



# Concepto 2409 de 2019 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Édgar González López

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación Interna: 2409

Número Único: 11001-03-06-000-2018 -00253-00

Referencia: Proyectos específicos de -regulación.

Potestad reglamentaria del Presidente de la República.

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicita a la Sala revisar el alcance de la obligación de publicar los proyectos específicos de regulación, consagrada en el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, respecto de los actos administrativos que profiera el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11).

## I. ANTECEDENTES

En el escrito de la consulta, el Departamento Administrativo presentó a la Sala las siguientes consideraciones:

1. El numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 establece:

"DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarlala a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

(...)

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general".

2. En el año 2016, el Ministerio del Interior consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado con el propósito de determinar en qué casos y condiciones los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo el artículo 189.11 de la Constitución tenían carácter regulatorio. Asimismo, preguntó a la Sala acerca del alcance del término "proyectos específicos de regulación" contenido en la citada norma.

3. Señaló el Departamento Administrativo de la Función Pública que la facultad de reglamentar consiste en desarrollar una materia en términos generales, impersonales y abstractos. Dentro de este marco, la potestad reglamentar la tiene como propósito la expedición de normas de carácter general dirigidas a garantizar la adecuada ejecución de la ley.

La potestad reglamentaria puede ser ejercida por el Presidente de la República en cualquier momento, pues la Constitución no establece un plazo perentorio para su ejercicio<sup>1</sup>. Asimismo, la atribución del primer mandatario para ejercer la potestad reglamentaria la hace directamente la Constitución y, en consecuencia, no puede ser variada por la ley<sup>2</sup>.

Con fundamento en lo anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública formula la siguiente SOLICITUD:

1. "A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que indica que la facultad reglamentaria del Presidente de la República se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo, es irrenunciable, autónoma y no puede ser disminuida o limitada por otro órgano, respetuosamente solicitamos que se revise

el alcance de la obligación de publicar los actos administrativos que expida el Presidente de la República en ejercicio de dicha facultad reglamentaria ".

## II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta a la solicitud realizada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la Sala se referirá en primer lugar a: i) el término "proyectos específicos de regulación", ii) la potestad reglamentaria y la regulación, iii) el principio de participación, y iv) el principio de legalidad.

### a) El término "proyectos específicos de regulación"

El numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 establece la obligación para las autoridades de publicar los proyectos específicos de regulación, con el propósito de que puedan recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Así, dispone la norma:

"Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

(...)

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general".

Respecto al término "proyectos específicos de regulación", la Sala indicó en el concepto 2291 del 14 de septiembre de 2016, que este debía entenderse como la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia, es decir, al proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que busca promulgar la autoridad administrativa.

Para arribar a esta conclusión, la Sala distinguió entre regulación en sentido general y regulación en sentido específico. Así, bajo la primera acepción, el término regulación corresponde a una norma jurídica. En este sentido, la Sala señaló:

"La doctrina extranjera, en una concepción general del término regulación, la concibe como una norma jurídica, y por tanto, la actividad de regular como la potestad de promulgar dichas normas<sup>3</sup>. En esta misma dirección, se han pronunciado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Justamente, en la sentencia C-675 de 2005 se indicó:

"Se observa que esta disposición no consagra dicha competencia de regulación, o sea, el establecimiento de reglas, normas o disposiciones jurídicas de carácter general o abstracto, y que, en cambio, prevé que la Secretaría de Educación realice la evaluación, en coordinación con la asociación de instituciones educativas privadas debidamente acreditada, a que esté afiliado el establecimiento educativo, o en forma exclusiva, en el caso de no estar afiliado el establecimiento"<sup>4</sup>

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado en decisión del 20 de octubre de 2014, al definir la noción de regulación señaló:

"Desde un punto de vista general, es decir, en un sentido muy amplio, la regulación es una noción que comprende todo aquello que pueda catalogarse como normatividad, a la cual se someten los sujetos en el desarrollo de sus actividades. Así, tenemos que, de forma general, el concepto puede comprender tanto las leyes expedidas por el Congreso, como los reglamentos, expedidos por diferentes autoridades, en ejercicio de la función administrativa ".<sup>5</sup>

La Sección Cuarta de esta Corporación al precisar el término advirtió:

"Conviene aquí hacer una precisión de tipo conceptual relativa a los términos "reglamentación" y "regulación", sobre los cuales existe discusión en cuanto a su naturaleza y características. La producción de normas jurídicas de carácter general hace parte de la función pública normativa del Estado que, para la consecución de sus fines, se ve precisado a expedir. La ley, desde el punto de vista formal, esto es, la expedida por el Congreso, es una de las expresiones de esa actividad o función "reguladora" del Estado. Pero existen otras. El presidente de la República, las asambleas departamentales, los concejos municipales, las comisiones de regulación, y otras entidades estatales, expedirán, también normas que tienen las mismas características de generalidad y que igualmente son abstractas e impersonales, tal cual la ley formal. Así pues, se puede decir que la regulación o, con mayor precisión, la función reguladora, es el género de la competencia del Estado de imponer normas jurídicas. Y de esa categoría general hacen parte, en un primer nivel, la Constitución misma, luego las leyes del Congreso en sus diferentes categorías (leyes orgánicas, estatutarias, leyes marco y leyes comunes). Como ley también fungir el producto de la potestad legislativa extraordinaria del Presidente de la República, esto es, los decretos leyes. Pero la regulación no solo se da por virtud de las leyes o de la función legislativa propiamente dicha, puesto que una función parecida también contribuye a la regulación, esto es, la función reglamentaria que encabeza el Presidente de la República y que desciende y se extiende hacia y por otros órganos como las comisiones de regulación, las asambleas, los concejos, los organismos autónomos, etc"<sup>6</sup>".

Por su parte, la regulación en sentido específico fue entendida por la Sala como una forma de intervención en la economía para alcanzar los

fines del Estado mediante la garantía del derecho a la competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. Bajo esta aproximación, la regulación no se limita o circunscribe a una norma jurídica, por el contrario, se manifiesta a través de muchas otras formas:

"El término regulación, entendido como una forma de intervención en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la garantía de la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos, implica, no sólo la promulgación de normas jurídicas de contenido general y abstracto<sup>7</sup>, sino también la utilización de otros instrumentos<sup>8</sup> tales como la expedición de actos administrativos de carácter particular<sup>9 10</sup>, el reconocimiento de incentivos económicos, la inversión de recursos, la entrega de información<sup>11</sup>, el otorgamiento de autorizaciones o permisos, la vigilancia de la actividad, la imposición de sanciones administrativas y la definición de tarifas, entre otras medidas<sup>12</sup>".

De ahí que se haya señalado que el concepto de regulación no es exclusivamente jurídico, sino que involucra elementos de otra naturaleza:

"Aceptemos que la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales, necesario para mantener un sector de actividad humana dentro de unos parámetros determinados. Ello significa, al menos, que:

a) La regulación asienta sobre el Derecho, pero no es sólo Derecho. Las normas jurídicas determinarán lo que se puede hacer y lo que no, lo que es un derecho subjetivo (acceso a redes eléctricas, gasísticas, de telecomunicaciones...) y lo que es una obligación (de dar, hacer o soportar), pero no convertirán la regulación en «cosa de abogados» ni su metodología será la de la dialéctica seguida tradicionalmente ante los tribunales de justicia "<sup>13</sup>".

Luego de revisadas estas dos aproximaciones, la Sala concluyó que en el caso del artículo 8°, numeral 8° de la Ley 1437 de 2011 la norma hacía referencia al concepto en sentido general, es decir, a la regulación entendida como norma jurídica. Lo anterior, al considerar que esta postura: i) materializaba el principio democrático y la democracia participativa consagrados en la Constitución de 1991, ii) era acorde con una interpretación sistemática de los principios de transparencia, publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica, iii) era afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno y iv) contribuía a mejorar la calidad regulatoria del país<sup>14</sup>. Así, concluyó:

"En suma, bajo una interpretación gramatical, sistemática, teleológica, de efecto útil y conforme con la Constitución Política, es necesario concluir que la expresión "proyectos específicos de regulación" para el caso del numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, debe interpretarse de acuerdo con el sentido general del término regulación esto es, a un contenido normativo de carácter general, teniendo en cuenta que:

i) El artículo 8° se encuentra en la primera parte de la Ley 1437 de 2011, la cual, por expreso mandato del artículo 2°, es aplicable a las entidades y órganos administración allí señalados.

ii) Dentro de las definiciones aceptadas por la jurisprudencia y la doctrina frente al término "regulación", se encuentra aquella que la entiende como norma o disposición jurídica.

iii) La interpretación en sentido general del término encuentra sustento en la Constitución Política y permite una adecuada, proporcional y razonable materialización del principio democrático, la democracia participativa y los principios de publicidad, transparencia, participación, seguridad jurídica y eficacia.

iv) Una interpretación en el sentido señalado es más acorde con las necesidades del Derecho Administrativo contemporáneo y con las doctrinas y prácticas actuales en materia de administración pública y política regulatoria, como son los de gobernanza, gobernanza regulatoria, gobierno abierto o buen gobierno. Igualmente, es concordante con la finalidad de la función administrativa y con la experiencia internacional en la materia.

v) Las consideraciones expuestas por la Sala permiten que el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011 sirva de instrumento para mejorar la calidad de las normas, incrementar la transparencia y promover la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones que los afectan.

En consecuencia, la expresión "proyectos específicos de regulación" hace referencia a la propuesta de norma jurídica que pretende ser expedida por la autoridad administrativa en un asunto o materia de su competencia. En otras palabras, cuando la Ley 1437 de 2011 ordena publicar los proyectos específicos de regulación, debe entenderse que está ordenando a las autoridades señaladas en el artículo 2° del CPACA publicar los proyectos de actos administrativos de contenido general y abstracto que piensa proferir.

Por lo tanto, el deber de publicidad contenido en el numeral 8° del artículo 8° es exigible a las autoridades administrativas que pueden expedir actos administrativos de contenido general y abstracto, y, por consiguiente, no se encuentra limitado o restringido únicamente a aquellas autoridades que tienen la posibilidad de expedir normas de carácter técnico o de regulación económica-social.

Asimismo, es importante señalar que, a la luz de lo anterior, y teniendo en cuenta que la primera parte del Código aplica a las autoridades para el ejercicio de su función administrativa, quedan excluidos del concepto "proyectos específicos de regulación", los decretos con fuerza de ley y los decretos legislativos expedidos en estados de excepción, y en general aquellos que tengan un contenido formal de naturaleza legislativa "<sup>15</sup>".

b) La potestad reglamentaria y la regulación

En el concepto 2291 del año 2016, la Sala se refirió igualmente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y su relación con la regulación. Lo anterior, con el objetivo de determinar si el ejercicio de dicha facultad se encontraba sometido al cumplimiento de la obligación contenida en el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011. Así, señaló la Sala:

"En relación a la potestad reglamentaria, es viable preguntarse si esta implica el ejercicio de una función regulatoria. La respuesta a este interrogante debe determinarse a la luz del sentido que frente al concepto de regulación se adopte. Así, bajo el sentido general del término regulación, la respuesta debe ser positiva, pues los actos administrativos de carácter general constituyen una de las formas de producción normativa del Estado.

Por su parte, bajo el concepto de regulación en sentido específico, la función regulatoria tendría como uno de sus instrumentos la potestad reglamentaria para desarrollar un mandato legal específico, aunque no se agotaría con ella, pues tal como se señaló, la función de regulación económica y social se entiende como una forma de intervención estatal en la economía para maximizar el bienestar de los usuarios y alcanzar los fines del Estado mediante la libre competencia y la prestación eficiente de los servicios públicos. Por lo tanto, la expedición de actos administrativos generales dirigidos a intervenir en la economía constituye apenas uno de los instrumentos como el Estado adelanta su función de regular.

(...)

Procede ahora la Sala a contestar la pregunta planteada por el Ministerio consultante dirigido a establecer los casos y condiciones en los cuales los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189.11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio.

Frente a este interrogante, considera la Sala que los actos de carácter reglamentario expedidos por el Presidente de la República bajo la potestad concedida por el artículo 189. 11 de la Constitución Política, tienen a su vez un carácter regulatorio en su sentido general de norma.

En efecto, desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, tienen este carácter los actos de contenido general y abstracto que expida el Presidente de la República en ejercicio de la potestad señalada en el numeral 11 del artículo 189, sin importar si están o no dirigidos a una regulación económico-social.

En todo caso, es importante señalar que no existe una categoría jurídica de acto especial o particular, denominado "acto regulatorio", pues el acto de contenido general y abstracto, aun cuando pueda enmarcarse dentro del ejercicio de una potestad regulatoria, sigue correspondiendo en su naturaleza jurídica a un acto administrativo<sup>16</sup>.

Los actos reglamentarios proferidos por el Presidente bajo el amparo del artículo 189 numeral 11 que tengan una connotación regulatoria, ya sea bajo el sentido general o específico del término regulación, requieren en todo caso, cumplir con las condiciones generales que la jurisprudencia ha señalado para los actos promulgados a la luz de dicho mandato constitucional, tales como, el sometimiento del decreto reglamentario a la Ley y la Constitución, y en consecuencia la obligación de limitarse al ámbito material desarrollado por la norma superior. Igualmente, tampoco pueden promulgarse decretos sobre asuntos reservados al legislador<sup>17</sup>.

Finalmente, teniendo en cuenta la interpretación que la Sala ha realizado con respecto al término "proyectos específicos de regulación", el deber de publicidad que se deriva del numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República con fundamento en el artículo 189 numeral 11".

