

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

ERIKA CASTRO BUITRAGO

LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.
*Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa,
tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia.*

**Tesis presentada para obtener el grado de
Doctor bajo la dirección del Profesor
Dr. D. JORGE AGUDO GONZÁLEZ**

**Madrid, España
2015**

AGRADECIMIENTOS

Un sincero agradecimiento al Dr. D. Jorge Agudo González, director de este trabajo de tesis y mi maestro durante estos años. Agradezco en especial su apoyo y ánimo a continuar esta investigación a pesar de la dificultad que representó la distancia. De igual manera, quiero agradecer a Iván por comprender mis ausencias y apoyarme como mi fiel compañero de vida.

De igual manera quiero agradecer a Gloria Amparo Rodríguez, Sergio Estrada, Francisco Pinilla, Eduardo García, Mauricio Bocanument, Héctor Santaella, Andrés Contreras, Mario A. Álvarez, Fernando Peláez, Milena Montoya, y Ana María Rabe todos ellos profesores y amigos que me orientaron con sus recomendaciones, conocimientos y experiencia. También a Lili, mi querida hermana, por su ayuda incondicional y a todas aquellas personas –amigos, conocidos, familiares- que en algún momento de este proceso académico fueron confidentes y cómplices.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	8
INTRODUCCIÓN	10
I. INTERÉS POR EL ESTUDIO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	10
II. BREVE CONTEXTO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN ESTADO-SOCIEDAD. PLURALISMO Y “SOCIEDAD DEL RIESGO”: RETOS PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	12
III. CUESTIONES METODOLÓGICAS	25
PRIMERA PARTE	35
CAPÍTULO PRIMERO. FORMALISMO JURÍDICO Y CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS DIFICULTADES DE SU ESTUDIO DESDE EL FORMALISMO JURÍDICO TRADICIONAL	35
A. INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICA OBJETO DE ANÁLISIS	35
I. EL FORMALISMO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX	49
II. EL FORMALISMO JURÍDICO DEL SIGLO XX Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO	60
B. CRISIS DEL FORMALISMO JURÍDICO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	68
I. CRÍTICA AL FORMALISMO JURÍDICO DESDE EL NEOCONSTITUCIONALISMO	74
II. LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA	82
C. INFLUENCIA DEL FORMALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO	95
CAPÍTULO SEGUNDO. GOBERNANZA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO ENFOQUE DOGMÁTICO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	104
A. LA GOBERNANZA Y SUS APORTES PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. ESPECIAL MENCIÓN AL SECTOR DE REFERENCIA DEL DERECHO AMBIENTAL	112
I. BREVE CONTEXTO DEL ORIGEN DEL CONCEPTO DE GOBERNANZA	114
II. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA EN LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES: "LA BUENA GOBERNANZA"	118

III. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA EN LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL	124
IV. EL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE GOBERNANZA.....	131
B. LA FUNCIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO OBJETO DE UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO.....	141
I. BREVE REVISIÓN DOCTRINAL SOBRE EL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO MARCO TEÓRICO DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA....	144
II. ESTADO SOCIAL DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	151
III. ESPECIAL REFERENCIA A LA FUNCIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO	160
C. REVISIÓN DE LAS FUNCIONES DEL CONCEPTO DOGMÁTICO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA GOBERNANZA, EL CRITERIO TELEOLÓGICO Y EL DERECHO AMBIENTAL	168
D. LAS FUNCIONES DOGMÁTICAS DE EXPLICAR Y DESCRIBIR LA REALIDAD EN EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	172
I. ESTUDIO DE FIGURAS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL EN EJECUCIÓN DE LAS DIFERENTES MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.....	174
1. ACTIVIDAD DE POLICÍA	176
2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO	187
3. ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO	191
II. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL REPASO DE LAS PRÁCTICAS PARTICIPATIVAS.....	193
E. LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DE ORDENAR LA REALIDAD EN EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.....	194
F. A MODO DE SÍNTESIS: LA APORTACIÓN DE LA GOBERNANZA AL PROCESO DE RENOVACIÓN DOGMÁTICA	202
CAPÍTULO TERCERO. LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.....	209
A. ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LAS FORMAS JURÍDICAS: LA ACTIVIDAD MATERIAL.....	212
I. PREMISA: DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD MATERIAL DE ACUERDO CON LA CONCEPCIÓN AMPLIA O ESTRICTA DE ACTO ADMINISTRATIVO.....	214
II. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD MATERIAL Y LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO.	216

1. LA INFORMALIDAD COMO ACTUACIÓN QUE PUEDE SURGIR INDEPENDIEMENTE DE UN ACTO JURÍDICO-PÚBLICO.	221
2. LA ACTUACIÓN INFORMAL NO SE MANIFIESTA POR MEDIO DE LOS ACTOS JURÍDICO-PÚBLICOS TRADICIONALES Y NO SE CONCRETA EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADO	225
3. LA INFORMALIDAD ESTÁ ORDENADA A LA CONSECUCCIÓN DE UN FIN JURÍDICO PÚBLICO.....	229
4. LA INFORMALIDAD ES EJERCIDA POR LAS MISMAS AUTORIDADES COMPETENTES DE EJECUTAR LAS FUNCIONES RELACIONADAS CON EL FIN JURÍDICO-PÚBLICO QUE PERSIGUE LA ACTIVIDAD FORMAL.	231
5. LA ACTUACIÓN INFORMAL PUEDE SER INTERNA O EXTERNA.	233
B. LOS CONCEPTOS DE TIPO Y RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS COMO INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS PARA EL ESTUDIO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN	237
C. EL TIPO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	242
I. LOS FINES DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN EN EL SECTOR DE REFERENCIA DEL DERECHO AMBIENTAL.	243
II. LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN AMBIENTAL A PARTIR DEL ESTUDIO DE LAS ESCALAS DE RESPONSABILIDAD.....	245
III. LAS RELACIONES JURÍDICAS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN.....	249
IV. PARÁMETROS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN.....	257
1. VINCULACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.	260
2. LA LEGITIMIDAD FORMAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.....	268
D. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DE BUENA GOBERNANZA COMO PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN.....	272
I. ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN Y PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN.	272
II. PRINCIPIOS DE LA BUENA GOBERNANZA Y PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN.	277
1. PREMISA: LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO PARÁMETROS QUE INFORMAN TODO EL PROCESO DE ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN.....	282

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	310
3. PRINCIPIO DE EFICACIA	316
4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS	323
5. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA	330
III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: SOBRE LOS PARÁMETROS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN Y SU CONTROL. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACTUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.....	344
SEGUNDA PARTE.....	350
CAPÍTULO CUARTO. ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN EN MATERIA DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE EN COLOMBIA (ESTUDIO DE CASO).....	350
A. MARCO POLÍTICO DE LA CONCERTACIÓN INFORMAL EN PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE	357
I. PARTICIPACIÓN Y GOBERNANZA EN LAS ESTRATEGIAS Y MECANISMOS DE LAS POLÍTICAS DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE	364
II. BALANCE DE LA PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS PPML Y PPYCS EN COLOMBIA	370
B. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS CONVENIOS DE PML Y GUÍAS AMBIENTALES	379
I. CONVENIOS DE CONCERTACIÓN DE PML.....	379
II. GUÍAS AMBIENTALES O DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA	383
III. LOS PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL EJERCICIO DE LOS CONVENIOS DE CONCERTACIÓN DE PML Y LAS GUÍAS AMBIENTALES	387
C. ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS Y GUÍAS DE PML COMO ACTUACIONES INFORMALES DE CONCERTACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO Y DEL ENFOQUE DOGMÁTICO PROPUESTO	392
I. LOS CONTRATOS ESTATALES Y LOS PROCESOS DE CONCERTACIÓN INFORMAL DE LA PPYCS....	393
II. SOBRE LA COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA FORMULACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE MECANISMOS DE CONCERTACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL	404
1. OBJETO DE LOS CONVENIOS DE CONCERTACIÓN PML O AGENDAS AMBIENTALES Y GUÍAS AMBIENTALES	409
2. PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA O AGENDAS AMBIENTALES, Y GUÍAS AMBIENTALES.....	418

