobierno debe ser regido por el Derecho y sometido a él. La idea del Estado de Derecho en este sentido es frecuentemente expresada por la frase gobierno del Derecho, no de los hombres... Se dice que el Estado de Derecho significa que toda acción gubernamental tiene que tener una fundamentación en el Derecho, tiene que estar autorizada por el Derecho. Pero, ¿no es esto una tautología? Las actividades no autorizadas por el Derecho no pueden ser acciones de un gobierno como gobierno. No tendrían efecto jurídico y frecuentemente serían ilícitas". Sánchez Azona, Jorge. *Normatividad social, ensayo de sociología jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 82-97 (p. 88: "al establecerse el orden jurídico, éste restringe el alcance del poder político, sin esta reglamentación se caería en la anarquía o en el despotismo)".

90. Consúltense al respecto García de Enterría, y Fernández. *Op. cit.*, *supra* nota 1, p. 362; de acuerdo con la teoría de Adolfo Merkl. *Op. cit.*, *supra* nota 80, pp.208 y ss.: La posición de

Los profesores García de Enterría y Fernández, al referirse a la importancia y significado de la evolución de la legalidad, señalan que el gran aporte, de esta discusión histórica está dado por “esta técnica estructural precisamente a lo que se llama propiamente principio de legalidad de la administración. Esta está sometida a la ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación”⁹¹. En un Estado sujeto a un régimen de supremacía de la ley -Estado de derecho-, el principio de la legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público, sin sujeción a la cual los actos por ellos proferidos se considerarían ilegales y carentes de validez. Exactamente, el Consejo de Estado ha considerado que es aquí, en esta relación administrativa -manifestación de voluntad-, donde se evidencia la “operancia de la legalidad”, en la medida que los órganos administrativos imprimen cabal cumplimiento a lo preceptuado en la normatividad superior. Se busca, señala la Corporación: Que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dictar autoridad⁹².

Actividad reglada y discrecional

Se ha estudiado la legalidad en una perspectiva de regla general y su indiscutible, “debe ser”, pensando en un normal desarrollo del Estado

estos notables profesores españoles, respecto a las relaciones derecho administrativo, administración, debe ser considerada como tradicional o dominante. Para el maestro de la escuela vienesa: “No es necesario en Estado alguno, la existencia de una función del tipo de lo que suele llamarse Administración, pero si existe, no podrá ser sin derecho administrativo”. “...Actividad del Estado no puede ser reconocida más que allí donde exista un precepto jurídico que exprese la voluntad del Estado para semejante actividad”. “...El Derecho Administrativo no es sólo la condición *sine qua non*, sino, condición *per quam* de la administración.

91. García de Enterría y Fernández. *Op. cit.*, p. 363.

92. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de mayo 25 de 1968, consejero ponente Alfonso Meluk, Anales del Consejo de Estado, núm. LXXIV, primer semestre de 1968, pp. 186 y ss.

de derecho. Hemos analizado lo que la doctrina tradicional identifica como el desarrollo vinculante o reglado del principio de legalidad, o más concretamente, el cumplimiento efectivo de las expresas facultades otorgadas por la ley a la administración -potestad reglada-.

Sin embargo, a pesar de la claridad de las expresiones filosóficas y jurídicas de los revolucionarios franceses, cierto sector de la doctrina clásica, fundada en razones de aparente libertad de acción en la administración para determinados eventos "quiebra el principio de legalidad", consistente en el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación para la administración en los casos denominados de "facultades discrecionales" que en su conceptualización originaria era entendida como el no acatamiento al orden legal: "Allí donde la ley no ha entrado, o sea en casos en que por falta o defecto de normas jurídicas" la administración debía disponer lo menester ⁹³.

La potestad reglada, como lo hemos venido sosteniendo, se presenta cuando estamos frente a una atribución legal. A la existencia de norma de competencia clara y específica, debiendo el órgano y servidor estatal actuar en la forma específicamente enunciada en dichas disposiciones sin lugar a posibilidades de romper los marcos en ellas preceptuados para su ejecución. El ejercicio de las potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, entre