Como puede observarse, los reglamentos expedidos por el Presidente de la República, al corresponder a normas jurídicas, se enmarcan dentro del concepto de regulación en su sentido general. En consecuencia, se encuentran sujetos a la obligación del artículo 8°, numeral 8° de la Ley 1437 de 2011.

c) El principio de participación

El principio de participación hace posible la intervención de los ciudadanos en los procesos de deliberación y formulación de la gestión pública<sup>18</sup>. La participación

supone que los intereses que se pueden encontrar afectados por una determinada decisión han tomado parte en el proceso previo, propio no sólo del acto particular, sino del general.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existen múltiples disposiciones constitucionales y legales que reconocen y promueven la participación ciudadana. Así, pueden mencionarse los artículos 1°, 2°, 40, 78, 79, 103 y 207 de la Constitución Política, 6° de la Ley 21 de 1991<sup>19</sup>, 76 de la Ley 99 de 1993<sup>20</sup>, 13 de la Ley 182 de 1995<sup>21</sup>, 24 de la Ley 388 de 1997<sup>22</sup>, 33 de la Ley 489 de 1998<sup>23</sup>, 8° de la Ley 1150 de 2007<sup>24</sup>, 3°<sup>25</sup> y 8° de la Ley 1437 de 2011, 3° de la Ley 1480 de 2011<sup>26</sup> y 1 de la Ley 1757 de 2015<sup>27</sup>.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la participación ciudadana es considerada uno de los pilares del sistema constitucional<sup>28</sup> y ha sido catalogada por la Corte Constitucional como un derecho fundamental por involucrar aspectos relativos a su dignidad humana<sup>29</sup>. De esta suerte, el Estado colombiano tiene el deber de promover la participación de las personas, lo cual puede hacer a través de distintos instrumentos. En esta dirección se ha señalado:

"Este fin esencial se enmarca en el contexto de la democracia participativa. Al Estado no le basta con abstenerse de obstaculizar la participación de las personas, sino que tiene el deber de promoverla, por medio de diversos instrumentos, dentro de los cuales se encuentran los mecanismos de participación ciudadana: voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato, reconocidos en el artículo 103 de la Constitución. Además de estos mecanismos existen otros escenarios de participación, como es el caso de los consejos de planeación (art. 340), tanto en el ámbito nacional como en el ámbito local." (negrilla fuera del texto)<sup>30</sup>.

Una expresión de lo anterior es el artículo 32 de la Ley 489 de 1998, la cual determina que todas las entidades y organismos de la Administración Pública están obligados a adelantar su gestión en consonancia con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Por consiguiente, se encuentran autorizados para tomar las acciones requeridas encaminadas a involucrar a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la actividad pública. Entre las acciones que pueden adoptarse se encuentran la aplicación de mecanismos que ofrezcan transparencia al ejercicio de la función administrativa, y la incorporación, en los planes de desarrollo y de gestión, de políticas y programas dirigidos a fortalecer la participación de los ciudadanos<sup>31</sup>.

La participación ciudadana se encuentra íntimamente ligada con la democracia<sup>32</sup>

Así, promueve el principio democrático<sup>33</sup> reconocido en el artículo 1º de la Carta Política, que señala que Colombia es una forma de República "democrática, participativa y pluralista". Igualmente, desarrolla la democracia participativa<sup>34</sup>, la cual busca que el ciudadano no sea excluido del debate, análisis y definición de los asuntos que afectan su diario vivir, así como tampoco de los procesos políticos que impactan a la colectividad. De ahí que el individuo tenga un papel activo en el proceso de toma de decisiones de la administración<sup>35</sup> que demanda la existencia de mecanismos, más allá del escenario electoral,<sup>36</sup> que permitan su efectiva intervención en dicho proceso.<sup>37</sup>

La importancia de la intervención del ciudadano en la determinación de la voluntad de la administración ha dado lugar a la democratización de la acción administrativa, en virtud de la cual el ciudadano no se limita a tener un papel pasivo dentro del marco de la actividad administrativa, sino que, por el contrario, asume un rol activo en la determinación de las políticas públicas. En esta dirección, el profesor Jean Rivero ya señalaba que en un régimen democrático la administración no solo debe explicar a los ciudadanos sus decisiones, sino también permitir a estos participar en el proceso de adopción de las mismas:

"La esencia de la aspiración democrática es la adaptación máxima de gobernantes y gobernados; su realización concreta implica, finalmente, la sustitución de la expresión "ellos", con la cual el sujeto designa a los detentadores misteriosos del poder, afirmando así la heterogeneidad de su voluntad en relación con la suya, por la expresión "nosotros", que en boca del ciudadano consagra la identificación de las dos voluntades. (...) Un método más modesto y más realista en cuanto se dirige directamente al mismo administrado, es el de la explicación. En ese estadio, la autoridad, ciertamente, decide sola y sin compartir el poder, pero consciente de dirigirse a personas, es decir, a seres dotados de razón y de libertad, juzga necesario buscar la obediencia, no sólo en el respeto de su poder, sostenido en el temor a la sanción, sino en la adhesión de las inteligencias; por ello no desprecia la oportunidad de explicar los procedimientos que ha seguido, los elementos del problema, los motivos que la han llevado a preferir la solución adoptada frente a las que han sido descartadas. Tal actitud marca ya, en la vía de la democracia, un paso esencial, pues implica que, a los ojos del administrador, el administrado deja de ser una cosa a la cual impone su voluntad para transformarse en una persona.

En la práctica, la superación de ese umbral puede revestir múltiples formas: la más clásica, y la más jurídica, es la motivación de la decisión, al menos cuando esta motivación no es puramente formal; la "exposición de motivos", cuando figura en el encabezamiento de un acto reglamentario, aunque ella no esté, en principio, destinada al administrado, proviene de esta inspiración; la información, la adaptación a las relaciones administrativas de ciertas técnicas de relaciones públicas, la simple redacción de los documentos administrativos en un lenguaje accesible al ciudadano no especializado, son otras formas de la misma tendencia.

Pero existe un medio aún más eficaz para obtener la adhesión, es la explicación dada, no después, sino durante el curso de elaboración de la decisión; y se pasa así a una nueva etapa en la vía de la democracia: la de la participación. El administrado deja, entonces, de ser extraño a la preparación del acto que le concierne; entre la autoridad y él se establece un diálogo; él puede hacer valer su punto de vista, llevar al expediente los elementos que posee; simultáneamente, toma conocimiento de los datos que desconoce; así colabora en la elaboración de su propio destino. (...)

Sobre el terreno de la eficacia, es evidente que la ejecución es mucho más fácil cuando la decisión ha sido comprendida; si la autoridad se ha tomado el trabajo de explicar al hombre el por qué y el cómo de lo que le es impuesto, su libertad y su razón entrarán en juego; ellas son, para la acción, auxiliares más fecundos que la irritación o la estupidez nacida de la contemplación de un impreso redactado en una lengua aparentemente extraña.

Nada se opone, entonces, en la acción administrativa, a que se dé un lugar a ciertas formas de explicación y de participación, es decir, a ciertas formas de inspiración democrática. Formas menores, se ha dicho, pero posiblemente es necesario ser menos categórico"<sup>38</sup>.

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado al referirse al fenómeno de la democratización administrativa indicó:

"Una persona que, al tener la oportunidad de intervenir en la etapa previa de configuración de la voluntad de la administración, sin duda será más proclive a la adhesión a lo decidido por la Administración, que aquella a la que simplemente se le informa. Ello obedece al proceso de democratización de la acción administrativa, que la doctrina francesa ha liderado.

Así, el profesor Rivera subraya la importancia que reviste la explicación de los proyectos de actos administrativos antes de su expedición, pero

sobre todo la participación de las personas en el proceso de adopción de los mismos. Una y otra son formas de inspiración democrática:

(...)

El poder de decisión de la administración, o lo que tradicionalmente se ha conocido como carácter "unilateral" de su manifestación de voluntad no desaparece. La Administración en estos casos sigue teniendo en sus manos la fijación del sentido y alcance de su determinación, como también lo advierte Rivera: "la última palabra continúa en cabeza de la autoridad; ella se informa, ella informa, pero decide sola" ya que "el instrumento esencial de la acción administrativa continúa siendo, en derecho, la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el cual la autoridad competente impone su voluntad al sujeto".

Reflexiones todas atadas nada menos que a la concepción misma de la democracia<sup>39</sup>.

La participación ciudadana se encuentra, por tanto, ligada con el Derecho Administrativo moderno<sup>40</sup>, la gobernanza y el buen gobierno<sup>41</sup>. En efecto, con la evolución del Derecho Administrativo ha cambiado la relación del ciudadano con las autoridades. Así, las personas han pasado de tener un papel pasivo en el proceso de fijación de las políticas públicas, a uno activo o protagónico. Igualmente, dicha evolución ha permitido reconocer que la Administración no es autárquica, pues necesita de otras administraciones y del sector privado para el desarrollo de las políticas públicas. En otras palabras, la Administración no debe actuar de forma solitaria, sino por el contrario bajo un esquema de deliberación conjunta, interacción, coproducción o asociación con la sociedad<sup>42</sup>. En este sentido se ha señalado:

"De esta constatación, la gobernanza surge como un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, caracterizado por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos y administraciones públicas y actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Se espera que, a través de este proceso de elaboración de las políticas, fundamentado en la colaboración, el consenso y la participación de distintos actores, se mejoren los resultados y rendimientos de las políticas y, en definitiva, se garantice la gobernabilidad del sistema político "<sup>43</sup>.

La participación ciudadana fortalece además el control ciudadano y la responsabilidad de los funcionarios, aspectos que se enmarcan dentro de lo que la doctrina extranjera denomina "public accountability":

"La responsabilidad pública [public accountability] es el sello distintivo de la gobernanza democrática moderna. La democracia se quedaría en un procedimiento de papel si aquellos en el poder no son responsabilizados públicamente por sus actos y omisiones, por sus decisiones, sus políticas y sus gastos. La responsabilidad pública, como institución, por lo tanto, es el complemento de la administración pública.

(...)

La primera y principal función de la responsabilidad pública, como mecanismo institucional, por lo tanto, es el control democrático. (...) La rendición de cuentas pública, de esta forma, es una condición necesaria para el proceso democrático porque al final proporciona a los representantes políticos y votantes de los insumos necesarios para juzgar la honestidad, efectividad y eficiencia del gobierno.

Segundo, la responsabilidad pública permite mejorar la integridad del gobierno público. El carácter público de la rendición de cuentas es una salvaguarda contra la corrupción, el nepotismo, el abuso del poder y otras formas de comportamiento impropio.

(...)

La tercera función de la responsabilidad pública es mejorar la actuación. La responsabilidad pública busca fomentar el aprendizaje individual o institucional (Aucoin y Heintzman 2000: 52-4). La responsabilidad no es solamente control, sino también prevención. Las normas son (re) producidas, interiorizadas, y cuando sea necesario, ajustadas a través de la responsabilidad.

(...) Juntas, estas tres funciones dan lugar a una cuarta función de la responsabilidad pública: mantener o promover la legitimidad de la gobernanza pública. (...) La responsabilidad pública, en el sentido de transparencia, sensibilidad y respuesta, busca asegurar la confianza pública en el gobierno y cerrar la brecha entre los ciudadanos y los representantes y entre los gobernados y el gobierno "<sup>44</sup>. (traducción libre).

Para hacer realidad dicha responsabilidad pública, no es suficiente la participación electoral. Por el contrario, es necesaria la existencia de mecanismos adicionales que permitan la intervención de los ciudadanos<sup>45</sup>.

Finalmente, a través de la participación ciudadana se hacen realidad los principios de publicidad y transparencia, los cuales guían la actividad de la administración y promueven el gobierno democrático. De acuerdo con el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, el principio de transparencia implica que:

"[L]a actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal"<sup>46</sup>

En lo que respecta al principio de publicidad, la misma disposición indicó:

"En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley,

incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma".

Los principios de transparencia y publicidad constituyen un elemento fundamental para el funcionamiento del Estado Social de Derecho y de una sociedad democrática<sup>47</sup>, toda vez que permiten a los ciudadanos: i) conocer<sup>48</sup> y controlar la actividad de la administración<sup>49</sup>, ii) evitar las malas administraciones y el abuso del poder<sup>50</sup> y iii) promover la confianza y la comunicación entre la Administración y los ciudadanos<sup>51</sup>. Finalmente, hacen posible que los ciudadanos participen en la construcción de las decisiones que los afectan. Así, la Corte Constitucional ha señalado:

"Igualmente, en el Artículo 209 se determinó que toda función administrativa se debe ejecutar con base en el principio de publicidad. Esto, en concordancia con los Artículos 1º y 2º de la Constitución, de acuerdo con los cuales, el mencionado principio constituye uno de los elementos definitorios en nuestra concepción de Estado y permite el cumplimiento de uno de sus fines esenciales: "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan."(negrilla fuera del texto)<sup>52</sup>.

Teniendo en cuenta el principio de participación, es dable afirmar que el procedimiento administrativo debe permitir y facilitar la participación y diálogo entre la administración y los ciudadanos durante el proceso de adopción de los reglamentos<sup>53</sup>. De allí que deban existir procedimientos justos, accesibles y abiertos<sup>54</sup>. En esta dirección el profesor Ariño Ortiz sostiene:

"Para adoptar una decisión regulatoria, cualquiera que sea, hay que seguir determinados procedimientos formales: convenios, audiencias públicas, llamamiento a los interesados, solución de reclamaciones, control judicial final, con la cuales se va estableciendo una parte de los equilibrios necesarios. Además, hay que explicar, en foros, organismos consultivos o publicaciones de diversos tipos, la razón económica o técnica de la decisión que se pretende adoptar, razón que puede ser discutida técnicamente en los foros específicamente regulatorios o fuera de ellos"<sup>55</sup>.