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN SOBRE LOS MECANISMOS DE PML COMO ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN	424
CONCLUSIONES.	428
BIBLIOGRAFÍA	438
ANEXOS	508
- CUADRO 3. MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL.....	510
-CUADRO 4. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE CONSULTA PREVIA .	512
- CUADRO 5. PRINCIPIOS Y REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA EL EJERCICIO DE PROCESOS PARTICIPATIVOS	527

ABREVIATURAS

AAI	Autorización Ambiental Integrada
AFDA	Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo
AMVA	Área Metropolitana del Valle de Aburrá
ANDI	Asociación Nacional de Industriales
APL	Acuerdos de Producción Limpia (Chile)
CAM	Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena
CAR	Corporaciones Autónomas Regionales
CAR	Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca
CDB	Convenio de Diversidad Biológica
CEE	Comunidad Económica Europea
CEO	Corporación Empresarial de Oriente Antioqueño
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CERES	Coalition for Environmentally Responsible Economies
CNA	Consejo Nacional Ambiental
CNPML	Centro Nacional de Producción más Limpia – Consejo Nacional de Producción Más Limpia
CNRNR	Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente
COM	Comisión Europea
COMIS	Comité Interinstitucional de Producción Limpia
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
COP	Conferencia de las Partes
CORANTIOQUIA	Corporación Autónoma Regional para el Centro de Antioquia
CORNARE	Corporación Autónoma Regional para el Río Negro y Nare
CORPOCESAR	Corporación Autónoma Regional del Cesar
CORPOGUAJIRA	Corporación Autónoma Regional de la Guajira
CP	Constitución Política
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo
CPS	Consumo y Producción Sostenible
CSR Europe	Programa de Responsabilidad Social Corporativa Europea
DDHH	Derechos Humanos
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
GRI	Guías para la elaboración de memorias de sostenibilidad
IDEAM	Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales
IEF	Foro de Intercambio de Información
IFI	Instituto de Fomento Industrial
MAVDT	Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial
MADS	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
MdE	Memorandos de Entendimiento
MMA	Ministerio del Medio Ambiente
MTD	Mejores Técnicas Disponibles
OCDE	La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organizaciones no gubernamentales
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa
PCIC	Prevención y Control Integrado de la Contaminación
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas

PML	Producción Más Limpia
PND	Plan Nacional de Desarrollo
PNN	Parques Nacionales Naturales
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
PPML	Política Nacional de Producción más limpia
PPyCS	Política Nacional de Producción y Consumo Sostenible
PREAD	Programa de Excelencia Ambiental Distrital
PyCS	Producción y Consumo Sostenible
RAE	Real Academia Española
RAEES	Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos
REM	Acuerdos de Régimen Especial de Manejo
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIAME	Sistema de Información Ambiental Minero- Energético colombiano
SINA	Sistema Nacional Ambiental
SINAP	Sistema Nacional de Áreas Protegidas.
SPNN	Sistema de Parques Nacionales Naturales
Sentencia SU	Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional Colombiana
Sentencia T	Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional Colombiana
Sentencia C	Sentencia de Constitucionalidad de la Corte Constitucional Colombiana
UE	Unión Europea
UICN	Unión Mundial para la Naturaleza
UNEP	United Nations Environment Programme
UPME	Unidad de Planeación Minero-Energética colombiana
WB	World Bank

INTRODUCCIÓN

I. INTERÉS POR EL ESTUDIO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

La práctica jurídico-administrativa pone de relieve la presencia habitual de formas de actuación administrativa basadas en la deliberación y concertación con grupos ciudadanos, cuyo propósito es alcanzar objetivos de interés público. A pesar de su importante desarrollo, estas actuaciones han tenido un escaso estudio por la doctrina colombiana debido a la ausencia de encaje con el sistema de actos jurídico-públicos tradicionales. Esto ha ameritado que la doctrina extranjera les otorgue el nombre de actuaciones informales. Este concepto ha sido ilustrado por Schmidt Assmann (1993a, pág. 29) como “situaciones de mixtura en las que unas veces algunos elementos característicos –como por ejemplo, la voluntad de vincular o el ámbito de la regulación- resultan inciertos, mientras que en otras ocasiones plantean propiamente dificultades a la hora de clasificarlos dentro de las diversas formas disponibles”¹.

El interés de este trabajo en el estudio de la actuación informal basada en procesos de concertación de la Administración con la ciudadanía se fundamenta en dos razones: primera, **la revisión que de los fundamentos dogmáticos y de la doctrina de las formas jurídicas implica este tipo de actuaciones;** y, segunda, la incorporación de **nuevos modelos regulativos y de gobernanza pública que promueven la superación de la percepción tradicional de la separación Estado-sociedad,** hacia un modelo de integración e interdependencia (distribución de responsabilidades) que contribuye a la legitimidad de los poderes públicos.

¹ De acuerdo con Shulze Fielitz (1993, págs. 90-93), la discusión jurídica sobre el concepto de actuación administrativa informal tuvo origen en 1980 de la mano de Eberhard Bohne, a partir del cual se ha producido en la doctrina alemana una amplia discusión del tema. Son tres los sentidos en los que la literatura usa el concepto de informalidad: “lo informal como un concepto de la sociología de las organizaciones (y de las Administraciones)”, “lo informal como categoría jurídica crítica”, y “la actuación administrativa informal como categoría empírica de la normalidad”. Es en este último sentido que la presente tesis doctoral asume el término en tanto “... en cierto modo resulta *típico de toda la actuación de organizaciones y Administraciones* que las reglas o, en su caso, los comportamientos informales complementen a los jurídicos. La actuación informal se presenta como una normalidad empírica tan inevitable como omnipresente, pues no es posible captar plenamente en reglas jurídicas la infinita diversidad de posibilidades de acción –de la Administración pública, por ejemplo-. (...) el concepto de lo informal pierde su potencialidad crítica con respecto a los modos formales de actuación; la actuación informal resulta así tan inevitable como generalizada y, en modo alguno, fundamenta *per se* una presunción de antijuricidad” (Shulze Fielitz, 1993, pág. 93).

La existencia de actuaciones informales genera una serie de interrogantes que ponen a prueba la dogmática tradicional. Algunos de ellos impactan en la concepción clásica del Derecho Administrativo, haciendo surgir interrogantes como los siguientes: ¿Es suficiente la teoría de las formas jurídicas para explicar el fenómeno de la concertación informal de la Administración? ¿Es suficiente el concepto tradicional de actividad administrativa para interpretar tal fenómeno? ¿Cómo transforman estas actuaciones la manera de concebir la actividad administrativa? ¿Cuál es la forma de asegurar los derechos de las personas frente a estas actuaciones? ¿Cuál ha de ser su contenido y cómo la forma de su articulación “procesal” sin reemplazarla necesariamente por una actuación formal?²

Sin duda que los anteriores interrogantes desde el enfoque más tradicional del formalismo jurídico serían irrelevantes, teniendo en cuenta la negación tradicional de la presencia de actuaciones administrativas distintas a las estrictamente reguladas como el acto y el contrato; en consecuencia, las actuaciones informales han sido concebidas como actuaciones materiales sin relevancia jurídica o eventualmente como vías de hecho. Esta percepción negativa y limitada es lo que ha implicado que el avance en su investigación jurídica haya sido casi nulo en términos de innovación³.