93. Consúltese la crítica a esta arcaica tesis que dominó el derecho administrativo especialmente en el siglo XIX, y que en la práctica instituía como legisladora a la administración, en Oelckers Camus, Oswaldo. *Op. cit., supra* nota 121, p. 161. Prat, Julio A. "La Discrecionalidad Administrativa"; publicado en *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*; II; Ediciones Rosaristas 1986; "... Durante el siglo XIX, la doctrina Administrativista acostumbraba a distinguir una cierta categoría de los actos administrativos no susceptibles de contralor contencioso. Estos eran denominados Actos de Administración pura, Actos del oficio exclusivo de la administración, Actos discrecionales o decisiones puramente administrativos. Resabio de antiguas y caducas tradiciones absolutistas, los Tribunales Judiciales no recibían las impugnaciones que los particulares intentaban contra estos actos, siendo rechazadas de plano por "su naturaleza discrecional". Esta fue la jurisprudencia constante del Consejo de Estado francés contra la opinión cada vez más resistente de la doctrina gala, iniciada ya desde 1865 por Savigny. Esta también será la solución aceptada e impuesta por el denominado sistema armónico de Santamaría Paredes en España cuando se dictó la ley sobre contencioso de 1888, que excluía la masa de actos "discrecionales", de toda revisión jurisdiccional..." p. 163.

los supuestos de hechos descritos por la ley y los analizados en el mundo de la realidad.

A pesar de tratarse de un proceso estricto, de todas maneras implica ciertos momentos de apreciación o subjetivismo, porque, al fin, quien aplica la norma no es más que una persona natural, vocero de la voluntad estatal asignada por la Ley o la Constitución al órgano respectivo. Esta realidad ha sido interpretada por el Consejo de Estado, cuando acepta que la legalidad puede ser en la práctica reglada o discrecional, sin implicar esta última un desconocimiento del ordenamiento positivo ni formal ni finalísticamente. Señala la Corporación que "tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable, ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas"⁹⁴. De igual manera, Vedel, refiriéndose al grado de competencia reglada existente en las llamadas decisiones administrativas, está de acuerdo en aceptar que "no existe nunca competencia reglada pura"; porque incluso en toda actuación de la administración el cinturón de fuerza, de la atribución vinculatoria o reglada, se ve disminuido necesariamente por lo que la doctrina francesa denomina "elección del momento"⁹⁵; figura con la que no se hace otra cosa que reconocer el grado de subjetividad o de iniciativa de que goza la administración para el estudio y análisis de la realidad fáctica, respecto de los estrictos contenidos normativos, en el cumplimiento de la potestad reglada, asunto que indicábamos anteriormente.

94. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto del 22 de octubre de 1975, C.P. Luis Carlos SÁCHICA, publicado en Arciniegas A., Antonio José. *Estudios sobre jurisprudencia administrativa*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, tomo I, pp. 10 y 11.

95. Vedel, Georges. *Op. cit.*, supra nota, p. 264. Puede consultarse el estudio de la profesora Consuelo Sarria, denominado "la discrecionalidad Administrativa", publicado en la obra colectiva, *El derecho administrativo en Latinoamérica*; II; p. 173 y ss.: "... El principio de legalidad es el límite del ejercicio mismo de la función administrativa, al tratar de precisar los límites de la discrecionalidad ya que ella emana la competencia para el ejercicio de determinada actividad, ... ya que no es cierto que hay discrecionalidad cuando no hay ley, por el contrario solo puede hablarse de ella cuando hay una habilitación legal expresa o tácita para que la autoridad pueda apreciar, evaluar y valorar las circunstancias que rodean el ejercicio de su función administrativa.

La potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de derecho. Lo discrecional es la excepción. A diferencia de las potestades regladas, en las llamadas potestades discrecionales la administración interviene mediante proceso de valoración subjetivo con el fin de adecuar el mundo de la realidad de los hechos a las consideraciones amplias y genéricas de la norma. Precisamente esta circunstancia habilita al respectivo órgano o funcionario, para que agregue el ingrediente de la iniciativa, en la búsqueda de los fines públicos estatales.

Contrariamente a la idea inicial con que se planteó la teoría de la discrecionalidad de la administración -libertad absoluta de la administración para disponer en aquellos asuntos no determinados por la ley; como lo señala la doctrina tradicional, la administración podía hacer no sólo aquello para lo que estaba expresamente autorizada, sino también todo aquello no prohibido y no regulado expresamente por la ley-. El concepto moderno -ajustado al concepto de legalidad en el Estado de derecho- sostiene en sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior.

Como lo señala Oelckers Camus, la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, "para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva"⁹⁶.