La participación ciudadana en el proceso de formulación de las normas proferidas por la administración, puede adelantarse a través de distintos mecanismos<sup>56</sup>. Entre los más importantes se encuentra el de la consulta<sup>57</sup>, la cual puede surtirse a través de la publicación de un proyecto de norma y la recepción de comentarios por medio de correos electrónicos o la página web de la entidad estatal<sup>58</sup>. El mecanismo de la consulta ha sido calificado positivamente, pues, entre otros: i) promueve la participación entre diversos grupos, ii) constituye un mecanismo de control al proceso de decisión y iii) otorga legitimación a la decisión<sup>59</sup>. Asimismo, la participación de actores no estatales permite a la administración acceder a la información y experiencia que tienen dichos sujetos frente a la materia a regular<sup>60</sup>.

#### d) El principio de legalidad

Este principio, característica fundamental del Estado de Derecho, demanda que todo órgano de la administración, sin importar cuál sea su posición dentro de la estructura del Estado, someta su actuación a las normas y principios del ordenamiento jurídico<sup>61</sup>. Este principio que con el correr de los días se ha venido afinando se gestó en las grandes luchas que se dieron para, entre otras finalidades, rechazar la arbitrariedad de los poderes públicos y proteger los derechos de los ciudadanos.

Para un sector de la doctrina extranjera dicho principio se encuentra integrado por dos elementos: el principio de primacía de la ley y el de reserva de ley. El principio de primacía de la ley, si se revisa en sentido positivo se traduce en que la administración debe actuar conforme a las leyes existentes, y en sentido negativo

en el deber de no adoptar ninguna medida que las contradiga. El principio de reserva de ley, por su parte, se encuentra referido a que la administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley, es decir, va más allá que el principio de primacía de la ley si se tiene en cuenta que este prohíbe simplemente la violación de las leyes existentes, mientras que el de reserva de ley demanda la existencia de un fundamento legal para ejercer la actividad administrativa. De esta suerte, la ausencia de ley excluye la actuación administrativa por virtud del principio de reserva y no del de primacía de la ley<sup>62</sup>.

Por su parte, los profesores García de Enterría y Fernández al analizar el ámbito del principio de legalidad y su construcción técnica , estiman que pese a que la ley en sentido formal continúa enmarcando la actuación administrativa en general, lo cual podría dar lugar a estudiar dicho principio desde esta perspectiva estrictamente , como lo hace la doctrina de manera frecuente al concretar el tema de las materias reservadas a la ley; es mejor, con miras a determinar qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la regula, hablar "de principio de legalidad de la Administración haciendo general el concepto de legalidad , no referido a un tipo de norma específica , sino al ordenamiento entero, a lo que Hauriou llamaba "el bloque de legalidad" (Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres)"<sup>63</sup>.

La doctrina nacional sigue esta orientación<sup>64</sup>: Así, advierten algunos que el principio de legalidad, no debe ser reducido a los estrechos marcos del positivismo legal, es decir, a la ley en sentido estricto, si se tiene en cuenta que la legalidad debe entenderse referida a la totalidad de normas, principios y valores que integran el sistema jurídico. Este sistema constituye el bloque de legalidad en el que la ley es tan solo uno de sus componentes al que debe someterse la administración<sup>65</sup>.

La Corte Constitucional por su parte, al explicar en qué consiste el principio de legalidad estima que es un principio constitucional con una doble condición: 1) ser un principio rector del ejercicio del poder y 2) principio rector del derecho sancionador<sup>66</sup>.

Para la Corte, el principio de legalidad interpretado como principio rector del ejercicio del poder, se refiere a "que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo

desarrollan las demás reglas jurídicas <sup>67</sup>.

El principio de legalidad referido a la forma como los servidores públicos deben cumplir su función, se encuentra positivizado en la norma de normas. Así, la Constitución en el inciso 2º del artículo 123 demanda que estos la ejerzan en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. El principio de legalidad irradia igualmente la primera parte del CPACA, al señalar el artículo 1º de ese estatuto que el procedimiento administrativo tiene entre otras finalidades, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico (Ley 1437 de 2011).

De lo anterior se puede inferir que el principio de legalidad en su condición de ser un principio rector del ejercicio del poder no está referido al respeto que deben tener los servidores del Estado por una norma específica (ley) cuando ejercen las funciones que se les ha encomendado, sino al ordenamiento en su conjunto (Constitución, Ley, Decretos reglamentarios, principios del derecho, etc.). Ordenamiento al que no se puedestraer ningún funcionario del Estado.

### 1) El principio de legalidad como técnica de atribución de potestades

En un Estado de Derecho, la actividad administrativa de las autoridades es un ejercicio legítimo del poder por virtud de ser atribuido previamente por la ley, la cual lo delimita y construye. Las potestades de la Administración no se adquieren per se. Ellas se derivan de la legalidad, la cual define los límites, apodera y habilita a la administración para actuar<sup>68</sup>.

Para los profesores García de Enterría y Fernández como la legalidad atribuye potestades a la Administración, este último concepto debe comprenderse en un sentido técnico. El concepto de potestad si bien es una especie del género poderes jurídicos en sentido amplio, como lo es el derecho subjetivo, tiene unas particularidades que acrecientan sus diferencias<sup>69</sup>.

Así, la potestad no se origina en relación jurídica alguna, ni pactos, negocios jurídicos o actos o hechos singulares como sucede con los derechos subjetivos, sino que procede del ordenamiento jurídico. Tampoco recae sobre un objeto específico y determinado como en el caso de aquellos derechos, sino que tiene un carácter genérico referido a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o direcciones genéricas: No consiste en una pretensión particular, característica del derecho subjetivo, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos de la cual pueden surgir eventualmente, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas particulares<sup>70</sup>.

De esta suerte, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, por ser aquella una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos que deben soportar sobre su esfera jurídica los fortuitos efectos que produce su ejercicio. Esta sujeción puede ser ventajosa, desventajosa o indiferente, pero en ningún caso un deber o una obligación, los que, si bien eventualmente podrían surgir de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, no resultan del simple sometimiento a la potestad misma. De ahí, que no haya "frente a la potestad un sujeto obligado sino una "situación pasiva de inercia" (GIANNINI), que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio, la inexcusabilidad de soportar que tales efectos se produzcan y que eventualmente afecten a la esfera jurídica del sometido"<sup>71</sup>.

Consecuencia de este origen legal y no negocial de las potestades, se tornan "inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitárla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.)"<sup>72</sup>.

En fin, la legalidad atribuye potestades a la administración para que ejerza la acción administrativa siempre en función del interés general (artículo 209 de la C.P.). Esta orientación de la norma superior comporta de un lado, que la administración debe actuar para alcanzar ese cometido y no en su propio interés (sentido negativo). Y de otro, la administración siempre debe ejercer sus potestades cuando el interés general así lo demande (sentido positivo).

### 2) Características de la atribución de potestades

De acuerdo con los profesores García de Enterría y Fernández la atribución de potestades a la administración debe, generalmente, ser expresa y específica.

Respecto a la primera condición estiman que la exigencia de una explicitud en la atribución legal, es una consecuencia del sentido general del principio, habida cuenta que sin pronunciación o actuación de la ley (leye silente) la administración carece de poderes. Solo tiene los que la ley le atribuye. Requisito que debe matizarse "con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo"<sup>73</sup>.

En cuanto a la segunda condición que demanda especificar la potestad atribuida a la administración, encuentra justificación en el hecho de que un poder jurídico indeterminado no tiene cabida en un Estado de Derecho, pues la existencia de límites a los poderes públicos es de su propia naturaleza. Otro argumento para excluir poderes indeterminados se haya en que si existiera una competencia global y absoluta por parte de un órgano se afectaría la distribución de funciones y de competencias derivada de la organización interna de la administración, lo cual conllevaría a su destrucción<sup>74</sup>. Además, como las normas de organización interna inciden en la relación de la administración con el ciudadano, se afectaría la seguridad de quienes interactúan con ella sino se tuviera claridad sobre cuáles son los órganos y autoridades competentes en cada actuación administrativa<sup>75</sup>. Otra razón para justificar la necesidad de que toda potestad pública sea limitada descansa en la protección de la libertad de los ciudadanos que se vería afectada si las potestades de la administración no fueran concretas<sup>76</sup>, pues no habría forma de ejercer su control.

De otra parte, la atribución expresa y específica de las potestades administrativas en algunos casos se hace a través de normas que establecen una regulación minuciosa y con sujeción estricta a las mismas. En otros, la norma atribuye la potestad, pero no regula la actuación de manera detallada, sino que le permite a los órganos administrativos cierta libertad en la apreciación de los hechos para tomar la decisión.

En el primer caso se habla de una potestad reglada en la que existe un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio a juicio subjetivo alguno<sup>77</sup>. Aquí, la potestad de la administración se reduce a la constatación del supuesto de hecho contenido en la norma y a aplicar en presencia del mismo lo que aquella ha determinado de manera precisa, es decir, verificado el supuesto de hecho no le queda más remedio a la administración que aplicar la consecuencia jurídica.

En el segundo evento, la potestad es discrecional. Esta se presenta "siempre que la ley otorgue a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones conforme a su libre apreciación"<sup>78</sup>. En esta, pese a que hay una estimación subjetiva, no es extralegal. La discrecionalidad surge en virtud de la ley<sup>79</sup> y en la medida que se haya dispuesto<sup>80</sup>.

De lo anterior se advierte que esa estimación subjetiva de la administración no es total sino parcial. De allí, que la discrecionalidad entendida como libertad de apreciación no puede referirse a todos los elementos de la potestad atribuida, como quiera que contiene unos elementos reglados<sup>81</sup>.

Para los profesores García de Enterría y Fernández:

"En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y -dentro de éste un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública . Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional de un quantum, pero dentro de determinadas magnitudes, etc.). De este modo el ejercicio de toda potestad discrecional es un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora"<sup>82</sup>.

La potestad discrecional se justifica porque contribuye a que haya una buena administración al permitir que los órganos encargados de ejercer la actividad administrativa tengan más capacidad de maniobra o de apreciación para tomar las decisiones en situaciones importantes en las que es imposible al legislador precisar hasta el último detalle. Existen potestades que de por sí no dejan de ser en buena parte discretionales como, por ejemplo, la potestad reglamentaria o la organizativa

que requieren cierto margen de valoración por parte de la administración en el ejercicio de su actividad. Como señala el profesor Brewer-Carías:

"En esta forma entendida, ciertamente que la actividad discrecional de la administración es indispensable para que ésta pueda realizar sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, por lo general, se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos, para decidir u orientar su actuación"<sup>83</sup>.

#### e) El caso concreto

De acuerdo con el Departamento Administrativo de la Función Pública es necesario revisar el alcance de la obligación de publicar los proyectos de actos administrativos que expide el primer mandatario en ejercicio de la facultad reglamentaria reconocida en el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, habida cuenta que se trata de una atribución constitucional , inalienable, intransferible, inagotable, que no tiene plazo para su ejercicio y no puede ser disminuida o limitada por otro órgano .

La respuesta a esta solicitud conlleva determinar si la señalada obligación, consagrada en el artículo 8, numeral 8º de la Ley 1437 de 2011, constituye un desconocimiento o restricción a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Asimismo, exige reflexionar si este mandato legal, para el caso del Presidente, resulta ser contrario a la Constitución, y en consecuencia, sujeto a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad <sup>84</sup>.

Frente a estos dos problemas jurídicos, la Sala considera lo siguiente:

i) Como se indicó en el concepto 2291 de 14 de septiembre de 2016, el deber de publicidad que se deriva del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 es exigible a los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República. Lo anterior, teniendo en cuenta que, desde la perspectiva del sentido general del concepto de regulación, es decir, como la facultad de proferir normas jurídicas, dichos actos poseen carácter regulatorio, al tratarse de actos que tienen la calidad de norma jurídica.

ii) El hecho de que la potestad reglamentaria se pueda ejercer por el Presidente de la República en cualquier momento y que sea otorgada directamente por la Constitución no dispensa a la primera autoridad administrativa de someterse en su ejercicio a los dictados de la ley y a los principios de rango constitucional <sup>85</sup>.

En efecto, en un Estado Derecho, el ejercicio del poder debe regirse por el principio de legalidad el cual demanda que los funcionarios del

Estado actúen siempre sujetándose a la ley. Entendida esta más allá de su sentido restringido, es decir, referida a la totalidad de normas, principios y valores que integran el sistema jurídico.

Ello implica que, si una autoridad como el Presidente de la República hace uso de la potestad reglamentaria y expide un reglamento, por virtud del principio mencionado, además, de someterse a la Constitución debe sujetarse al procedimiento establecido en la ley dada la relación de jerarquía que no puede ser alterada por el reglamento. Este se encuentra subordinado absolutamente a la ley<sup>86</sup>.

Como lo señala la Corte Constitucional, "...la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional [...] sin embargo , esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador ..."<sup>87</sup>.

El hecho de existir potestades que de por sí no dejan de ser en buena parte discrecionales, como el caso de la potestad reglamentaria que requiere cierto margen de valoración por parte de la administración en el ejercicio de su actividad, no implica que la estimación subjetiva que se haga sea extralegal, como quiera que dicha discrecionalidad surge es en virtud de la ley y en la forma que se ha dispuesto. La potestad por discrecional que sea contiene unos elementos reglados.

Por lo tanto, cuando se señala que "...la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley...", no significa que en nuestro sistema jurídico el reglamento pueda apartarse de los dictados del ordenamiento jurídico.

En un Estado de Derecho no es posible desconocer el principio de legalidad. La idea anterior surge del análisis que hacen los teóricos del derecho respecto al origen legal y no negocial de las potestades públicas. Así, se advierte de la doctrina extranjera cuando trata el asunto de "el mecanismo del principio de legalidad como técnica de atribución de potestades". Los profesores García de Enterría y Fernández después de contrastar el concepto de potestad con el de derecho subjetivo, llegan a la conclusión de que el primero por ser consecuencia de origen legal y no negocial, se torna inalienable, intransmisible e irrenunciable, justamente por ser indisponible por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. Agregan también que "[e]l titular de la potestad puede ejercitárla o no, pero no puede transferirla; la propia Ley puede, a lo sumo, permitir su delegación de ejercicio (arts. 12 y 13 LPC, etc.). Las potestades son también imprescriptibles, aunque su ejercicio puede estar sometido a caducidad o decadencia. Las potestades son, en fin, inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirma. Son también insusceptibles de modificación por el titular; sólo la Ley, en que tienen su origen, puede alterarlas o extinguirlas"<sup>88</sup>.