Sin embargo y, en sentido contrario, desde el enfoque de la *nueva ciencia jurídico-pública* y su renovada propuesta metodológica, los interrogantes señalados se presentan como una oportunidad para analizar las posibilidades de transformación del Derecho Administrativo a través de la experiencia de los sectores especializados (o de referencia) que, en el caso de esta tesis, será el Derecho Ambiental, y de los aportes interdisciplinarios provenientes de las Ciencias Políticas y de la Administración.

² Como ya fuera identificado por Shulze Fielitz (1993, págs. 93-94), al asumir la actuación administrativa informal como una categoría empírica de la normalidad, la pregunta sobre la misma ya no es sobre su antijuricidad, sino que ésta se desplaza hacia la “*pregunta por la funcionalidad de los comportamientos administrativos informales* con respecto a los fines que persigue la Administración pública. A este complejo pertenece también el problema de bajo qué circunstancias son antijurídicas las modalidades de acción no reguladas por el Derecho, de hecho esta cuestión se plantea exactamente en la misma forma también por lo que hace a la actuación formal (esto es: jurídicamente reglada) de la Administración pública”.

³ En este sentido, Schmidt Assmann (1993a, pág. 30) afirma que: “la doctrina de las formas se ha de desprender de un equívoco que hasta la fecha ha venido dificultando su progreso: las formas no se han de prever sólo en relación con las decisiones administrativas vinculantes y de carácter normativo, sino también respecto a otras acciones cuyas pretensiones en orden a la producción de efectos que quedan por debajo de ese umbral. Uno no se encontraría hoy en día desasistido ante algunas situaciones informales si junto a los actos administrativos y a las declaraciones contractuales también las declaraciones administrativas de voluntad y conocimiento, las recomendaciones y las meras manifestaciones estuvieran integradas más intensamente en la sistemática de las formas”.

El presente trabajo identifica en el Derecho Ambiental uno de los ámbitos de la actividad administrativa en los que tiene una influencia importante el discurso político que promueve la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas y en donde se evidencia el desarrollo, cada vez más frecuente, de procesos de concertación informal con diversos grupos y sectores de la sociedad civil. Colombia es uno de los ordenamientos jurídicos en los que existe un número muy amplio de ejemplos de actuaciones informales de concertación con reconocimiento político y judicial que, para efectos de este trabajo investigativo, se identifican como casos de estudio: la **toma de decisiones participativa como estrategia para la conservación de la biodiversidad**; los **procedimientos de la consulta previa a comunidades étnicas**; y los **convenios y guías ambientales en materia producción más limpia y consumo sostenible**.

La constatación de nuevos fenómenos de participación ciudadana, como los de tipo informal, con incidencia directa en la actividad administrativa, son prueba de la transformación que se viene presentando en **la relación Estado-sociedad** y que, cada vez más, presiona cambios en los ordenamientos jurídicos y ha llevado a una crisis del modelo tradicional formal-racional que los sustentara desde la formación del Estado Liberal. Es, por ello, que para abordar el estudio de la actuación informal de concertación sea necesario ilustrar en esta introducción el actual contexto social y político en el que tiene lugar, antes de presentar las cuestiones metodológicas y de contenido del presente trabajo investigativo.

II. BREVE CONTEXTO DE LA TRANSFORMACIÓN DE LA RELACIÓN ESTADO-SOCIEDAD. PLURALISMO Y “SOCIEDAD DEL RIESGO”: RETOS PARA LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En la actualidad se presencian notables cambios que no pueden explicarse mediante una lista sencilla de factores desencadenantes. La globalización, el vertiginoso avance de las telecomunicaciones y de las nuevas tecnologías, el desarrollo de modelos productivos extractivos, el consumismo y la consecuente disminución de los recursos naturales serían algunas de las características de la sociedad global actual. Intuitivamente se percibe la

insuficiencia de los ordenamientos jurídicos para comprender y ordenar, por sí solos, la complejidad de las distintas actividades y relaciones sociales.

La evolución hacia lo que se ha llamado como una era *post* industrializada o sociedad posmoderna avanzada⁴ incluso ha permitido la formulación de una nueva teoría para explicar la sociedad actual como una “Sociedad del Riesgo”⁵, en la que, según Ulrich Beck (2006), el modelo de crecimiento económico, de manera inevitable, tiene como consecuencia la generación de riesgos con un potencial de auto-amenaza global de dimensiones aún desconocidas⁶.

En presencia de la “Sociedad del Riesgo”, los acelerados cambios en las diferentes áreas de conocimiento, el desarrollo precipitado de la técnica y su influencia a través del mercado (creación y transformación de la actividad industrial y la generación de nuevos productos y

⁴ Según Diego Bermejo (2005, págs. 131-132), el término de sociedad *post* industrializada se atribuye originariamente a David Riesman (1958), siendo desarrollado más tarde por Alain Touraine en 1969 y Daniel Bell en 1973. De acuerdo con Bermejo la sociedad *post* industrializada “es la sociedad del capitalismo avanzado, caracterizada por una profunda transformación tecnológica del objeto de producción y de los medios de producción (paso a una sociedad de comunicación y servicios), que representa la tecnificación general de la sociedad y la consagración del criterio de eficacia en el funcionamiento del sistema... la sociedad postindustrial de Bell presenta, en el fondo, como lo propio, no tanto -o no sólo- la hipertecnificación; sino la convivencia simultánea y antagónica de un pluralismo de sistemas y de valores. Este contenido es el que se ha impuesto predominantemente en la sociología de este siglo, desde Weber a Habermas”. En síntesis, el núcleo definidor de la posmodernidad es la pluralidad radical: “la aceptación de la pluralidad en toda su radicalidad, la consideración de la pluralidad como estructura normativa de la realidad y la despedida de la totalidad como unidad y del deseo de restauración de la misma” (Bermejo, 2005, pág. 143). Sobre el concepto de *post modernidad* pueden consultarse los trabajos de Lyotard (1989); Vattimo (1990); Lyon (2000) y Habermas (2008). En torno a las condiciones de la sociedad *post* industrial: Bell (1976); Touraine (1993); y Cohen (2007).

⁵ El concepto de “Sociedad del Riesgo” de Beck fue conocido en 1986 con la publicación en alemán del libro “Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne” (La sociedad del riesgo - Hacia una nueva modernidad). Este término fue construido como sustitución del concepto de sociedad industrial: “El concepto de «sociedad industrial o de clases» (en el sentido más amplio de *Marx* y *Weber*) giraba en torno a la cuestión de cómo se puede repartir la riqueza producida socialmente de una manera desigual y al mismo tiempo «legítima». Esto coincide con el nuevo paradigma de la sociedad del riesgo, que en su núcleo reposa en la solución de un problema similar y sin embargo completamente diferente: ¿cómo se puede evitar, minimizar, dramatizar y canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de «efectos secundarios latentes» de tal modo que no obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo «soportable» (ecológica, médica, psicológica, socialmente)?... El proceso de modernización se vuelve *reflexivo*, se toma así mismo como tema y problema. Las cuestiones del desarrollo y de la aplicación de tecnologías (en el ámbito de la naturaleza, la sociedad y la personalidad) son sustituidas por cuestiones de la «gestión» política y científica (administración, descubrimiento, inclusión, evitación y ocultación)...La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo técnico-económico” (Beck, 2006, pág. 30).