En consecuencia, debemos admitir que la potestad discrecional obedece a claras políticas legislativas que otorgan facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones subjetivas, estimaciones -con el fin único de cumplir con el cometido estatal del bien común o interés social-, que por razón de las circunstancias y de la intermediación

96. Oelckers Camus, Oswaldo. *Op. cit.*, pp. 161 y ss.; agrega este autor: "La discrecionalidad no supo en una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la administración, sino la integración de la norma impresa (sic), según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. En un sentido amplio, la ley contempla la justicia en el caso general y abstracto, la discrecionalidad opera lo justo en el caso concreto".

es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y la atribuya en sus ejecutores, es decir, los funcionarios administrativos. La potestad abierta de la discrecionalidad -ha dicho nuestro Consejo de Estado-, se caracteriza precisamente por esa cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados: Unas veces será la oportunidad para decidir facultándolo para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión, en algunas ocasiones la ley fijará únicamente los presupuestos de hecho que autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dando al órgano potestad para adoptar la decisión conveniente⁹⁷.

Reiteradamente digamos, que la potestad discrecional es de naturaleza normativa o legal, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad administrativa no es sinónimo de "arbitrariedad" (en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos); el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza, se encuentra evidentemente sometido a los extremos en causantes determinados en la Constitución, la ley, y la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública.

En el derecho colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo al señalar que la facultad discrecional no es absoluta o pura; de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos en el Estado de derecho, permitiendo que éstos escapen de

97. Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, concepto del 22 de octubre de 1975, C.P. Luis Carlos Sáchica, publicado en Arciniegas A., Antonio José. *Op. cit.*, *supra* nota 121, pp. 10 y 11.

su control natural: En principio, ningún Acto de la Administración queda libre, entre nosotros, de tal control; a diferencia de lo que sucede en otros países. Se debe esto al hecho de que en Colombia, "discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad", y ésta reinaría allí donde existan autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contenciosa administrativa⁹⁸.

Lo discrecional y reglado: Kelsen

Doctrinalmente encuentra sustento, esta tesis, en las elaboraciones de la Escuela Vienesa del Derecho, en especial en los trabajos del profesor Hans Kelsen; para él resultaba inadmisibles que se aceptara, como se venía haciendo, la posibilidad de que la actividad de la administración pudiera ser "libre" portadora de una facultad llamada discrecional en su favor. Esta distinción es lógicamente insostenible, y oculta un postulado político inconciliable con el Derecho Positivo. Agregaba, asimismo, que la llamada potestad discrecional no podía ser otra cosa que un grado inferior en el desarrollo descendente de la normatividad; las normas inferiores llenan los vacíos existentes en el ordenamiento dentro del marco señalado por la norma superior.

Siendo entonces un fenómeno de libre apreciación -de la administración- la potestad discrecional "presupone ya una norma, pues de otro modo sería imposible reconocer el carácter jurídico de aquel acto, ni la cualidad de órgano estatal del hombre que lo realiza"⁹⁹.

En consideración con lo afirmado, no nos queda otra alternativa que la de reconocer que cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades regladas o discrecionales, implica en la primera instancia un acercamiento del mismo para con la ley; pero, tratándose de una segunda instancia como lo expone

98. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia de diciembre 3 de 1975, C.P. Alvaro Pérez Vives, Anales del Consejo de Estado, 1975, segundo semestre, tomo LXXXIX, núms. 447-448, pp. 307 y ss.

99. Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 317-319.

Betti: "se involucra en ella una consideración bajo el aspecto causal, que requiere una interpretación de segundo grado de las normas a observar, y a aplicar"¹⁰⁰. Requiere, por ende, el estudio de la finalidad de interés público que al órgano respectivo pueda corresponder, lo mismo que una identificación del grado de apertura interpretativa, de análisis de subjetividad que la norma le permita al funcionario; a lo que no sobra agregar la necesaria referencia a los demás elementos del bloque de la legalidad.

En el caso colombiano, los anteriores conceptos de la discrecionalidad, tienen ya plena claridad legislativa. El artículo 36 exige de la administración al expedir un Acto Administrativo la plena identificación de la decisión con la norma que le sirva de sustento. Indica la disposición lo siguiente: "...En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, ésta debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...".

Legalidad y exigencia

El cumplimiento de la función administrativa en la que indudablemente intervienen dos clases de sujetos, provoca el nacimiento de relaciones jurídicas tanto generales como individuales suscitadoras de derecho y obligaciones de "mutua exigencia", tanto para la administración como para los particulares.

Esa exigencia mutua no es sino un reflejo dinámico del principio de legalidad que induce a que los asociados requieran de la administración, el estricto cumplimiento del ordenamiento positivo. Esto, mediante el accionar de los denominados medios de control -control gubernativo, control jurisdiccional- con que la ley ha dotado a la comunidad, para ser aplicados cuando se estime que la administración ha violentado su sendero de legalidad y procedido por senderos no autorizados.