Ahora bien, una de las manifestaciones más importantes del Estado de Derecho y del sometimiento de las autoridades a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico<sup>89</sup>, lo constituye el derecho fundamental al debido proceso, respecto al cual la Corte Constitucional ha señalado.

"El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad."<sup>90</sup>

El derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) es una garantía constitucional que busca, en el ámbito administrativo, asegurar que la actuación de la administración se adelante bajo los parámetros y requisitos dispuestos por el legislador<sup>91</sup>. A través de este principio, se protegen y garantizan los derechos y libertades de las personas, y se realizan los principios de legalidad, participación, publicidad, transparencia y seguridad jurídica, entre otros<sup>92</sup>.

En virtud de este derecho fundamental, en los actos administrativos concurren, además de elementos de carácter objetivo y subjetivo, otros de índole formal, relativos al procedimiento que debe surtirse para su expedición<sup>93</sup>. En este sentido el artículo 34 de la Ley 1437 de 2011 determina:

"Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código".

En la misma dirección, la jurisprudencia ha indicado:

"Casi todos los elementos del acto administrativo o reglamento son reglados, no así, en muchos casos, el contenido u objeto del acto, que suele tener un componente de discrecionalidad, esto es, de libre configuración por parte del funcionario u órgano que los dicta. En efecto, el elemento relacionado con la competencia formal de los órganos que expediten los actos administrativos es un elemento de tipo reglado. La ley o los reglamentos deben atribuir la competencia a los órganos públicos y no es posible pensar que, a mera discreción, un agente de la administración asuma el conocimiento y decisión de los variados negocios que resuelve el Estado.

La forma y el procedimiento también es un elemento reglado. Las leyes y los reglamentos suelen indicar claramente los trámites y el sendero obligado que deben seguirse para expedir un acto administrativo. Un agente de la administración no es libre ni autónomo para elegir en el camino qué formas y qué procedimientos sigue y cuáles otra desecha o deja de observar, sin perjuicio del principio de auto tutela administrativa

para imponerse trámites y plazos cuando la ley lo permita <sup>94</sup>.

Por consiguiente , a la luz del principio de legalidad y del derecho fundamental al debido proceso administrativo, es dable afirmar que el Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa del Estado colombiano , al expedir los actos administrativos para la cumplida ejecución de las leyes, salvo que exista norma especial, debe guiarse por el procedimiento administrativo establecido en la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). De allí, que los proyectos de acto administrativo de contenido general que busca proferir el Presidente de la República se encuentren dentro del ámbito de aplicación del numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011.

Dicho requisito no constituye una medida que limita o disminuye la potestad reglamentaria del Primer Mandatario. El Presidente de la República puede ejercer esta facultad cuando lo considere oportuno. Sin embargo, al hacerlo, además de cumplir con los límites señalados por la jurisprudencia, debe ser respetuoso del procedimiento establecido por la ley, dentro del que se encuentra la publicación previa del proyecto.

iii) La potestad reglamentar la del Presidente de la República y su sujeción a esta obligación, encuentra sustento y consonancia en una interpretación sistemática teleológica, de efecto útil y conforme con la Constitución Política<sup>95</sup>.

En efecto, son múltiples las disposiciones superiores que consagran el derecho de las personas a participar en las decisiones que las afecten y de las que se deriva el deber de las autoridades de hacer realidad dicha participación. Así, pueden mencionarse las siguientes:

a) El artículo 1º establece que nuestro país es un Estado social de derecho, organizado como una república "democrática, participativa y pluralista"<sup>96</sup>.

b) El artículo 2º consagra como uno de los fines del Estado el "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política administrativa y cultural de la Nación"<sup>97</sup>.

c) El numeral 2º del artículo 40 determina que todo ciudadano tiene derecho a tomar parte en diferentes formas de participación democrática<sup>98</sup>.

d) El artículo 79 garantiza la participación de la comunidad en las de decisiones que les afecten.<sup>99</sup>

e) El artículo 209 establece que la actividad administrativa se encuentra guiada por un conjunto de principios, dentro de los que se encuentran los relativos a la publicidad y eficacia<sup>100</sup>. A esos deben sumarse los relativos a la participación y transparencia, señalados en el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011.

Dentro de este marco, una interpretación literal y aislada del numeral 11 del artículo 189 Superior, conllevaría desconocer derechos y disposiciones de rango constitucional, tales como el principio democrático, la democracia participativa, el debido proceso administrativo y los principios de legalidad, publicidad y transparencia.

También dicha interpretación restringiría el derecho de los ciudadanos a conocer y controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente, y a participar en la toma de decisiones. Asimismo, restaría legitimidad al proceso de creación normativa<sup>101</sup>, que sería además menos efectivo e incluyente<sup>102</sup>.

Igualmente, atentaría contra la calidad normativa, pues evitaría que el primer mandatario, cuando ejerza su potestad reglamentaria, recopile información que desconoce o no tiene disponible<sup>103</sup> lo que le impediría obtener una mayor evidencia de la necesidad de promulgación del reglamento<sup>104</sup>.

iv) Frente a la obligación de publicar los proyectos específicos de regulación, debe igualmente señalarse que existe norma expresa vigente de la que resulta también dicha obligación. Así, el Decreto 270 de 2017<sup>105</sup> establece respecto de la publicidad de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del Presidente de la República, lo siguiente:

"ARTÍCULO 1º. Sustitúyase el contenido del artículo 2.1.2. 1.14 del Decreto número 1081 de 2015, por el siguiente texto:

"ARTÍCULO 2.1.2.1.14. Publicidad de los proyectos específicos de regulación expedidos con firma del Presidente de la República. Con el fin de que los ciudadanos o grupos de interés participen en el proceso de producción normativa, a través de opiniones, sugerencias o propuestas alternativas, los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del Presidente de la República deberán publicarse en la sección de Transparencia y Acceso a la Información Pública del sitio web del Ministerio o departamento administrativo que los lidere, por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

"Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que el Ministerio o el Departamento Administrativo lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación.

"PARÁGRAFO 1º. Para los efectos de este título, entiéndase como "proyecto específico de regulación " todo proyecto de acto administrativo de contenido general y abstracto que pretenda ser expedido por la autoridad competente.

"PARÁGRAFO 2º. La publicación de cada proyecto específico de regulación se hará junto con la de un Soporte Técnico.

Dicho Soporte deberá contener, como mm1mo, la siguiente información: los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican la expedición de la norma; su ámbito de aplicación y los sujetos a quienes va dirigida; un estudio preliminar sobre la viabilidad jurídica de la disposición; un estudio preliminar sobre su posible impacto económico y un estudio preliminar sobre el posible impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación, si fuere el caso.

"PARÁGRAFO 3º. Los proyectos específicos de regulación que establezcan o regulen un trámite deberán publicarse junto con la Manifestación de Impacto Regulatorio a que se refiere el artículo 39 del Decreto-ley número 019 de 2012 "".

v) Finalmente, es acorde con el principio de juridicidad, que en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República deba cumplirse con el mandato del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011, pues esta norma se refiere de forma general a las autoridades administrativas, sin hacer distinción entre ellas.

Ahora bien, la obligación del Presidente de la República de publicar el proyecto específico de regulación no es absoluta. Así, frente a las excepciones aplicables, vale la pena recordar lo señalado por la Sala en el concepto 2291:

"e) Excepciones y límites a la obligación de publicar los "proyectos específicos de regulación"

Es importante señalar que el artículo 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011 no estableció en forma expresa excepciones particulares a la obligación de publicidad y consulta, tal como sí ocurre en el caso español o estadounidense.

Sin embargo, lo anterior no implica que el deber de informar y consultar al público antes de expedir el acto deba entenderse de forma absoluta, en tanto que no aplicará, como se desprende del artículo 2º del CPACA, en procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

Tampoco aplicará el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 en los casos en que exista ley especial frente a la materia, en atención a lo dispuesto por el artículo 2 de la misma ley "

Igualmente, el referido Decreto 270 de 2017 establece las excepciones a la obligación de publicación en los siguientes términos:

"Artículo 6. Adíquese el artículo 2.1.2.1.24 al Decreto 1081 de 2015, el cual tendrá el siguiente texto:

"ARTÍCULO 2.1.2.1.24. Excepciones al deber de publicar proyectos de regulación. De conformidad con lo previsto en el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011, la publicación a que se refieren los artículos 2.1.2.1.14 y 2.1.2.1.23 de este Decreto no aplica en los siguientes casos:

"1. Cuando se trate de procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas.

"2. En los casos de reserva o clasificación de la información señalados por la Constitución y la Ley, incluidos los previstos en las Leyes 1712 de 2014 y 1755 de 2015.

"3. En los demás casos expresamente señalados en la ley".

De esta suerte, atendiendo lo dispuesto por los artículos 189, numeral 4º de la Constitución<sup>106</sup>, 2º de la Ley 1437 de 2011 y 2.1.2.1.24 del Decreto número 1081 de 2015, cuando sea necesario adoptar medidas de aplicación inmediata dirigidas a evitar o remediar afectaciones al orden público<sup>107</sup>, esto es, a la defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad<sup>108</sup> y circulación de cosas y personas, puede el Presidente de la República no publicar el proyecto atendiendo reglas de ponderación.

Tampoco deberá cumplir con la publicación del proyecto en los casos de reserva o clasificación de la información establecidos por la Constitución Política y la ley, o cuando exista norma especial al respecto. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, estarían exentos los proyectos de regulación relativos a: a) la defensa y seguridad nacional; b) la seguridad pública; c) las relaciones internacionales, y d) la estabilidad macroeconómica y financiera del país<sup>109</sup>.

Adicionalmente, y dentro del marco de las normas citadas, el Presidente de la República puede abstenerse de publicar el proyecto específico de regulación cuando sea necesario proteger derechos fundamentales 110 inmersos en situaciones de urgencia e inmediatez, análisis que debe hacerse en cada caso. En este evento, su justificación y motivación reforzada deberá corresponder a razones de interés general.

En forma adicional, se observa que el término de publicación consagrado en el artículo 2.1 .2.1.14 del Decreto número 1081 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 270 de 2017, puede ser inferior a los 15 días calendario, cuando existan razones que así lo justifiquen.

En suma, sometido a un nuevo examen el asunto relacionado con la obligación de publicar los proyectos específicos de regulación, consagrada en el numeral 8º del artículo 8º de la Ley 1437 de 2011 , como parte del procedimiento para expedir actos administrativos , así sean proferidos

por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11), la Sala no encuentra fundamento constitucional, legal, doctrinal, ni jurisprudencia<sup>111</sup> que le permita arribar a una conclusión diferente a la señalada en el concepto 2291 de 14 de septiembre de 2016 , con las aclaraciones expuestas sobre las excepciones y limitaciones al deber de publicidad .

La obligación contenida en el referido artículo 8°, además de encontrar plena justificación en una interpretación sistemática de la Constitución Política, constituye una herramienta fundamental para materializar el principio democrático y la democracia participativa <sup>111</sup> que nuestra Carta establece, y de esta forma contar con una administración más abierta y transparente, y por tanto más democrática y eficaz para atender las necesidades de los ciudadanos <sup>112</sup>.

En mérito de lo anterior,

La Sala RESPONDE:

1. "A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que indica que la facultad reglamentaria del Presidente de la Repùblica se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo, es irrenunciable, autónoma y no puede ser disminuida o limitada por otro órgano, respetuosamente solicitamos que se revise el alcance de la obligación de publicar los actos administrativos que expida el Presidente de la Repùblica en ejercicio de dicha facultad reglamentaria ".

Revisado de nuevo el concepto 2291 de 2016 , la Sala ratifica que los proyectos de actos administrativos de carácter general que busque expedir el Presidente de la Repùblica , originados en el ejercicio de su potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política), se encuentren acordes con la obligación de publicidad consagrada en el numeral 8° del artículo 8° de la Ley 1437 de 2011, y por lo tanto, se reiteran las consideraciones expuestas en el concepto 2291 del 14 de septiembre de 2016 .

Al primer mandatario, como máxima autoridad administrativa, le corresponde dar cumplimiento al procedimiento establecido por la ley para la promulgación de los actos administrativos. La obligación de publicar el proyecto específico de regulación hace parte de dicho procedimiento.

Adicionalmente, la potestad reglamentaria del Presidente de la Repùblica y su sujeción a esta obligación, encuentra sustento y consonancia en una interpretación sistemática, teleológica, de efecto útil y conforme con la Constitución Política. En concepto de esta Sala, su acatamiento es consonante con el respeto de derechos y disposiciones de rango constitucional, tales como el principio democrático, la democracia participativa, el debido proceso administrativo y los principios de legalidad, publicidad y transparencia. Igualmente, su desconocimiento implicaría restringir el derecho de los ciudadanos a conocer y controlar el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la Repùblica, y a participar en la toma de decisiones. Asimismo, se limitaría la legitimidad del proceso de creación normativa.

En todo caso, la obligación del Presidente de la Repùblica de publicar el proyecto específico de regulación no es absoluta. En virtud de lo dispuesto por los artículos 189, numeral 4° de la Constitución, 2° de la Ley 1437 de 2011 y 2.1.2.1.24 del Decreto número 1081 de 2015, cuando sea necesario adoptar medidas de aplicación inmediata dirigidas a vitar o remediar afectaciones al orden pub esto es, a la defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de cosas y personas, no es necesario que el Presidente de la Repùblica publique el proyecto específico de regulación.