⁶ Sobre la “Sociedad del Riesgo” también pueden consultarse entre otras obras de Beck: La política de la sociedad de riesgo (1998); Políticas ecológicas en la edad del riesgo (1998) y La sociedad del riesgo global (2002).

servicios), crean multiplicidad de conocimientos e información en poder de distintos actores sociales. Tal complejidad social genera un pluralismo radical que constituye uno de los signos de nuestro tiempo (Bermejo, 2005, pág. 143). De acuerdo con Rawls (1995, pág. 72), este pluralismo se manifiesta en “que la mayoría de personas tiene puntos de vista que promueven sus propios y estrechos intereses; y como sus intereses difieren unos de otros, también difieren estos puntos de vista”⁷. En consecuencia, la comunidad informada con su diversidad de intereses, no siempre compatibles, adquiere mayor visibilidad y organización en la exigencia de una participación directa en los asuntos que por su grado de riesgo pueda afectarles (Beck, 2006, pág. 315).

Este nuevo enfoque para comprender las relaciones Estado-sociedad (Administración-ciudadanía) ha cuestionado el modelo de Estado actual en lo que respecta a su capacidad para componer la pluralidad de intereses, administrar la prevención y generación de riesgos⁸ y sus consecuencias⁹. Tal cuestionamiento se extiende a los fundamentos del Estado Liberal y al desarrollo del actual Estado Social de Derecho¹⁰.

⁷ Como término de las ciencias políticas (contexto disciplinar que interesa en el presente trabajo), el pluralismo es usado para “caracterizar tipos idealizados de democracias liberales donde las tendencias potencialmente autoritarias se mantienen en jaque por el libre intercambio de grupos de intereses que tienen un puesto en el gobierno (...) Esta filosofía pluralista contrasta con una vieja composición de referencia orgánica o unitaria. Esta visión unitaria pinta a la sociedad como un conjunto integrado donde los intereses de los individuos y la sociedad son sinónimos. Esta visión unitaria recalca la soberanía del Estado y la importancia de los individuos subordinados al servicio de la sociedad como medio de realizar y satisfacer sus verdaderos intereses y el bien común” (Morgan, 1993, pág. 170). Al respecto, Smith (1997, pág. 217) expone que como teoría, el pluralismo es difícil de ubicar con un contenido y corriente interpretativa específica.

⁸ Aquí nos referimos a todos los riesgos generados por el desarrollo y evolución en todos los campos de la actividad humana, en donde sin duda el crecimiento industrial y el avance tecnológico que, aunque se presentan como condiciones indispensable del desarrollo de la humanidad, se ciernen sobre ésta como una gran amenaza ecológica global. “Es la propia contradicción de la sociedad del riesgo: una sociedad que en su afán de progreso y bienestar ha dejado en su camino los medios y creado las condiciones para la que podría ser su autodestrucción” (Esteve Pardo, 1999, pág. 62).

⁹ El profesor investigador José María González García (1999) describe los cambios entre una simple sociedad industrial a una postindustrial y la consecuente crisis del Estado nacional: “El paso de una modernidad simple basada en la sociedad industrial y en las relaciones de trabajo a la modernidad reflexiva supone un cambio en el tipo de riesgos a los que nos enfrentamos ..., la diferencia entre los tipos de riesgos de la sociedad industrial y los peligros de la nueva situación se pueden comprobar fácilmente por un test: los primeros son normalmente cuantificables y asumibles por las compañías de seguros, mientras que los segundos son mucho más globales, imprevisibles, afectan a países enteros o a toda la humanidad y son excluidos vergonzantemente de la letra pequeña de los contratos de seguros...al mismo tiempo se están planteando problemas ecológicos, nucleares, formas del "progreso autodestructivo" que cuestionan la racionalidad de la sociedad basada en la ciencia, en el derecho y en la democracia y que trascienden los límites del Estado nacional: la nueva fase política que se inaugura, basada en la sociedad del riesgo, y que se anuncia también con el final de la Conferencia de la Tierra en Río de Janeiro, no puede ya ser comprendida ni gestionada a escala nacional, sino únicamente en un ámbito internacional, intercontinental. Ello es debido a que la mecánica social de las situaciones de peligro desdénia el

Ciertamente, los principios del liberalismo que respaldaron el modelo económico de mercado y de producción de la era industrial fueron el sustento ideal para el progreso hacia la citada "Sociedad del Riesgo". Los postulados liberales promovieron que el Estado debía limitar su poder coercitivo a acciones mínimas sobre los individuos. Su principal función sería garantizar el libre juego del mercado mediante una estricta protección de la propiedad privada, la libertad de empresa, un austero gasto público con un reducido ejercicio impositivo y el control sobre el cumplimiento de los pactos y obligaciones contractuales¹¹.

Este modelo estatal es también llamado de Derecho en tanto que, fundamentado sobre un ejercicio de separación de poderes, tiene como principal función asegurar el sometimiento de los gobernantes y de las fuerzas sociales a un mismo sistema de reglas que garantiza la libertad y los derechos individuales (Díaz E., 1996, págs. 63-65; Zagrebelsky, 1997, págs. 22-23; Ferrajoli, 2001, pág. 31). En consecuencia, el Estado de Derecho se cimienta en un ordenamiento jurídico positivo, que halla su consolidación teórica con la *teoría pura* del Derecho de Hans Kelsen¹².

En este orden de ideas, el Derecho en el Estado Liberal se identifica como un sistema de reglas neutral y autónomo del juego político y económico. De acuerdo con Weber (1965, págs. 509-511), el Derecho tendría como sus principales características ser racional-formal: racional en tanto que reduce las particularidades de los casos a un conjunto de principios y preceptos jurídicos abstractos, y formal, dado su fundamento en procesos de interpretación

Estado nacional y sus sistemas de alianzas. En esta situación se impone la necesidad de una nueva "reflexividad política" que genere nuevos ámbitos de participación democrática en la toma de decisiones sobre aspectos de la vida que nos afectan a todos. Frente a la "democracia a medias" típica de la sociedad industrial en la que las decisiones relativas a la transformación técnica de la sociedad siguen siendo hurtadas al ámbito político y parlamentario, se trataría de una "ampliación ecológica de la democracia", ampliación tanto de temas para la agenda política como de creación de nuevas instituciones".

¹⁰ En lo que respecta a las teorías pluralistas, como señala Smith (1997, págs. 217-218), si bien presentan una teoría de Estado incipiente, consideran que la complejidad del Estado contemporáneo supone "que ningún grupo, clase u organización pueda dominar la sociedad. El pluralismo ve una separación entre el Estado y la sociedad civil, una diferencia entre el poder político y el económico, y una variedad entre los intereses que logran afianzarse en áreas de políticas diferentes. El poder no es acumulativo y está disperso, de ahí que el papel del Estado sea regular los conflictos en la sociedad más que dominarla para alcanzar intereses particulares". Es, por esta razón, que desconfían del Estado como organización autoritaria que no tiene la intención de concertar entre los diferentes intereses o que se deja cooptar por los intereses de pequeños grupos económicos o empresariales.

¹¹ Para una revisión del modelo del Estado Liberal: Verdú (1983); Pavón (1995); Díaz E. (1996); Böckenförde (2000); Añón & Añón (2002); Ferrajoli (2003).

¹² Sobre este tema en profundidad véase el Capítulo 1.

lógica que permiten la formulación de normas abstractas aplicables a todos los casos posibles, sin reparar en sus determinantes éticos, económicos o políticos¹³.