100. Betti, Emilio. *Op. cit.*, supra nota 80, pp. 314 y 315.

Por otra parte, las autoridades poseen los medios necesarios -administrativos y jurisdiccionales de fuerza, en casos excepcionales- para que los particulares acaten la legalidad.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PRESUNCION DE LEGALIDAD

Al identificar las características y el concepto del principio de la legalidad, sostenemos que éste se estructura en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores -bloque jurídico- previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida, no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza, consecuentemente, por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo.

De esta manera y partiendo del hecho de la total sumisión de la administración a las normas previas que regulen su actuación, lo mismo que la proyección de las mismas a la expedición de los actos administrativos, la doctrina moderna ha venido sosteniendo el denominado principio de la "presunción de la legalidad de los actos administrativos", lo cual no es más que una prolongación de la legalidad al mundo de la eficacia del acto. Legalidad que se presume cuando el acto pasa al mundo de lo ejecutorio. Por tal virtud, se considera que la manifestación voluntaria de la administración se encuentra conforme a derecho, y según las palabras de Escola: "Se acepta que reúne todas las condiciones y elementos indispensables para concluir que es un acto regular y perfecto"¹⁰¹. Mientras no se demuestre lo contrario.

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad

101. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, *supra* nota 31, pp. 65 y 79.

preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias, entre las más importantes, la de la ejecutoriedad del mismo.

Pero, como lo advertimos, la presunción de legalidad no es absoluta y admite prueba de lo contrario. Es por naturaleza revisable. Nos atrevemos a no dudarle; no frente a una estricta e impenetrable presunción de derecho *-juris et de jure-*, sino ante una noble y amplia presunción de ley *-juris tantum-*, que admite probar o desvirtuar, por los trámites determinados en la misma ley, la validez y eficacia del acto en cuestión¹⁰². (Art. 66 Código Civil Administrativo).

Tratándose de los actos administrativos, se está suponiendo que éstos, por tratarse del resultado del ejercicio de precisas o amplias potestades legales, han reunido en su proceso elaborativo la totalidad de requisitos y presupuestos que el ordenamiento ha determinado, por lo que debe considerarse que son plenamente legales. Legalidad que se desvirtúa si se logra establecer que en la realidad no concurrieron verdaderamente los elementos esenciales para el nacimiento del acto¹⁰³.

El Consejo de Estado, al ocuparse de esta presunción, señala que la misma le concede al acto administrativo *-general o particular-obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad*, mientras dicha presunción no sea destruida mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, y generen la totalidad de sus efectos jurídicos en tanto no sean declarados nulos por los tribunales competentes.

102. Sobre la naturaleza *juris tantum* de la presunción de legalidad de los actos administrativos, pueden consultarse, entre otros autores, a los siguientes: Fraga, Gabino. *Op. cit.*, p. 275. García de Enterría y Fernández. *Op. cit.*, pp. 487 y 488. Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *La doctrina de los vicios de orden público*, Madrid, 1970, pp. 117 y 118. Escola, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 69; Nava Negrete, Alfonso. *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 405.

103. Consúltese las sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, casaciones de 30 de julio de 1939 y 14 de diciembre de 1950, lo mismo que la sentencia de la Sala de negocios generales del 22 de julio de 1943; publicadas en Ortega Torres, Jorge. *Código Civil*, con notas, concordancias, jurisprudencias de la Corte Suprema y normas legales complementarias, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pp. 81 y 82.

Precisamente las decisiones administrativas tienen vida jurídica mientras no sean anuladas o suspendidas por la jurisdicción contenciosa administrativa¹⁰⁴.

5 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO COLOMBIANO

Colombia, desde 1886, adoptó constitucionalmente la forma unitaria de organización política, principio que se reitera en la Constitución política de 1991¹⁰⁵. Este sistema de centralización de poderes y funciones implica, dentro de la estructura ideada -y que aún se mantiene intacta-, un claro juego entre los fenómenos de descentralización y desconcentración que acarrea consecuencias específicas tratándose del principio de la legalidad.