Tampoco deberá cumplir con la publicación del proyecto en los casos de reserva o clasificación de la información establecidos por la Constitución Política y la ley, o cuando exista norma especial al respecto. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 19 de la Ley 1712 de 2014, estarían exentos los proyectos de regulación relativos a: a) la defensa y seguridad nacional; b) la seguridad pública; e) las relaciones internacionales, y d) la estabilidad macroeconómica y financiera del país.

Adicionalmente, y dentro del marco de las normas citadas, el Presidente de la Repùblica puede abstenerse de publicar el proyecto específico de regulación cuando sea necesario proteger derechos fundamentales inmersos en situaciones de urgencia e inmediatez, análisis que debe hacerse en cada caso. En este evento, su justificación y motivación reforzada deberá corresponder a razones de interés general, según las consideraciones expuestas.

En forma adicional, se observa que el término de publicación consagrado en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto número 1081 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 270 de 2017, puede ser inferior a los 15 días calendario, cuando existan razones que así lo justifiquen.

Remítase al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la Repùblica.

Consejero de Estado (Aclaración de voto)

EDGAF GONZÁLEZ LÓPEZ

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

(ACLARACIÓN DE VOTO)

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

**NOTAS DE PIE DE PAGINA**

1 Respecto a esta característica, la entidad consultante cita las siguientes referencias jurisprudenciales: "6. Ahora bien, la potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley. Sin embargo, esta facultad no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley, es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley (...)" . Corte Constitucional. Sentencia del 30 de enero de 1997, C-028; "La potestad reglamentaria puede ser desarrollada por el Presidente de la República en cualquier momento, pues la Constitución no fija plazo perentorio para su ejercicio. De ahí que la Corte haya afirmado que "La potestad reglamentaria se caracteriza por ser una atribución constitucional inalienable, intransferible, inagotable, pues no tiene plazo y puede ejercerse en cualquier tiempo y, es irrenunciable, por cuanto es un atributo indispensable para la que la Administración cumpla con su función de ejecución de la ley." En muchas ocasiones del contenido mismo de la ley se desprende la necesidad del reglamento, pues aparece claro que algunas materias genéricamente normadas en ella deben ser especificadas por la autoridad administrativa que ha de ejecutarla. Pero en otras el legislador en el mismo ordenamiento le recuerda al Ejecutivo este deber en relación con aspectos puntuales y precisos, lo cual no infringe la Constitución (...)" . Corte Constitucional. Sentencia del 5 de mayo de 1999, C-302.

2 Frente a las características de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, la entidad consultante cita las siguientes decisiones del Consejo de Estado: 11001032600019990001201 (16230) del 14 de agosto de 2008, 11001-03-26-000-2008-00060 -00 (2174-12) del 12 de marzo de 2015; 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223) del 16 de abril de 2015, 11001-03-26-000-2014 -00054-00 (21025) del 10 de septiembre de 2015; 11001-03-24-000-2013-00018-00 del 18 de febrero de 2016 y 11001-03-06-000-2013-00193-00 (2143) del 18 de junio de 2014.

3 "La regulación, por tanto, incluiría todas las formas de autoridad legal" (traducción libre). Martin Lodge y Kai Wegrich, *Managing Regulation*, Palgrave macmillan, 2012, p. 15. "La regulación es comúnmente entendida como una forma de actividad gubernamental, pero el término "regulación" ha sido definido en un número de formas (...) pero es tal vez útil pensar en la palabra regulación siendo utilizada en los siguientes sentidos: Como un conjunto específico de órdenes - donde la regulación envuelve la promulgación de una serie de reglas obligatorias que deben ser aplicadas por un cuerpo dedicado a ese propósito" (traducción libre). Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding regulation*, second edition, Oxford University Press, 2012, pp 2-3. "Para la doctrina jurídica, la regulación es comúnmente un instrumento jurídico, Para algunos es la combinación de todos los tipos de normas - legislación primaria, secundaria y terciaria - mientras que para otros está limitada a legislación secundaria" (traducción libre). Levi-Faour, ob. cit., p. 3. Desde el punto de vista de la doctrina nacional, Ibañez Najar señala una postura en el mismo sentido: "La potestad reguladora es aquella atribuida por la Constitución Política a diferentes autoridades para que mediante actos administrativos normativos, de carácter general, impersonal y abstracto, sea con sujeción a las reglas generales que señale el legislador o con sujeción directamente a lo que determine la misma Constitución Política, se cree por primera vez el ordenamiento jurídico en aquellas materias en las cuales el Constituyente considera que debiendo existir regulación ella no deba ser de carácter legislativo". Jorge Enrique Ibañez Najar, *La regulación y la reglamentación en Colombia*, en Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 872-873.

4 Corte Constitucional. Sentencia del 30 de junio de 2005, C-675/05.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: "El vocablo "regulación" suele ser utilizado en el lenguaje cotidiano como sinónimo de "legislación", "reglamentación " o "normatividad", tendencia que se explica por el hecho de que esa es precisamente una de las acepciones más difundidas en nuestro lenguaje cotidiano, sin ser desde luego la única. En efecto, según lo enseña el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la palabra "regulación" evoca en términos generales la acción y el efecto de "regular", expresión que según su sentido más usual significa "Determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo". Podría afirmarse entonces, en sentido lato, esto es, haciendo referencia abstracta a los distintos ámbitos de la acción estatal, que la acción de "regular" comprende y describe todos los procesos de elaboración o producción de normas jurídicas encaminadas a ordenar la vida en comunidad, mediante la definición de las reglas a las cuales han de someterse los sujetos tanto públicos como privados en el contexto de sus relaciones mutuas y en el ámbito de su actividad personal o institucional. Percibido desde esta perspectiva, el vocablo "regular" evoca en suma la idea de "producción de normas jurídicas """. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de abril de 2009, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00123-01.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de febrero de 2014, Radicación número: 25000-23-27-000-2007 -00120-02(18456).

7 "La regulación impone este compromiso a los operadores que están dentro del mercado a través de medios jurídicos ". Gérard Marcou, Introducción, en Derecho de la Regulación, los servicios públicos y la integración regional (Gérard Marcou y Franck Moderne dirs.), Tomo II, Editorial Universidad del Rosario, L'Harmattan, 2011, p. 18. "Por eso, se ha dicho que: "[l]a noción jurídica de regulación es, ciertamente, un poco flexible. Sin embargo, incluye necesariamente varios elementos: La regulación supone la imposición de un marco normativo a ciertas actividades, con el fin de que éstas respeten un equilibrio entre los intereses de las diferentes fuerzas sociales presentes, los derechos de los ciudadanos y el interés general. Este marco normativo está compuesto de decisiones con efectos generales, las cuales constituyen las reglas de juego, cuya aplicación puede ser objeto de controles y controversias que den lugar a decisiones con efectos individuales, por ejemplo, a sanciones. Así mismo, diferentes autoridades administrativas independientes pueden detentar las funciones descritas anteriormente, es decir, la creación de la norma, su aplicación y la eventual represión de las infracciones"". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

8 "En la actualidad la regulación ha adquirido un significado mucho más amplio, que comprende potestades normativas, ejecutivas y de resolución de conflictos que el ordenamiento atribuye a las administraciones públicas, para disciplinar un determinado sector de la economía, velando por los intereses públicos específicas comprometidos". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03; Hugo Alberto Marín Hernández, "Norma regulatoria": ¿mito o realidad?, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 3, 2009, pp. 56-57.

9 "Sin embargo, precisa ahora la Sala que la regulación no es una norma propiamente dicha -como lo sugirieron las sentencias C-272 de 1998 y, sobre todo, C-1162 de 2000-, aunque se exprese normalmente a través de ella. En realidad, la regulación es una parte de la función pública moderna, concretamente de la función administrativa, que expresa la particular preocupación estatal por la orientación de un sector económico especial -en este caso la televisión-, en un mercado en el cual se desenvuelve y por los actores de ese círculo económico. La regulación, entonces, constituye una tarea especial a cargo del Estado, que demanda la realización de múltiples actividades, y la adopción de decisiones y políticas que bien pueden expresarse: i) en actividades materiales puras y simples del organismo regulador, ii) en actos administrativos generales, puros y simples que expide el mismo organismo, iii) en reglamentos. iv) e, incluso, en actos administrativos particulares, todos ellos aplicables a determinados operadores de los servicios públicos. (...) Cuando se ejercen ese conjunto de facultades no puede negarse que se actúa en ejercicio de la función regulatoria, de manera que de allí no puede seguirse que esta actividad sólo pueda realizarse a través de normas generales, pues este criterio desconocería que a través de decisiones particulares también se orienta un sector económico como la televisión, regulándose el mismo". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de octubre de 2014, Radicación número: 11001-03-26-000-2008-00087-00(35853). "Adicionalmente, la regulación es una actividad continua que comprende el seguimiento de la evolución del sector correspondiente y que implica la adopción de diversos tipos de decisiones y actos adecuados tanto a orientar la dinámica del sector hacia los fines que la justifican en cada caso como a permitir el flujo de actividad socio-económica respectivo. La función de regulación usualmente exige de la concurrencia de, a lo menos, dos ramas del poder público y es ejercida de manera continua por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal, según el caso, para desarrollar su misión institucional y cuyo ámbito de competencia comprende distintos tipos de facultades ". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

10 Entre las más importantes se encuentran las facultades de los numerales 1 y 2 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994: "Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán, además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: 74 .1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.

a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...) 74.2 De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico: a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.". Los literales a) de los numerales 74.1 y 74.2 fueron declarados exequibles por la sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2013. Igualmente, en el caso de la Comisión de Regulación de Comunicaciones el numeral 2º del artículo 22 de la Ley 1341 de 2009 señala: "Son funciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones las siguientes: (...) 2. Promover y regular la libre competencia para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, y prevenir conductas desleales y prácticas comerciales restrictivas, mediante regulaciones de carácter general o medidas particulares, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de los proveedores, previamente se haya determinado la existencia de una falla en el mercado."

11 "Como una deliberada influencia del Estado - donde la regulación tiene un sentido más amplio y cubre todas las acciones estatales que están diseñadas para influir el comportamiento empresarial y social. Por lo tanto, regímenes basados en órdenes cabrían dentro de este uso, pero también una gama de otros modos de influencia - por ejemplo, aquellas basadas en el uso de incentivos económicos (por ejemplo, impuestos o subsidios); poderes contractuales; despliegue de recursos; franquicias; el suministro de información, u otras técnicas " (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 3. "La regulación en general es una forma de intervención gubernamental en la actividad económica y de interferencia en el trabajo del sistema de libre mercado. De acuerdo con algunas posturas, la regulación es sinónimo de intervención gubernamental en la vida económica y social" (traducción libre). Imd A. Moosa. Good Regulation, Bad Regulation. The Anatomy of Financial Regulation. Palgrave Macmillan, 2015, p. 1. Véase igualmente Daniel F. Spulber, Regulation and Markets, The MIT Press, 1989, p. 37.

12 "Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones ; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado , de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones ; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reorienta sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin". Corte Constitucional. Sentencia del 25 de febrero de 2003, C-150/03.

13 Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Granada, 2004, p. 655.

14 "Por su parte, si la expresión "proyectos específicos de regulación" se determina a la luz del sentido general del término regulación, debe concluirse que dichos proyectos hacen referencia a la propuesta de norma jurídica que busca expedir la autoridad administrativa, sin que se limite o restrinja únicamente a la regulación económica-social.

A juicio de la Sala, esta aproximación es la que debe acogerse, pues: i) es coherente y hace efectivo el principio democrático y la democracia participativa que acoge la Constitución de 1991, ii) está acorde con una interpretación sistemática de otras normas del ordenamiento nacional, iii) materializa los principios de transparencia , publicidad, participación, eficacia y seguridad jurídica que guían la actividad administrativa , iv) es afín con los conceptos de gobernanza y buen gobierno , y v) permite mejorar la calidad regulatoria en Colombia , tal como a continuación pasa a explicarse".

15 "Los Decretos con fuerza de Ley, son aquellos proferidos por el Presidente que tienen la naturaleza o connotación de ley, pues se expiden en ejercicio de funciones legislativas excepcionales. De tal manera, que esta clase de actos tienen la misma jerarquía de una ley expedida por el Congreso de la República. (...) De esta clasificación, se colige entonces, que tanto los decretos legislativos, al igual que los decretos-leyes hacen parte de aquellos decretos llamados con fuerza de Ley, pues en ellos el Presidente actúa como legislador extraordinario, por tanto, que el control judicial de tales actos sea ejercido por la Corte Constitucional. (...) Por Decretos Legislativos se entienden, aquellos por medio de los cuales el Presidente de la Repùblica declara los estados de excepción, previstos en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución Política". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto del 11 de diciembre de 2007, Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00205-00(16546). "Así , respecto de la competencia de la Corte Constitucional para decidir la constitucionalidad formal y material de un decreto declaratorio de estado de excepción , se basa en que: (i) el decreto declaratorio de estado de excepción es un decreto legislativo por denominación constitucional , ya que el propio artículo 241.7 superior nombra como tal los decretos dictados con fundamento en los artículos 212 , 213 y 215 superiores sin excluir a los declaratorios que, evidentemente , también se expiden con apoyo en tales prescripciones (...)" . Corte Constitucional. Sentencia del 7 de febrero de 2012, C-049/12. Véase igualmente: Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo, 18<sup>a</sup>. edición, Editorial Temis, 2013, pp. 427-458.