Este enfoque del Derecho exalta las formas como instrumento de garantía contra la arbitrariedad del Estado y garantía de una aplicación neutral del Derecho. De allí la famosa frase de Ihering (1962, pág. 285): “El pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo, sino es guardián de su libertad”. El Derecho Administrativo ha sido uno de los campos más fértiles en los que se cosecharon las ideas del formalismo, teniendo en cuenta su finalidad primigenia de contener la arbitrariedad de las autoridades públicas y la garantía de los derechos y libertades individuales. Se encuentran entonces dos visiones del Derecho Administrativo, aquella que ve en éste el Derecho que ordena el poder¹⁴, y la que lo asume desde un enfoque garantista en la que se afirma que “las formas en lo administrativo son a un tiempo garantías de una buena gestión y protección de los derechos e intereses de los administrados. Defienden a la Administración de los errores y a los particulares de la arbitrariedad” (Martínez Useros, 1950, pág. 656).

En estos términos, en el Estado Liberal, la Administración encuentra la justificación de su existencia en la ejecución estricta de la Ley, como manera de garantizar en la práctica los valores liberales¹⁵. Esta percepción sobre la Administración y su actividad se identifica en la

¹³ Según Weber (1965, págs. 511-512) los postulados de la investigación jurídica del Derecho moderno serían: “1) toda decisión jurídica concreta representa la “aplicación” de un precepto abstracto a un “hecho” concreto; 2) que sea posible encontrar, en relación con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solución que se apoye en los preceptos abstractos de rigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema sin “lagunas” de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de aplicación del mismo a casos singulares; 4) todo aquello que no es posible “construir” de un modo racional carece de relevancia para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida como “aplicación” o “ejecución” o, por el contrario, como “infracción” de preceptos jurídicos.”

¹⁴ Sobre este enfoque del Derecho Administrativo en especial su desarrollo en el siglo XIX véase: Laferrière (1896, pág. 478); De Laubadère (1967, pág. 39). Un estudio general sobre la historia del Derecho Administrativo y sus concepciones en el Derecho francés, inglés e italiano ver: Cassese (2010). Existe traducción al español de esta obra con adición de otros ensayos en: Derecho Administrativo: historia y futuro (Cassese, 2014a).

¹⁵ Una descripción de la Administración del Estado Liberal es presentada por Oelckers (1984, pág. 471): “Es así como los principios de: a) imperio de la Ley, como expresión de la voluntad soberana; b) División de poderes entre un Legislativo, Ejecutivo y Judicial; c) Respeto de la legalidad en el actuar de la Administración Pública; d) Suficiente control a dicha actuación, y e) Derechos y libertades fundamentales, planteadas como garantías para el administrado y como obligación de respeto y cumplimiento para la Administración, vinieron a determinar un tipo de Administración pública, propia del Estado Liberal de carácter abstencionista, en donde la Administración no debe participar, en ningún caso, de la actividad económico social que pueda desarrollar el particular. Sólo a falta de presencia de dichos particulares puede la Administración intervenir y actuar”. De igual manera, los ciudadanos tampoco tienen la facultad de participar en las decisiones de la Administración que

doctrina como el “modelo «formal» de legitimación administrativa” (Ponce, 2010, pág. 91)¹⁶. Desde la mirada de las ciencias políticas, la legitimación «formal» administrativa correspondería al modo de gobernación *burocrático weberiano* (Prats, 2005a, pág. 99), en el que se considera que los gobernantes atienden neutralmente al interés general y están fuera de cualquier presión política o social¹⁷.

En este contexto, como señala Sánchez Morón (1980, págs. 18-19), se origina uno de los dogmas básicos del Derecho Público: la separación entre Estado y sociedad¹⁸. En adelante, las relaciones entre Administración y particulares (llamados administrados o gobernados)¹⁹ del Estado Liberal se apoyarán especialmente en la posición dominante de ésta, gracias a las prerrogativas otorgadas por la Ley y a las ideas de su actividad neutral, el monopolio de definición del interés general y su estricto cumplimiento del principio de legalidad (García Pelayo, 1974, pág. 217; Díez Moreno, 2004, pág. 68; Calvo García, 2005, pág. 22)²⁰.

De esta manera, el principio de legalidad no solo define el campo de actuación, sino que se convierte en la garantía de no arbitrariedad de la Administración sobre los ciudadanos. En la relación Estado y sociedad, los administrados son vistos como el objeto de la actividad, en

definen cuestiones públicas, pues ésta, al tener el monopolio del interés general y la legitimación del sistema democrático, posee la autoridad para actuar individual e imperativamente.

¹⁶ Según Schmidt Assmann (1993b, pág. 164) la legitimación administrativa “como concepto jurídico se refiere a la cuestión *normativa* sobre la justificación, no a la cuestión de las ciencias sociales sobre la aceptación del poder administrativo; por tanto, se trata de una respuesta *jurídico-normativa* a la cuestión de la justificación, que no puede derivarse de una consideración inmediata de los contenidos ideales de los conceptos fundamentales de la Teoría del Estado, sino de la observación de un concreto ordenamiento constitucional...”.

¹⁷ “Los funcionarios sirven exclusivamente a los intereses generales mediante la aplicación de los planes y las normas, y que para ello se encuentran estatutariamente protegidos frente a las presiones políticas y sociales; que los intereses generales son trascendentes y no inmanentes al juego conflictivo de los intereses privados, y que corresponde al Estado y a sus funcionarios el monopolio de su definición” (Prats, 2005a, pág. 100).

¹⁸ Sobre el estudio de las relaciones Estado y sociedad en: Díez Moreno (2004, págs. 55-83); Walzer (2005); Sotelo (2010, págs. 15-43) y Esteve Pardo (2013).

¹⁹ Respecto de la relación jurídico-pública y su origen en el Estado Liberal, Soriano García (1979, pág. 49) señalaba que “salvo escasos supuestos, más académicos que cotidianos, el papel que viene jugando la Administración pública frente al ciudadano es todo lo menos que de auxilio, colaboración o protección. Antes bien, característico de su papel ha sido su posición interventora y sancionadora. En una palabra, dialécticamente se le atribuye un papel (o mejor, se auto atribuye) que considera al ciudadano como administrado. Lo cual en muchas ocasiones no ha sido sino una eufemística manera de definir a un súbdito elegantemente”.

²⁰ “La concepción jurídica formalista así creada implicaba una distinción clara y tajante de los intereses jurídicamente relevantes en interés público e intereses privados, traducción de la también esquemática y apriorística separación entre Estado y sociedad... El Estado se considera en contraposición directa y formal al individuo. Es el titular de la soberanía, el máximo poder jurídico, y ello en virtud de que es el portador del interés general. Se relaciona jurídicamente con los particulares como sujeto de Derecho, si bien su posición sustancial es distinta a la de aquéllos. Tiene la facultad de definir el área de su propia acción, la extensión del interés general y, de reflejo, la de la reservada a los sujetos privados.” (Sánchez Morón, 1980, pág. 20).

los que recae la función administrativa, en palabras de Soriano García (1979, pág. 49) el ciudadano “era el objeto en términos generales de un acto administrativo”²¹.

Ligado al principio de legalidad, el otro principio fundamental que rige las relaciones entre la Administración y los ciudadanos es el de igualdad formal²². Este principio supone que al monopolizar el Estado el poder, la sociedad, constituida por individuos desprovistos de poder titulares de los mismos derechos, todos ellos se someten de la misma manera a la Ley (Carmona, 1994, pág. 266). En esta percepción de la sociedad, se hacen invisibles las desigualdades reales, los diferentes intereses y los grupos de presión al poder como factores inmanentes de la sociedad. Por estos motivos, la sociedad es percibida como “orden espontáneo dotado de racionalidad” (García Pelayo, 1987, pág. 22) capaz de autorregularse²³.