De acuerdo con la fórmula ideada por los constituyentes colombianos, se centralizó la totalidad de los poderes públicos -Legislativo, Judicial y Ejecutivo- a nivel nacional. No obstante, se consagró que esta última rama del poder se descentralizaría en su función administrativa en favor de las entidades territoriales creadas o en otras que se llegaren a crear (Arts. 1 y 285 Constitucional) conservando, sin embargo, el Ejecutivo nacional, el poder de gobierno o de la decisión política. De aquí que en materia de administración pública colombiana, se plantee que su naturaleza emana del resonado y conjugado precepto de la "centralización política y la descentralización administrativa".

104. Puede consultarse la tendencia actual del Consejo de Estado colombiano sobre la presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 25 de septiembre de 1961, núms. 392-396, tomo LXIII, pp. 241 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de 30 de marzo de 1967, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, Anales del Consejo de Estado, 1967, primer semestre, núms. 413-414, tomo LXXII, pp. 239 y ss.; Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia de mayo 19 de 1975, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, Anales del Consejo de Estado, 1975, primer semestre, núms. 445-446, tomo LXXXVIII, p. 297.

105. Desde el 5 de agosto de 1886 -para los altos poderes- y desde 30 días después de su publicación en el Diario Oficial -para la nación-, hecho que ocurrió el 7 del mismo mes, empezó, de acuerdo al artículo 0 de las disposiciones transitorias, a regir la Constitución para la República de Colombia de 1886. La Constitución Política de 1991, entró a regir conforme el Artículo 380. "...a partir del día de su promulgación...", que lo fue el día 4 de julio de 1991.

Por lo que respecta al Poder Legislativo, éste sólo puede ser ejercido por un Congreso Nacional, único facultado en el país para proferir leyes, descartándose la posibilidad que esta función específica fuere ejercida por las entidades territoriales.

El Poder Judicial, *a contrario sensu*, se desconcentró en tribunales y juzgados que aplican justicia en las diferentes entidades del país a nombre de la nación colombiana.

El principio de la centralización política y descentralización administrativa, que es el que nos interesa, por corresponder directamente al ejercicio de la función administrativa, implica el otorgamiento a las entidades territoriales de precisas potestades para ser ejercidas, a su propio nombre y bajo su directa responsabilidad, por un gobernador y una entidad corporativa, esta última de elección popular, denominada Asamblea Departamental, en el caso de los departamentos. Un alcalde y una corporación, ambos de elección popular -Acto Legislativo No. 1 de 1986, incorporado a la Constitución política de 1991-, para el caso de los municipios.

La centralización política y descentralización es positiva por cuanto implica la existencia de una sola Constitución política para toda la nación -norma superior originaria en la concepción kelseniana-. De ella debe desprenderse en forma coordinada, en unos casos pasando por la ley, en otros directamente desarrollando el mandato constitucional, la totalidad de las manifestaciones voluntarias de los órganos administrativos, nacionales, y de las Entidades Territoriales. Precisamente el artículo 4 Constitucional, al cual hicimos mención al inicio de este capítulo, es una consagración normativa de esta expresión de la legalidad en el Estado unitario, que solo acepta un sistema jerarquizado, para la estructuración de su pirámide jurídica, las entidades departamentales, municipales, intendenciales o comisariales¹⁰⁶.

106. Para efectos del principio de legalidad en derecho colombiano, consúltese, entre otros, el interesantísimo artículo del profesor antioqueño, Jesús Vallejo Mejía. *Op. cit.*, pp. 41-43. Asimismo, Duque Pérez, Jairo. "Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo", en *Estudios de derecho*, Medellín, vol. XXX, núm. 79, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, marzo de 1971, pp. 135 y 136.

Tratándose del concepto específico del bloque de la legalidad, desde 1887 se viene hablando en derecho colombiano de su necesidad para referirse a una amplia acepción del principio de legalidad. Precisamente la Ley 153 de aquel año, preceptuó en sus artículos 4 y 5 que: "Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en los casos dudosos. La Doctrina Constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes". "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

Por último, es preciso señalar la forma cómo la administración pública colombiana debe solucionar por mandato de la ley los conflictos que se le puedan presentar en sus diferentes niveles, con las diferentes clases de normas que deba aplicar. Al respecto, señala el artículo 240 de la Ley 4 de 1913 que:

El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: La Ley, el Reglamento Ejecutivo y la orden del superior. El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores. En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: Las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes de los superiores... Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y entre las órdenes de los superiores se prefiere la del de mayor categoría.

A lo anterior habría que agregar el contenido de los códigos de regímenes departamental y municipal -Decreto 1222, 1333 de 1986 y Ley 136 de 1994-, lo mismo que las normas vigentes sobre el régimen de la nación existentes en la Ley 4 de 1913, "Código de Régimen Político y Municipal".