16 Frente este punto la doctrina ha indicado: "Por consiguiente , si de distinguir reglamento de regulación se trata , resulta menester señalar que esta última constituye la función encomendada , por autonomía y entre otros órganos del Estado, a las comisiones de regulación de los servicios públicos domiciliarios ; sin embargo , dicha actividad no debe confundirse con los instrumentos normativos por medio de los cuales , en ocasiones , se manifiesta; la regulación no es, entonces, una norma o una fuente de derecho propiamente dicha -aunque se valga de varias fuentes de derecho para expresarse por medio de ellas-; no cabe, por tanto , preconizar la existencia de una "norma regulatoria" o de un "acto regulatorio"; sí es posible, en cambio, sostener que resulta admisible y necesaria la expedición de reglamentos administrativos o de actos administrativos en ejercicio de la función de regulación o, en otros términos, que la actividad regulatoria incluye, entre sus modalidades de actuación, una de las antes referidas especies de la potestad reglamentaria . (...)" . Marín Hernández, ob. cit., p. 58.

17 "Así pues, la facultad reglamentar la no es absoluta, pues tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y es por ello que el Ejecutivo al ejercerla no puede alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley, ni puede reglamentar leyes que no ejecuta la administración, como tampoco puede desarrollar aquellas materias cuyo contenido está reservado al legislador". Corte Constitucional. Sentencia del 27 de mayo de 2009, C-372/09. "La potestad de reglamentar las leyes, de que trata el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que se ha confiado al Presidente de la Repùblica, tiene la limitación de que no es posible modificar, ampliar, adicionar, enervar ni suprimir, por esa vía, disposiciones que el legislador ha consagrado, pues el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 23 de febrero de 2012, Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00041-00(17891).

18 "Para el tema de la participación ciudadana en la Administración ... existe hoy una especial sensibilidad: «participación» es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo; hay una verdadera Partizipationeuphorie ha dicho Schmitt-Glaeser, una «ideología de la participación» (Chevalier)." . (...) Las técnicas de participación eran, en realidad, varias y complejas, y hoy tienden a desarrollarse aún más. Contribuye a ello, por una parte, la conciencia de la necesidad de una interiorización (o acercamiento, al menos) del poder en la sociedad, sustituyendo la antigua separación entre sociedad y Estado, que fue base de la construcción liberal, por una ósmosis recíproca (Forsthoff). En segundo término, y como un desarrollo de lo anterior, la exigencia de (...) de sacar a la luz la Arkanverwaltung, los arcana principis, en donde se rompe la identidad entre gobernantes y gobernados, que es el gran dogma democrático y social contemporáneo. Finalmente, la conveniencia,

como técnica elemental de eficiencia, de complementar, si no sustituir, la tradición de la Administración autoritaria con una Administración participada o concertada. (...). En este sentido, la idea de una participación de los administrados en los procesos de decisión parece capaz no sólo de disminuir las disfunciones organizativas y burocráticas, sino también de obtener un nuevo consenso, una legitimidad nueva (Chavelier) que permita superar la crisis actual del mando autoritario, generalizada a todas las esferas; constituye, así, la ideología participativa un verdadero contrapunto al desarrollo de los sistemas burocráticos". (negrilla fuera de texto). Eduardo García de Enterria y Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo 11, 9<sup>a</sup> edición. Thomson Civitas, 2004, pp. 83, 85. Los mismos autores identifican varias formas de participación del ciudadano en la Administración, entre estas se encuentra la denominada "participación funcional", respecto a la cual señalan: "Aquí el ciudadano, sin dejar de serlo, adopta una posición puramente individual de colaborador de la Administración. Destacaremos entre estas fórmulas participativas: a) Participación en informaciones públicas. La Administración hace público un proyecto determinado y suscita de manera explícita una invitación a los ciudadanos para que lo enjuicien y lo valoren y la sometan sus proposiciones sobre el mismo con anterioridad a su aprobación definitiva. Es así un procedimiento de suscitar la formulación de demandas sociales sobre la materia de que se trate, de tantear de manera previa los posibles intereses que puedan resultar afectados, la previsión de aceptaciones o de repulsas que pueda suscitar un proyecto, el conocimiento de eventuales alternativas que puedan aparecer como preferibles. No es infrecuente la institucionalización de esta técnica: en materia de formulación de anteproyectos de Reglamentos estatales [art. 24. 1 e LGO] y de Ordenanzas y Reglamentos Locales (art. 49 LRL), de elaboración y aprobación de Planes de urbanismo e instrumentos complementarios (arts. 116, 125 y correlativos del Reglamento de Planteamiento urbanístico de 1978), de aprobación de Presupuestos Locales (art. 150 LHL), etc. El art. 86 LPC regula un procedimiento común de información pública." (negrilla fuera del texto) Ibídem, p. 91.

19 "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio , los gobiernos deberán : a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente ; b} Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente , por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan ; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas". Ley 21 de 1991, artículo 6°.

20 "De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades". Ley 99 de 1993, artículo 76.

21 "Procedimiento especial para la adopción de acuerdos. Para la adopción de los actos de carácter general que sean de competencia de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión , deberá seguirse siempre el siguiente procedimiento : a) La Junta Directiva deberá comunicar a través de medios de comunicación de amplia difusión la materia que se propone reglamentar ; b) Se concederá un término no mayor de dos (2) meses a los interesados, para que presenten las observaciones que consideren pertinentes sobre el tema materia de regulación; c) Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en la información disponible , se adoptará la reglamentación que se estime más conveniente; d) Dicha reglamentación será comunicada de la manera prevista por la Ley 58 de 1985 o en las normas que la modifiquen o sustituyan". Ley 182 de 1995, artículo 13.

22 "Instancias de concertación y consulta. El alcalde distrital o municipal, a través de las oficinas de planeación o de la dependencia que haga sus veces, será responsable de coordinar la formulación oportuna del proyecto del plan de Ordenamiento Territorial, y de someterlo a consideración del Consejo de Gobierno. En todo caso, antes de la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo distrital o municipal, se surtirán los trámites de concertación interinstitucional y consulta ciudadana, de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) Parágrafo. La consulta democrática deberá garantizarse en todas las fases del plan de ordenamiento, incluyendo el diagnóstico, las bases para su formulación, el seguimiento y la evaluación". Ley 388 de 1997, artículo 24.

23 "Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: a) Convocar a audiencias públicas; b) Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana; c) Difundir y promover los derechos de los ciudadanos respecto del correcto funcionamiento de la Administración Pública; d) Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos; e) Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan; f) Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa ". Ley 489 de 1998, artículo 32. "Cuando la administración lo considere conveniente y oportuno, se podrán convocar a audiencias públicas en las cuales se discutirán aspectos relacionados con la formulación, ejecución o evaluación de políticas y programas a cargo de la entidad, y en especial cuando esté de por medio la afectación de derechos o intereses colectivos. Las comunidades y las organizaciones podrán solicitar la realización de audiencias públicas, sin que la solicitud o las conclusiones de las audiencias tengan carácter vinculante para la administración. En todo caso, se explicarán a dichas organizaciones las razones de la decisión adoptada. En el acto de convocatoria a la audiencia, la institución respectiva definirá la metodología que será utilizada". Ley 489 de 1998, artículo 33.

24 "De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos. Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna. La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al

proceso de selección. Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración. Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos". Ley 1150 de 2007, artículo 8º.

25 Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...) 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública".

26 "Derechos y deberes de los consumidores y usuarios. Se tendrán como derechos y deberes generales de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de los que les reconozcan leyes especiales, los siguientes: 1.8. Derecho a la participación: Organizarse y asociarse para proteger sus derechos e intereses, elegir a sus representantes, participar y ser oídos por quienes cumplan funciones públicas en el estudio de las decisiones legales y administrativas que les conciernen, así como a obtener respuesta a sus peticiones". Ley 1480 de 2011, artículo 3º.

27 "El objeto de la presente ley es promover, proteger y garantizar modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, y así mismo a controlar el poder político. La presente ley regula la iniciativa popular y normativa ante las corporaciones públicas, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, el plebiscito y el cabildo abierto; y establece las normas fundamentales por las que se regirá la participación democrática de las organizaciones civiles. La regulación de estos mecanismos no impedirá el desarrollo de otras formas de participación democrática en la vida política, económica, social y cultural, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta ley". Ley 1757 de 2015, artículo 1º.

28 "El artículo 1º C.P., que prefigura ese modelo estatal, indica que está organizado de modo democrático y participativo, valores que actúan de manera coordinada en la justificación y validez del ejercicio del poder político. En tal sentido la Corte ha considerado que la participación democrática es uno de los pilares del constitucionalismo colombiano, en tanto permite que el Pueblo, titular del poder soberano, incida, desde una perspectiva material, en la definición de las distintas políticas estatales, sin perjuicio del carácter expansivo de la democracia participativa a otras esferas de la vida social". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de junio de 2011, C-490/11.

29 "El derecho a que la ciudadanía se involucre en la toma de decisiones que, tanto en el ámbito público como privado, resultan relevantes para el desarrollo de la vida en comunidad tiene fundamento en el principio democrático -artículo 1º de la Constitución-, que a su vez nutre de contenido al carácter participativo del Estado colombiano, tal y como también es definido por el artículo 1º de la Constitución. A dichos parámetros de construcción e interpretación del ordenamiento jurídico debe sumarse el artículo 2º de la Constitución, que define como un fin esencial del Estado colombiano facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten. Cuando el fin esencial previsto en el artículo 2º de la Constitución se manifiesta de forma concreta adquiere el carácter de derecho fundamental de los miembros de la comunidad, en tanto es reflejo y desarrollo de situaciones en donde aspectos relativos a su dignidad humana se ven involucrados. Se resalta que el deber constitucional de involucrar a la comunidad en el proceso de decisión de los asuntos que la afecten no se circunscribe al campo de la participación electoral". (negrilla fuera del texto). Corte Constitucional. Sentencia del 11 de marzo de 2014, C-133/14.

30. Corte Constitucional. Sentencia del 22 de abril de 2013, T-245/13. "En todas esas normas es clara la voluntad del Constituyente en el sentido de facilitar, estimular y aun hacer forzosa en algunos casos la presencia activa de los gobernados en los distintos campos, adoptando decisiones, presentando fórmulas, tomando posiciones en asuntos de interés público y en la búsqueda de soluciones para sus problemas y necesidades". Corte Constitucional. Sentencia del 23 de enero de 1996, C-021/96.

31 "Democratización de la Administración Pública. Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: 1. Convocar a audiencias públicas. 2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana. 3. Difundir y promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos. 4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos. 5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan. 6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa".

32 "La democracia es definida como el derecho de los ciudadanos a influir proporcionalmente sobre las decisiones colectivas que los afectan - una norma comúnmente llamada "el principio de todos los afectados (o todos los intereses afectados) ". (Traducción libre). Mark E Warren. Accountability and democracy, en The Oxford Handbook of Public Accountability. Oxford University Press. 2016, p. 40.

33 "El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no sólo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluya en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores ". Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 3ª

edición, Tomo 11, 2004, p. 396.

34 "Lo anterior deja ver que la participación va estrechamente ligada al principio democrático , pues como se señaló en precedencia , la obligatoriedad de estos principios no está supeditada a expresiones netamente electorales , sino que resulta aplicable a todas relaciones sociales , pues "la concurrencia de las personas en las decisiones que los afectan no solo se inscribe en el ejercicio de las libertades públicas, sino que constituye una responsabilidad de los asociados en el marco del ejercicio democrático del poder político". Corte Constitucional. Sentencia del 9 de marzo de 2016, C- 126/ 16.

35 "Por lo tanto, la democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio". Ibídem.

36 "Sin embargo, no se puede desconocer que el mencionado principio no comprende simplemente la consagración de mecanismos para la toma de decisiones electorales, como referendos o consultas populares, sino que implica adicionalmente que los ciudadanos cuenten con la facultad de participación en los procesos decisivos no electorales que afectan su vida. Buscando de esta forma fortalecer los lazos que unen al ciudadano con sus representantes, para promover una participación más equilibrada en la que no se avizore ningún escenario de desigualdad". Ibídem. "Entre nosotros es verdad averiguada que la Constitución de 1991 supuso una transformación radical en esta materia, al re-introducir al ciudadano en el esquema de las grandes decisiones que le conciernen. Tal y como ha señalado la jurisprudencia constitucional, la participación democrática no se reduce a la esfera simplemente electoral, sino que trasciende este importante ámbito para extenderse al de la intervención ciudadana en la configuración del destino común. Entraña ello un replanteamiento del rol del ciudadano y su contribución a la construcción colectiva del porvenir de todos (preámbulo, arts. 1, 2, 3, 40 y 95.5 CN). Esta óptica desborda los tradicionales mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía (voto, plebiscito, referendo, consulta popular, cabildo abierto, iniciativa legislativa y revocatoria del mandato de que trata el artículo 103 Constitucional) y supone un redimensionamiento del papel ciudadano en la toma de decisiones significativas que le conciernen, para que pueda intervenir directamente en las mismas. (...) Y el fortalecimiento de la democracia participativa sería incompleto sino se abrieran espacios para la participación ciudadana en la acción de la Administración. Este principio constitucional, a la vez derecho (art. 40 CN) y deber ciudadano (art. 95.5 Ibid.), en tanto universal y expansivo también informa esta faceta del poder público. Al fin y al cabo, la Administración a diario adopta decisiones que en muchas ocasiones afectan más el curso de la vida de los ciudadanos, que las lejanas y menos numerosas determinaciones del legislador. Apertura participativa que contribuye, además, a la construcción de un Estado de Derecho más sólido e incluyente. Es el salto de la democracia como exclusivamente un "modo de designación del poder" a ser además un "modo de ejercicio del poder". (negrillas fuera del texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223). Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 12 de marzo de 2002, C-179/02.

37 "La democracia participativa constituye una alternativa entre la democracia directa y la representativa, que toma fundamento en la noción de soberanía popular por oposición a la de soberanía nacional que sirve de soporte al modelo de democracia representativa. (...) La democracia participativa supone la existencia de mecanismos de participación del pueblo, que revisten diversas modalidades". Ibídem.

38 Jean Rivero, Paginas de Derecho Administrativo, (Libardo Rodríguez (Dir.)), Editorial Temis S.A., Universidad del Rosario, 2002, pp. 92-93, 99-100.