Esta breve descripción del modelo de Estado Liberal, en cuanto a la manera de asumir las relaciones entre la Administración y los ciudadanos entra en crisis con el desarrollo intenso de la industrialización, las depresiones económicas del capitalismo y el recrudecimiento de la pobreza²⁴. Esta crisis es explicada en parte por la falta de intervención del Estado en la sociedad, en la medida en que se considera que ha de ser el propio Estado quien deba corregir las profundas desigualdades originadas por el libre juego del mercado (García Pelayo, 1987, págs. 22-23; Sotelo, 2010, pág. 390)²⁵. Surge el Estado Social de Derecho como el “intento de adaptación” (García Pelayo, 1987, pág. 18) a las condiciones creadas en la sociedad industrial

²¹ En igual sentido, García Pelayo (1987, pág. 21) en el orden político liberal “el Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación”.

²² “Nada se entiende sin el binomio Estado/sociedad que resulta de la centralidad unificadora que impone el poder. El Estado concentra todo el poder y la sociedad está formada por el conjunto de individuos igualados por el hecho de carecer todos de poder, que antes algunos disfrutaban según el rango ocupado. Ante el Estado todos son *formalmente* iguales, pero lo son únicamente desde el principio de legalidad. El Estado, como factor igualador, es a la vez el soporte del derecho que legitima las demás desigualdades de riqueza, actividad profesional, posición social, y un largo etcétera” (Sotelo, 2010, pág. 395).

²³ La sociedad así comprendida para García Pelayo (1987, pág. 22) genera “el mejor de los órdenes posibles tanto en el espacio económico, mediante los maravillosos resultados de la oferta y la demanda, como en el aspecto intelectual, ya que sólo de la concurrencia de opiniones sale la verdad, o como en el social, ya que operando bajo el principio de igualdad ante la Ley se impide la consolidación de situaciones adscriptivas (como los antiguos estamentos o gremios) y se abre paso a la acción de los mejores a los que se les asigna el status debido a su capacidad...”.

²⁴ Sobre la crisis del Estado Liberal: Ackerman (1993); Lorca Siero (1995); Benda (1996); Hierro (1998); Carbonell, Orozco, & Vásquez (2002).

²⁵ Según Tornos (2013, pág. 173): “El Estado social es la respuesta del Estado a la cuestión social, el pacto social en virtud del cual el Estado asume en su norma fundamental la responsabilidad de garantizar unos mínimos derechos prestacionales a sus ciudadanos que les permitan una vida digna”.

y postindustrial. No se trata de un Estado alterno u opuesto al liberal, es un modelo que va más allá en una especie de corrección de los desequilibrios sociales.

El tránsito hacia un Estado Social de Derecho representó la superación de una Administración «neutral» no intervencionista de las relaciones sociales, por una Administración que ante la complejidad de la era industrializada asume su rol de dirección hacia una llamada «justicia social». Según Rodríguez de Santiago (2007, pág. 18): “entre el Estado de Derecho y su caracterización como social existe una *relación de medio a fin*: se trata de conseguir una determinada situación social calificable como justa por los medios que ofrece el Estado de Derecho”.

La Administración en el Estado Social de Derecho está orientada a la acción, al cumplimiento de los fines sociales²⁶. De modo que la Administración no se limita a la simple ejecución de la Ley como fórmula infalible para solución de los diferentes conflictos sociales; en este nuevo escenario, la aplicación del precepto legal estará condicionada por la reflexión sobre las medidas más eficaces para alcanzar los fines programados²⁷.

²⁶ Tales fines serán producto de un contexto histórico y social, que encuentran su reconocimiento en la Constitución. Al respecto Rodríguez de Santiago sostiene que (2007, pág. 22): “Cualquier interpretación que pretendiera valerse solo del concepto de «lo social» está condenada al fracaso: «su contenido solo puede desglosarse en el concepto histórico del movimiento social». Es necesario valerse de un elemento interpretativo de tipo «histórico-empírico» que juega un papel decisivo. El Estado social supone una respuesta histórica a la denominada «cuestión social» y representó la asunción por el Estado moderno de reivindicaciones del «movimiento social». Pero -como sucede, en general, con los fenómenos históricos-, ni la cuestión social ni el movimiento social son elaboraciones conceptuales con pretensión de poder reconducirse a una sola idea. La respuesta a la pregunta sobre el contenido del Estado social-más allá de la simple idea intuitiva de «más justicia social», «más igualdad real» o «más seguridad social»- se obtiene de la conexión del dato positivo constitucional (en países como España, con una Constitución social «densa»), no con una idea teórica explicativa del conjunto, sino con datos de tipo histórico-empírico relativos a las reivindicaciones y logros del movimiento social”.

²⁷ Al respecto, se asume la noción de fines de Aragón (1988, pág. 19-20) como mandatos a los poderes públicos, o cláusulas que establecen programas que pueden indentificarse con un valor específico. En lo que respecta a los fines del Estado Social de Derecho, García Pelayo (1987, pág. 26) expone que éstos son reorientados a partir de los valores del Estado Liberal: “Los valores básicos del Estado democrático-liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro”. En igual sentido, Díez Moreno (2004, pág. 181) afirma que los fines del Estado Social de Derecho “se alinean junto a los fines tradicionales que ha venido cumpliendo el Estado”, solamente que dado a un determinado momento histórico unos fines destacan más sobre otros, así, “en definitiva, la ampliación teleológica del Estado se produce fundamentalmente por el crecimiento de las demandas que se dirigen al Estado desde todos los sectores” (Díez Moreno, 2004, pág. 185). De un mismo parecer: Verdú (1958).

Estos fines responden a la materialización en la práctica de múltiples actividades y prestaciones sociales que debe llevar a cabo el Estado. Se manifiesta así una *sobrecarga*²⁸ del Estado, originada en una demanda de prestaciones sociales extensa que debe atenderse con recursos limitados, lo que llevará a la crisis de la primera etapa del Estado Social. En este contexto, la Administración prestacional concentrará el monopolio de la ejecución de los servicios y prestaciones públicas, lo que acarreará un incremento de la organización burocrática²⁹.

Con el tiempo, y como consecuencia de las crisis económicas, la Administración se verá obligada tanto a asumir modelos de gestión propios de la empresa privada³⁰, como a asociarse o encargar directamente al sector privado la prestación de los servicios públicos y otras tareas

²⁸ Por “sobrecarga”, Porras Nadales (2014, pág. 24) entiende también una “sobrecarga de la agenda gubernamental que se formula a partir del último tercio del siglo XX y que se manifiesta tanto como “un exceso de demanda social como un déficit de oferta pública”.

²⁹ La recesión económica de los años setenta identificada como detonante económico de la crisis fiscal del Estado bienestar o primera fase Estado Social (Alcántara, 1995, págs. 166-170), confirmó las deficiencias del modelo burocrático que venían manifestándose de tiempo atrás. Las razones del cuestionamiento sobre este modelo, que concentró en el gobierno la acción política y de prestación de servicios, respondió a una serie de factores tales como: la falta de adaptación a los cambios, la desconexión y priorización de los medios sobre los fines, desatención de los usuarios, alienación y desmotivación de los trabajadores, crítica a la supuesta neutralidad e imparcialidad política de los funcionarios públicos, y excesiva discrecionalidad administrativa (Prats, 2005a, págs. 112-116).