39 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00044-00(31223).

40 "El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. 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. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración, sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales". Jaime Rodríguez Arana, La Dimensión Ética de la Función Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, pp. 113-114.

41 "La palabra española «gobernanza» comienza a utilizarse ampliamente a partir del año 2001, con la publicación del Libro blanco sobre la gobernanza europea (CCE 2001). El libro propone recuperar ese antiguo término castellano para referirse a un concepto cuyo desarrollo inicial se produce en idioma inglés: good governance. Otras posibles traducciones para este mismo concepto, que tienen la ventaja de pertenecer al lenguaje corriente, son las expresiones «buena administración» y «buen gobierno». Agustín E. Ferrara. Reinventando el Estado. Por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, p. 80. ""El buen gobierno, la buena administración, animan a contar con la presencia y participación real de la ciudadanía, de toda la ciudadanía, evitando que las fórmulas cerradas que proceden de las ideologías de este nombre expulsen de su consideración determinados sectores sociales por no ser proclives o favorables a sus orientaciones. (...) Por eso, la determinación de los objetivos de las políticas públicas debe realizarse desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura, así como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia y, por ello, ocupa un lugar sobresaliente entre los parámetros centrales del buen gobierno y de la buena administración. Una actuación pública que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo político, sino que las nuevas políticas públicas reclaman la práctica de la participación como método. En efecto, tratar la participación como método es hablar de la apertura del gobierno y la administración pública que la quiere practicar hacia la sociedad (...) Las

actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación de los proyectos, de las propuestas" (resaltado fuera del texto). Jaime Rodríguez Arana. La Administración pública en España (1913-2013). Grupo Editorial Ibañez. 2017, pp. 194-195.

42 "Se denomina gobernanza en sentido estricto o "nueva gobernanza", moderna, al proceso en el que la definición del sentido de dirección de la sociedad , de las actividades para realizar los objetivos (resolver problemas , enfrentar desafíos , crear futuros de valía}, de las formas de organizarse y del modo como se distribuirán los costos y beneficios ya no es ni puede ser obra exclusiva del gobierno , considerado como actor único o dominante , sino que es el resultado de la deliberación conjunta - interacción - interdependencia - coproducción - corresponsabilidad - cogobierno - asociación entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales. A lo largo del proceso de la decisión directiva y de su implementación los gobiernos y las organizaciones juegan roles cambiantes con acoplamientos en las negociaciones según la naturaleza de los problemas, sus relaciones internas y las circunstancias sociales". Luís F. Aguilar, Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, 2010, pp. 41-42.

43 Cristina Zurbrigge, Gobernanza: una mirada desde América Latina, Perfiles Latinoamericanos No. 38, Julio/Diciembre 2011, p. 40.

Management. Oxford Press. 2005, pp. 182, 192-193.

45 "En las democracias, la participación electoral es el vehículo principal para hacer responsables frente a los ciudadanos, a quienes fijan las políticas públicas. Sin embargo, han estado creciendo las críticas que solamente la participación electoral no satisface plenamente este propósito y se ha señalado que son necesarios canales adicionales y directos de participación ciudadana en materia de responsabilidad". (Traducción libre). Badil Damgaard y Jenny M. Lewis. Accountability and citizen participation, en the Oxford Handbook of Public Accountability. Oxford University Press, 2014, p. 258.

46 Ley 1437 de 2011, artículo 3º. Este principio fue también definido por el artículo 3º de la Ley 1712 de 2014, en el cual se señaló: "Principio de transparencia. Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia, de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley". Por su parte, la doctrina ha señalado: "Transparencia significa dejar ver, y transparencia de los órganos del poder significa consiguientemente, no sólo la publicidad de todos y cada uno de sus actos formales y definitivos, sino la de los supuestos, condiciones, procedimientos y expedientes empleados para producirlos." (negrilla fuera del texto). Mario Roberto Molano López, Transformación de la Función Administrativa, Colección Profesores 37, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, pp. 62-63.

47 "En esta dirección ha señalado la Corte Constitucional: "La publicidad de las funciones públicas (C.P. art. 209), es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de derecho; sin ella, sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales." Corte Constitucional, Sentencia del 5 de febrero de 1996, C-038/96. "Con este propósito , el principio de publicidad se ha estructurado como un elemento trascendental del Estado Social de Derecho y de los regímenes democráticos, ya que mediante el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, y de las razones de hecho y de derecho que les sirven de fundamento , se garantiza la imparcialidad y la transparencia de las decisiones adoptadas por las autoridades , alejándose de cualquier actuación oculta o arbitaria contraria a los principios , mandatos y reglas que gobiernan la función pública". Corte Constitucional. Sentencia del 13 de agosto de 2002, C-64 1/02. Véase igualmente: Corte Constitucional. Sentencia del 9 de mayo de 2013, C-274/ 13, Bojan Bugaric, Openness and Transparency in Public Administration: Challenges for Public Law, Vol. 22, No. 3, p. 493-494. Frederick Schauer, Transparency in Three Dimensions' Definitional Preliminaries, University of Illinois Law Review, No. 4, 2011, p.1349. Albert Meijer. Transparency, en the Oxford Handbook of Public Accountability. Oxford University Press. 2014, p. 507.

48 "Dentro del contexto del Estado de derecho, este principio es importante y aun trascendental, e implica que por regla general la actividad de la administración deba ser pública, clara y transparente: se niega la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en una actuación administrativa. " Santofimio Gamboa, ob. cit., p. 78.

49 "[E]l principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder". Corte Constitucional. Sentencia del 6 de septiembre de 2005, C- 929/05.

50 Bugaric, ob. cit., p. 494.

51 Schauer, ob. cit., pp. 1344-1345.

52 Corte Constitucional. Sentencia del 10 de febrero de 2016, T-051/16. Véase igualmente: Lindsay Stirton & Martín Lodge, Transparency Mechanisms: Building Publicness into Public Services, Journal of Law and Society, Vol. 28, No. 4, 2001, p. 476. Lene Johannessen, Jonathan Klaaren, Justine White, A Motivation for Legislation on Access to Information, The South African Law Journal, Vol. 112, No. 1, 1995, p. 47.

53 "Pero el procedimiento de tercera generación se preocupa también por la elaboración de normas reglamentarias , tales como la elaboración del planeamiento territorial y urbanístico con una participación y diálogo entre Administraciones y el público más intenso y efectivo; la elaboración de las circulares de un organismo regulador en materia de telecomunicaciones , en una forma más participada o con una iniciativa mayor en manos de los operadores para hacer propuestas; la elaboración de documentos de Derecho indicativo o "softlaw" (manuales,

recomendaciones, vademécum , revisión por pares, etc.); reglas de representatividad de los sujetos privados dentro de la autorregulación cuando elaboran normas técnicas ; etcétera.

-Son numerosas, y en ocasiones más relevantes , las fórmulas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones , tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas para identificar las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.". Javier Barnes, Tres generaciones de procedimiento administrativo, en Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa (Pedro Aberastury y Hermann-Josef Blanke eds.), Eudeba; Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 145-146.

54 "La base del argumento del debido proceso es que el apoyo público es merecido porque el regulador usa procedimientos que son justos, accesibles y abiertos. Por lo tanto, la atención es puesta en la equidad, justicia y consistencia en el tratamiento, pero también en los niveles de participación que las decisiones regulatorias y el proceso de política permiten al público, consumidores y otras partes afectadas. La razón subyacente de dicho argumento es que una adecuada influencia democrática sobre la regulación es asegurada a través del debido proceso observado y que esta influencia tiene un efecto legitimante". (traducción libre). Baldwin, Cave y Lodge, ob. cit., p. 29.

55 Ariño Ortiz, ob. cit., p. 669.

56 Entre los distintos mecanismos identificados por la doctrina para permitir la participación del público se encuentra el denominado en inglés "notice-and comment", el cual se aplica en los Estados Unidos en el proceso de promulgación de normas de la administración federal. A través de este mecanismo se logra tanto informar como consultar al público respecto de las propuestas de normas. Un segundo mecanismo es el denominado en inglés "negotiated rule making". Bajo esta modalidad se establece un foro de discusión directo entre representantes de la sociedad y el gobierno. El propósito es alcanzar un consenso respecto a la regla propuesta. Asimismo, se caracteriza porque las discusiones se encuentran abiertas al público. Aunque no se alcance el consenso, esta regla le permite al gobierno mejorar la calidad de la regulación a través de la discusión de asuntos técnicos. Igualmente, promueve la confianza entre la administración y los administrados. Finalmente, un tercer mecanismo es el denominado "policy dialogue", en virtud del cual se establece una mesa de discusión entre diferentes grupos de interés que dialogan con el propósito de discutir un asunto en el que tienen un interés mutuo. En este sistema se reconoce que las personas pueden tener una posición diferente frente a un mismo problema. Alberto Alemanno, Stakeholder engagement in regulatory policy, en Regulatory Policy in Perspective". A reader's companion to the OECD regulatory policy Outlook, 2015, p. 127.

57 "La etapa del proceso de elaboración de la política que tradicionalmente acoge a la mayoría de los mecanismos de participación de personas interesadas es la de preparación y diseño de la política. Habiéndose establecido la existencia de un problema que justifica una acción política, quienes elaboran la política trabajan en un primer borrador de propuesta que se somete a escrutinio público con el propósito de obtener información y comentarios de las personas interesadas. Aunque la forma en que los aportes externos son canalizados dentro de la preparación de la política varían dependiendo del mecanismo, este generalmente consiste en un mecanismo de consulta". (traducción libre) Ibídem, 121.

58 "Usualmente la consulta toma la forma de un proyecto legislativo en la página web del ministerio o departamento y permite el envío de comentarios a través de correo electrónico o una forma en la red. Muchos países están usando ahora portales web centralizados del gobierno para hacer que todas las consultas estén disponibles en un solo lugar". (traducción libre). Ibídem, p. 125.

59 "Consulta: Existe un acuerdo casi universal de que la consulta es una "cosa buena". Cuatro razones han sido tradicionalmente resaltadas. Se ha dicho que la consulta mejora la evidencia base para la toma de la decisión regulatoria. Segundo, la consulta promueve la participación entre diversas personas interesadas. Tercero, la consulta es una forma para controlar la toma de la decisión (...) Finalmente, la consulta es también considerada crucial para avanzar en la legitimidad en la toma de la decisión". (Traducción libre). Martin Lodge, Trends and challenges in regulation and regulatory policy, en Regulatory policy in perspective. A reader's companion to the OECD regulatory policy outlook 2015, 2015, p. 25. "La consulta eficaz es una consideración clave para garantizar que los intereses de ciudadanos y empresas se tomen en cuenta al desarrollar y diseñar regulaciones. La consulta mejora la efectividad de las regulaciones mediante el uso de la información que entidades reguladas aportan sobre sus probables impactos. Poner a consideración los problemas y las posibles deficiencias aumenta el compromiso de los interesados y promueve una mayor probabilidad de cumplimiento. El efecto positivo de una mayor transparencia y del compromiso de los actores no se limita a las regulaciones, sino que también se aplica al desarrollo y cumplimiento de políticas y programas". OCDE, Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa, OECD Publishing, 2014, p. 90. "Es esencial que el Sistema regulatorio sea transparente para establecer un ambiente regulatorio estable y accesible que promueva la competencia, el comercio, y la inversión, y ayude a proteger de la indebida influencia de intereses especiales. La transparencia refuerza la legitimidad y la justicia del proceso regulatorio. Envuelve un rango amplio de prácticas, incluyendo procesos estandarizados para hacer y reformar regulaciones, consulta con las partes interesadas, lenguaje sencillo en la redacción, publicación y codificación". (Traducción libre). OECD, Regulatory Policy in Chile: Government Capacity to Ensure High-Quality Regulation, OECD Reviews of Regulatory Reform, OECD Publishing, 2016, p. 84.

60 "El modelo de nueva gobernanza implica un aumento en la participación de los actores no estatales, pues desafía la suposición convencional de que los poderes regulatorios de las agencias administrativas están basados en su conocimiento, información y experiencia superior. El incremento de la participación de los actores privados en la esfera regulatoria los distintos niveles y etapas de los procesos legales - legislación, promulgación de reglas, implementación de políticas, y ejecución - y mejora la capacidad de los ciudadanos para participar en la vida política". (Traducción libre). Orly Lobel, New Governance as regulatory governance, en the Oxford Handbook of Governance. Oxford University Press, 2012, pp. 66-67.

61 José Esteve Pardo. Lesiones de Derecho Administrativo, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 100.

62 Hartmut Maurer. Derecho Administrativo. Parte General, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 149-150.

63 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Curso de derecho Administrativo I, Civitas. Madrid, 2002, pp. 436-437.

64 Para el profesor Rodríguez "al hablar de principio de legalidad se está haciendo referencia a la ley, tomado este concepto en el sentido general según el cual se identifica con el concepto de derecho". Libardo Rodríguez. Derecho Administrativo General y colombiano. Tomo I. Vigésima edición. Bogotá, Editorial Temis S.A. 2017, p. 105.

65 Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tratado de derecho Administrativo. Introducción. Bogotá, Universidad Externado, 2004, pp. 365-368

66 Corte Constitucional. Sentencia del 5 de junio de 2001, C-710/01.

67 Ibid.

68 García de Enterría y Fernández (2002), ob. cit., p. 443.

69 Ibid.

70. Ibid, pp. 443-444.

71. Ibid. p. 444.

72. Ibid. p. 445

73. Ibid. p. 450.

74 Ibid. p. 451.

75 Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo. 9<sup>a</sup> edición, Editorial Tecnos, 2013, p. 226.