³⁰ Conforme con Prats (2005a, pág. 113), la Administración abandona el monopolio del suministro de los servicios públicos debido a las reformas administrativas para hacer frente a la crisis fiscal y económica de mediados de los años setenta. En este período se constata la inoperancia e insuficiencia del modelo burocrático, situación que es agravada por la desconfianza de la ciudadanía sobre las burocracias y el inicio de una era global como sociedad de la información y del conocimiento: “el carácter centralizador y uniformista de las grandes burocracias del bienestar hace que no sean capaces de adaptarse a la diversidad de situaciones de los usuarios y beneficiarios del sistema: entra en crisis la planificación nacional y la provisión de prestaciones uniformes en el terreno sanitario, educativo y de los servicios sociales; contrariamente, el principio de igualdad ante las prestaciones exige ahora tomar en cuenta la diversidad de los usuarios, lo que resulta incompatible con el uniformismo del modelo burocrático y plantea la necesidad de la devolución o descentralización de los servicios, así como la participación creciente de profesionales, empresas y usuarios en su diseño y prestación”. En el contexto político y económico se opta por el modelo de la Nueva Gestión Pública o *new public management* que aunque no se aplicó de forma homogénea (tuvo mayor influencia en los países angloamericanos que en los europeos y latinos), logró reevaluar el centralismo burocrático e introducir nuevas ideas sobre la administración pública y la colaboración privada: “ideas mucho más polémicas, mucho menos compartidas y de durabilidad más problemática. Entre ellas están que el desempeño mejora: a) cuando el ciudadano-cliente tiene la posibilidad de elegir entre oferentes de servicios públicos; b) cuando los servicios del gobierno son tercerizados; c) cuando las organizaciones públicas se gestionan por imitación de la gestión privada; d) cuando la provisión de servicios se separa de la formulación de políticas...” (Prats, 2005a, pág. 115). Sobre las implicaciones de la universalización del *new public management* en el Derecho Administrativo véase: Chevallier (2011, págs. 127-139) y Betancor (2010).

administrativas. Se identifica una nueva faceta del Estado Social de Derecho, el “*Estado regulador*”³¹ o el “*Estado garante*”³².

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, la Administración del Estado Social significa el aumento de los “espacios discrecionales” en la toma de decisión que, a su vez, tiene como consecuencias: “un impacto sobre el concepto tradicional en nuestra cultura jurídica de interés general y sobre la legitimidad administrativa basada en la Ley” (Ponce, 2010, pág. 92; 2011, pág. 269). Con respecto al concepto de interés general, el aumento de la discrecionalidad administrativa en los diferentes ámbitos de toma de decisión, cuestiona la capacidad de la Administración de determinar unilateralmente el interés que representa de manera “general” a la sociedad³³. En otras palabras, tanto la especialización del conocimiento científico y tecnológico como su posesión por diferentes actores en la sociedad, aunado a la presencia de un *pluralismo radical*, hace insostenible el paradigma tradicional del monopolio de “*expertise*” de la Administración para establecer el interés general (Ponce, 2010, pág. 92)³⁴.

³¹ No se trata de un nuevo modelo de Estado sino de uno de los perfiles que adquiere el Estado Social, se refiere al rol del Estado en las actuales formas de intervención en la economía o *regulación económica*: “La regulación se distingue de los métodos clásicos de intervención del Estado en la economía: ella consiste en supervisar el juego económico, estableciendo algunas reglas e interviniendo de manera permanente para amortiguar las tensiones, regular los conflictos, garantizar el mantenimiento del equilibrio global; con la regulación el Estado no se posiciona como protagonista sino como árbitro del juego económico, limitándose a encuadrar el juego de los operadores y esforzándose en armonizar sus acciones” (Chevallier, 2011, págs. 108-109). Sobre el “Estado regulador” véase: Ariño (1995); Aragón (2009); Betancor (2010); Esteve Pardo (2010); Muñoz Machado (2010); y Bohne (2013).

³² El “Estado garante” tiene origen en la doctrina alemana como reacción crítica al desbordamiento de las tareas asumidas por el Estado Social y la deficiencia en términos fiscales que conlleva (Esteve Pardo, 2007, pág. 40; 2012, págs. 18-19; Bohne, 2013, 529-532). Esteve Pardo (2012, pág. 27) lo define como: “un Estado que abandona posiciones de dominio y titularidad—en este caso titularidad sobre servicios— pero que pretende garantizar la atención de los intereses generales cuando la titularidad y gestión de los medios está en manos de sujetos privados. La extensión a estos sujetos y a sus relaciones de principios y normas de Derecho público se erige así en una de las principales funciones instrumentales de este tipo de Estado”. Cabe agregar que el “Estado garante” es a la vez un “Estado regulador” como quiera que usa las estrategias de la regulación para su intervención en la sociedad y el logro de sus cometidos. Al respecto ver también: Darnaculleta, 2010, pág. 384).

³³ “El fin social del Estado devuelve al pensamiento jurídico administrativo a la realidad de lo que es administrar, al orden social y sus campos de actuación singulares, obligando a un minucioso inventario y análisis de los intereses afectados” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 174).

³⁴ El interés general se transforma de un concepto de contenido unívoco y abstracto sólo posible de ser concretado por la Administración a un concepto compuesto de variedad de intereses, con características procedimentales que, más que contener un contenido por descubrir, invita a la implementación de procesos de identificación, concertación y ponderación rigurosa de intereses. Así, el “interés general, abstracto y puro, que la Administración realiza como una organización compacta, es una ficción jurídica. El contenido de la actividad pública resulta de la combinación, distinta en cada caso, sujeta a las variaciones políticas, a los cambios en la relación de las fuerzas, de los distintos intereses que emergen en un determinado momento y lugar. Las

Por su parte, el concepto tradicional de la legitimidad administrativa basada en la ejecución de la Ley entra en crisis por cuanto “la fuerza de la regla derecho no procede ya de su enunciado como orden obligatoria, a la cual todos deben someterse; depende en adelante, del consenso que la rodea” (Chevallier, 2011, pág. 242)³⁵. Tal es la intensidad de la pérdida de confianza en una Administración apoyada en la legitimidad basada en la Ley, que Porras Nadales (2014, págs. 25-27) la identifica como la segunda manifestación de la crisis del Estado Social, entre la *crisis fiscal* y la *crisis de reflexión*³⁶. Así, la *crisis de legitimación* se origina frente al desbalance que se produce en el progreso del intervencionismo del poder público en la esfera social, sin un proporcional crecimiento de la presencia de la ciudadanía en la esfera pública (Porras Nadales, 2014, pág. 26):

A partir de entonces, el creciente intervencionismo público no podrá encontrar ya un soporte legitimador suficiente en el circuito representativo, sustentado sobre el sufragio universal (ni, por lo tanto, en los partidos políticos). Y en consecuencia las esferas públicas tendrán que abrir sus puertas al nuevo desafío de la participación de los ciudadanos en las decisiones públicas que les afecten. El Estado social inaugura así el ciclo histórico de una nueva fase, la democracia avanzada, donde el ejecutivo y la administración deberán operar en base a consensos con el tejido social.

instituciones públicas realizan un papel de mediación de esos intereses” (Sánchez Morón, 1980, pág. 31). Sobre el concepto de ponderación de intereses véase: Arroyo (2009, pág. 4).

³⁵ “La legitimidad democrática de la Administración apoyada, en gran parte, en la idea de ejecución de la Ley como expresión de la voluntad popular, se debilitaría según algunas opiniones, ya que la Ley ya no expresa cuáles sean los intereses generales, sino que perdona su definición al Gobierno, a quien difícilmente, a diferencia del Parlamento, representa a todos los intereses sociales, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, o a la propia Administración, mediante el desarrollo de sus espacios de decisión” (Ponce, 2010, pág. 93).