76 García de Enterría y Fernández (2002), ob. cit., p. 453.

77 Ibid. p. 455.

78 Allan R. Brewer-Carias. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen V, Civitas, Navarra, 2013, p.221.

79 De acuerdo con el profesor Maurer "La discrecionalidad concierne a la consecuencia jurídica de una regulación legal. Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto de hecho legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole a tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto, a si la Administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuáles, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección)". Maurer, ob. cit., p. 167.

80 García de Enterría y Fernández, ob. cit., p. 456.

81 Ibid.

82 Ibid. pp. 456-457.

83. Brewer-Carías, ob. cit., p.220.

84 "La excepción de inconstitucionalidad es una expresión del principio de supremacía constitucional, que, en términos generales, parte de la premisa de que la Constitución es norma de normas y que, por ende, sus disposiciones deben prevalecer cuando se presente incompatibilidad con la ley u otra disposición normativa, tal como lo prevé el artículo 4 de la Carta Política. (...) Entonces, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad, los jueces, las autoridades administrativas e incluso los particulares pueden abstenerse de aplicar una norma en un caso concreto, cuando esta resulte abiertamente opuesta o incompatible con un precepto constitucional. La Corte Constitucional ha señalado que la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad está condicionada al cumplimiento de dos requisitos : (i) que la norma no hubiere sido examinada en sede de control abstracto de constitucionalidad o que dicho control se hubiere realizado respecto de cargos diferentes a los que sirven de sustento a la excepción de inconstitucionalidad y (ii) que la contradicción o incompatibilidad de la disposición normativa con la Carta Política resulte manifiesta , evidente, de tal manera que se advierta prima facie su inconstitucionalidad ". CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-26-000-2017 - 00088-00(59535) A.

85 Como el de participación democrática analizado en apartes anteriores.

86 Sánchez Morón, ob. cit., p. 200.

87 Corte Constitucional. Sentencia del 30 de enero de 1997, C-028/97.

88 García de Enterría y Fernández (2002), ob. cit., p. 445.

89 "El Estado de Derecho implica entonces, necesariamente, la limitación del poder del Estado por el derecho. Por consiguiente, en un Estado de Derecho los actos de éste son realizados en su totalidad de conformidad con el orden jurídico. Por ende, el Estado de Derecho constituye un orden coactivo de la conducta humana.

Así entonces, en el Estado de Derecho se parte de la base de que quien gobierna es la ley y no los hombres; y lógicamente todos los órganos del Estado, así como el gobernante deben estar sujetos al derecho. La ley del Estado de Derecho proviene de la manifestación de la voluntad general, por consiguiente, exclusivamente la libertad de los hombres puede verse limitada a través de la ley". Corte Constitucional. Sentencia del 3 de mayo de 2007, C-319/07.

90. Corte Constitucional. Sentencia del 1º de febrero de 2017, C-044/17.

91. "Entonces, en el ámbito de las actuaciones administrativas , el derecho fundamental objeto de estudio en el presente acápite ha sido denominado por la jurisprudencia y la doctrina, como debido proceso administrativo , que hace referencia a la aplicación de los procedimientos legalmente establecidos por parte de las entidades del Estado, en el curso de cualquier actuación administrativa, con el propósito de garantizar los derechos de las personas que puedan resultar afectadas por las decisiones de la administración.

(...)

En virtud de lo expuesto, el debido proceso administrativo impone a las entidades del Estado adelantar cualquier actuación o procedimiento administrativo, cuyo propósito sea crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas, con la estricta observancia de los lineamientos previamente consagrados por el legislador, esto con el objeto de garantizar a los ciudadanos que puedan verse afectados por el ejercicio de la función pública, la protección de sus derechos de contradicción y defensa". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 19 de julio de 2018. Radicación número: 23001-23-33-000-2014-00081-01(0453-17).

92. "En suma, el derecho al debido proceso administrativo ha sido consagrado como la garantía constitucional que tiene toda persona a un proceso justo que se desarrolle con observancia de los requisitos impuestos por el legislador, de tal forma que se garantice la validez de las actuaciones de la administración, la seguridad jurídica y el derecho de defensa de los administrados". Corte Constitucional. Sentencia del 26 de junio de 2014, T-104/ 14. "La Corte Constitucional, se ha ocupado en numerosas ocasiones del concepto y finalidad del debido proceso administrativo. Sostiene que consiste en el respeto de las formas previamente definidas en punto de las actuaciones que se surtan ante las autoridades públicas, salvaguardando en todas sus etapas los principios de contradicción e imparcialidad.

Lo anterior significa, en criterio de esa misma Corporación, que toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, con el fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas o caprichosas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

En este contexto, la Sala reitera que la violación al derecho fundamental en comento se presenta, fundamentalmente, cuando las autoridades competentes pretermiten o limitan injustificadamente las garantías establecidas por el ordenamiento para que las personas sean escuchadas. Infracción que se constata en cada caso concreto, teniendo en cuenta el marco de referencia constitucional y las normas especiales que regulen la materia". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de agosto de 2018. Radicación número: 47001- 23-31-000-1998-01143-01 (37935) A.

93 "El acto administrativo, como expresión de la voluntad administrativa unilateral encaminada a producir efectos jurídicos a nivel general y/o particular y concreto , se forma por la concurrencia de elementos de tipo subjetivo (órgano competente) , objetivo (presupuestos de hecho a partir de un contenido en el que se identifique objeto, causa, motivo y finalidad , y elementos esenciales referidos a la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa) y formal (procedimiento de expedición) .

Sin tales elementos el acto no sería tal y adolecería de vicios de formación generadores de invalidez, que afectan su legalidad". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de octubre de 2017. Radicación número: 11001-03-27-000-2013 -00007-00 (19950).

94 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 10 de septiembre de 2015. Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

95 "Pero pese a la validez prima facie de las normas legales sobre la interpretación legal y constitucional, lo cierto es que en la medida en que la Constitución posee una serie de principios, valores y derechos fundamentales que irradian todo el ordenamiento jurídico, las leyes no se pueden aplicar en su sentido natural y obvio, si el contenido de dichas leyes desconoce el núcleo esencial de esos principios, valores y derechos constitucionales. Esto es lo que se denomina como interpretación conforme, principio que se apoya en la llamada constitucionalización del derecho". Javier Tamayo Jaramillo. La decisión judicial. Biblioteca Jurídica Diké. 2011, p. 665.

96 "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades Concepto 2409 de 2019 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

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".

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

98 "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática ".

99 "La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

100 "Este principio guía el comportamiento de la administración, constituye una herramienta para alcanzar los fines del Estado y le impone a las autoridades la obligación de atender las necesidades de los ciudadanos y adoptar las acciones necesarias para alcanzar la materialización de sus derechos. Por consiguiente, no pueden estas asumir una actitud pasiva o estática ante situaciones que afecten negativamente los derechos e intereses de la ciudadanía. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de septiembre de 2016. Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00066 -00 (2291).

101 "Como resultado de este cambio, un proceso de comunicación, consulta y compromiso que permita la participación pública de las personas interesadas en las diferentes fases del ciclo regulatorio de gobierno (OECD, 2011) es percibido de forma creciente no solo como fundamental para el entendimiento de las necesidades de los ciudadanos y otras personas interesadas sino también para mejorar la confianza en el gobierno. Es de hecho reconocido que tomar decisiones sin apoyo público puede llevar a la confrontación, disputas, alteraciones, boicots, desconfianza e insatisfacción pública (Rowe y Frewer, 2004). Mientras que las razones que respaldan la participación de las personas interesadas varían entre los países, su meta es, por un lado, ayudar a quienes elaboran las políticas a recolectar más información y recursos, promoviendo por tanto la evidencia que sirve de base a las regulaciones (aporte de legitimación) y, por el otro, a incrementar el cumplimiento y, eventualmente, hacer más legítimo el resultado del proceso regulatorio". Alemanno, ob. cit., p. 117.

102 "La participación de las personas interesadas es un fenómeno que se origina de la intersección de esfuerzos nacionales en materia de reformas regulatorias dirigidos a promover una elaboración de políticas más efectiva con iniciativas de gobierno abierto (democracia participativa) cuyo objetivo es promover un proceso de elaboración de políticas más transparente e incluyente. Como tal, pertenece a una tendencia más amplia de "democracia experimental" y complementa la elaboración tradicional de políticas parlamentarias y administrativas (Dorf y Sabel, 1998). La aparición de las personas interesadas ha sido descrita como parte de un movimiento más amplio de "gobierno" a "gobernanza", en el cual las formas verticales y jerárquicas están dando paso a estructuras de elaboración de políticas más horizontales y cooperativas ". (traducción libre). Ibídem.

103 Daniel P. Selmi, The Contract Transformation in Land Use Regulation, Stanford Law Review, Vol. 63, 2011 , pp. 638-639 .

104 "En particular, los creadores de las políticas parecen creer que para decidir si la intervención del gobierno es realmente necesaria en un área determinada y qué tipo de soluciones sería la más apropiada, deben reunir y analizar tanta información, incluyendo la experiencia científica, como sea posible. Sin embargo, es obvio que los gobiernos no pueden tener toda la información disponible, y necesitan usar contribuciones de usuarios y partes interesadas. Los beneficios de la participación de las partes interesadas se extiende también más allá de la fase de recopilación de la información. Involucrar a las partes interesadas en el proceso de determinación de las políticas puede informar a los reguladores de dificultades, ineficiencias, y soluciones que hasta el momento no hayan sido tomadas en consideración. Además, la participación pública incrementa la probabilidad de cumplimiento por medio de la construcción de la legitimidad dentro del proceso de propuestas regulatorias y puede por tanto mejorar el efecto de regulación y reducir el costo de ejecución (OECD, 2009b). Puede también llevar a incrementar la creatividad y la innovación en las políticas, pues personas interesadas por fuera del gobierno son más propensas a salir con soluciones tradicionales. Finalmente, las partes interesadas a quien la regulación potencial impactará directamente probablemente aportarán mejores aportes para valorar este efecto potencial" (traducción libre). Alemanno, ob. cit., p. 122.

105 Por el cual se modifica y se adiciona el Decreto número 1081 de 2015, Decreto Único Reglamentario de la Presidencia de la República, en relación con la participación de los ciudadanos o grupos de interesados en la elaboración de proyectos específicos de regulación.

106 "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 4. Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado ".

107 Sobre este tema resulta pertinente: "En Sentencia C-802 de 2002, la Corte Constitucional afirmó que el orden público se refiere a las "condiciones necesarias para el desenvolvimiento armónico y pacífico de las relaciones sociales y, en consecuencia, para la realización de los derechos y el cumplimiento de los deberes correlativos. El orden público es un supuesto de la pacífica convivencia, es el escenario de desenvolvimiento normal de las relaciones entre el poder y la libertad. De allí que el concepto de orden público se ligue siempre a las condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad requeridas para el despliegue de la vida en comunidad y para la afirmación de sus miembros como seres libres y responsables"". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de agosto de 2010. Radicación número: 25000-23 - 15-000-2010-00493-01 (PI).

108 "En diferentes ocasiones la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los conceptos de seguridad y salubridad públicas, lo cuales han sido tratados como parte del concepto de orden público. Uno y Presidente de la República no publicar el proyecto atendiendo reglas de ponderación.

otro lo constituyen las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad. Su contenido general implica, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de octubre de 2009. Radicación número: 19001-23-31-000-2005-00067-01 (AP).

109 Artículo 19. información exceptuada por daño a los intereses públicos. Es toda aquella información pública reservada , cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito en las siguientes circunstancias, siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional : a) La defensa y seguridad nacional; b) La seguridad pública; c) Las relaciones internacionales ; d) La prevención , investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias , mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso; e) El debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales; f) La administración efectiva de la justicia ; g) Los derechos de la infancia y la adolescencia ; h) La estabilidad macroeconómica y financiera del país; i) La salud pública".

110 Frente a la inaplicación de normas por violación a los derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha señalado: "La Corte Constitucional ha establecido como criterios que han de ser tenidos en cuenta para inaplicar normas. los siguientes: (1) que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución, y (2) que la norma claramente comprometa derechos fundamentales. 6. La excepción se debe aplicar cuando se presenten las siguientes condiciones, las cuales deben ser objeto de motivación en un acto administrativo: i. Que se constate que la aplicación de las normas administrativas o legales amenaza o impide la protección de los derechos constitucionales. ii. Que no existe vía alternativa igualmente eficaz para remover el obstáculo en el momento necesario. iii. Que se deduce claramente de la Constitución la necesidad de garantizar un derecho constitucional, en este caso el goce efectivo del derecho a la salud, siempre que el obstáculo normativo para avanzar en su sea (sic) materialización específicamente señalado ". Corte Constitucional. Auto del 30 de enero de 2009, Auto 035/09.

111 "En suma, puede afirmarse que la aplicación de los principios democráticos a las diferentes esferas de la actuación pública y privada es, en realidad, una exigencia constitucional. De esta manera, en lo que interesa al presente estudio, la obligatoriedad de crear mecanismos de participación de los administrados en toda clase de decisiones de la administración pública - mecanismos que carecen de vinculación directa con los partidos políticos o con procesos electorales , sino que, por el contrario , reflejan una intervención de la persona en el campo de lo público, esto es, en asuntos de interés general - es una consecuencia de la consagración constitucional del principio de participación democrática y de la democracia participativa ." Jorge Enrique Santos Rodríguez. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana: instrumentos para la paz desde el derecho administrativo, en La constitucionalización del Derecho Administrativo. Tomo 11 (Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (editores), Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 494.

112 "Ahora bien, una administración abierta a la participación de los ciudadanos, que sea capaz de tener en cuenta sus opiniones antes de decidir es, sin duda, una administración más democrática y normalmente más eficaz, si por eficacia se entiende la adecuación de la acción administrativa a las demandas sociales y no sólo la agilidad o rapidez de tramitación de los procedimientos". Miguel Sánchez Morón, ob. cit., p. 83.

---

*Fecha y hora de creación: 2026-01-30 10:57:41*