³⁶ La primera crisis se manifiesta como *crisis fiscal* “reflejando una tendencia del gasto público a crecer en mayor medida que los ingresos, donde se expresaría una primera concreción del fenómeno de sobrecarga... la doctrina vinculada a la economía financiera ha mantenido desde entonces un consistente discurso científico que, además de permitir reflejar algunas de las principales claves de evolución del Estado social, ha conducido a confirmar la necesidad de asegurar en cualquier caso un adecuado equilibrio de las finanzas públicas, confirmando en definitiva la elemental constatación de que los recursos públicos no son ni pueden ser ilimitados” (Porras Nadales, 2014, pág. 25). La reevaluación del Estado Social como *Welfare State* se perfila entonces como recorte de las políticas y gastos sociales que inician en los años 80. El ajuste fiscal a partir de la reducción de gastos se dio de manera más drástica en Estados Unidos, luego en el Reino Unido y de manera limitada en Francia. Estos recortes se repetirán a mediados de los años 90 (entre otros países como Francia, Bélgica, Suecia y Austria), en los primeros años de la década del 2000 principalmente con medidas sobre las edades de jubilación, los servicios salud y ayuda social (Chevallier, 2011, págs. 115-118). Las medidas de ajuste fiscal se mantendrán hasta la actualidad a causa de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 debido al colapso de las bolsas, el sistema bancario e hipotecario de los Estados Unidos que se extendió al mundo entero (Marichal, 2010). La tercera crisis es descrita como *crisis de reflexión*: “Su diagnóstico se basa en la constatación de que la complejidad creciente y el carácter contradictorio de las demandas repercutidas sobre el Estado social impiden diseñar un tipo de respuesta de carácter racional y unitario para todas ellas” (Porras Nadales, 2014, págs. 25-27).

En efecto, la complejidad que supone la sociedad *post* industrial hace depender las decisiones de la Administración de un gran número de variables que implican diversidad de conocimientos que no están en su poder. Así la toma de decisiones depende de muchos actores (que monopolizan recursos científicos, técnicos, culturales, económicos, etc.) que poseen la capacidad de presionar a los gobiernos (Blanco & Gomá, 2006, págs. 14-15). En consecuencia, la ciudadanía informada de la “Sociedad del Riesgo” exige a la Administración identificar la diversidad de intereses presentes a fin de que sean tenidos en cuenta en la toma de decisiones que puedan afectarlos³⁷. De este modo, **la Administración debe asumir que el interés general se establece en diálogo con la sociedad, a través de la identificación y ponderación de los diversos intereses (públicos y privados) que lo componen** (Ponce, 2011, pág. 270). Por consiguiente, la legitimidad administrativa basada exclusivamente en la ejecución de la Ley pierde parte de su sentido al no representar la totalidad de intereses presentes en la sociedad.

La participación ciudadana se presenta como alternativa para paliar los déficits del modelo burocrático caracterizado por su verticalidad y poca flexibilidad. La participación en el escenario público se hace necesaria tanto para la ciudadanía, que busca ser incluida y obtener respuestas a los problemas que le afectan, como para la Administración, que busca promover una mayor eficacia y aceptación de su actuación, y mantener su legitimidad (Ibarra Güell & Blas, 2006, pág. 7).

El contexto descrito es el escenario en el que surge el fenómeno de una Administración menos vertical, más participativa y dispuesta a la toma de decisiones concertadas. En la práctica se crean espacios para la participación y el diálogo en los que la Administración busca establecer los diversos intereses, conocimientos, niveles de información y aceptación de la ciudadanía en aras de asegurar la eficacia de sus decisiones.

³⁷ “Estábamos así ante un Estado que concentraba un gran poder material, económico, tecnocrático, científico, y que asumía un protagonismo dirigente sobre una sociedad que adoptaba de algún modo una posición pasiva descargaba en él la actividad prestacional asiendo (sic) ella, la sociedad, el objeto, la masa, sobre la que se proyectaba su actividad conformadora y prestacional. Este panorama ha cambiado por completo en las dos últimas décadas. El poder material –el poder económico, el que deriva del conocimiento científico y técnico, del dominio de los circuitos de la comunicación, y de otras estructuras- se encuentra ahora en la sociedad, extramuros del Estado. La sociedad no sólo ha incrementado su poder en términos cuantitativos, por así decirlo, sino que abandonando su posición en cierto modo pasiva, destinataria de la acción del Estado, parece ponerse en pie al auto organizarse muy eficazmente y fortalecerse a través de procesos racionales de autorregulación que se desenvuelven en registros que tienden a ser transnacionales” (Esteve Pardo, 2014b, pág. 2).

La deliberación y concertación de la Administración con la ciudadanía se manifiesta como una actividad flexible que encierra una gran variedad de formas de actuación que tienden a la cooperación informal, esto es, procesos participativos multilaterales de toma de decisión en asuntos públicos sin una reglamentación expresa y especial. Estas manifestaciones cuestionan el formalismo jurídico que históricamente ha gobernado la actividad administrativa y, a su vez, son, entre otras muchas manifestaciones, signos de la necesidad de adaptación del Derecho Administrativo a la sociedad contemporánea.

A pesar de la evidente necesidad del surgimiento de campos de actuación pública necesitados de colaboración, en especial, en los casos de participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales, en la doctrina jurídico-administrativa interna no se ha estudiado con profundidad este fenómeno. En este caso, la doctrina ha otorgado mayor interés al estudio de los actos unilaterales e impositivos, de comando y control, como manifestación de la actividad de policía y, aunque ha asumido el desarrollo del contrato y la colaboración privada en la Administración, está pendiente el análisis del impacto dogmático que los nuevos fenómenos de participación ciudadana representan en la transformación de la actividad administrativa (Schmidt Assmann, 1993, pág. 14; Agudo, 2011a, págs. 18-19)³⁸.

Por ejemplo, en el caso de la doctrina jurídico ambiental colombiana persisten las mismas teorías y enfoques sobre las formas jurídicas de actuación, en los cuales todavía el centro de atención sigue estando en la toma de decisiones unilaterales (actos), como forma de actuación fundamental para ordenar los diferentes fenómenos sociales³⁹. Pese a este formalismo

³⁸ Desde los años 80, Sánchez Morón (1980, págs. 25-30) explicaba que a pesar de los cambios entre Estado y sociedad, la presión de los diferentes grupos u organizaciones sociales por alcanzar la participación en el campo político, la doctrina del Derecho Administrativo y su Derecho positivo permanece “incambiada” en tanto mantiene sus teorías tradicionales, como la del principio de separación entre política y Administración, y el enfoque de las garantías de los individuos como límites y defensa a la intromisión abusiva del Estado.

³⁹ En su mayoría, los manuales de Derecho Ambiental siguen abordando de manera central los actos autorizatorios, como la licencia ambiental y los permisos, sin una reflexión sobre la participación ciudadana en su trámite y cómo ésta transforma la actividad administrativa en el ámbito ambiental. El estudio de los mecanismos de participación siempre se hace en capítulos independientes, aislado de la discusión sobre las formas clásicas de actuación. Esta forma de asumir la actividad administrativa ambiental encaja con la crítica de algunos profesores constitucionalistas para quienes, no obstante, los cambios políticos, económicos y sociales que han afectado el país desde los años 80, la doctrina administrativa tradicional fundamenta sus análisis de la actividad de la Administración desde el enfoque orgánico del Derecho Administrativo y en la centralidad del acto como forma jurídica predominante (López Medina, 2007; Alviar, 2007; Suárez, 2012, págs. 262-263). Muy recientemente, desde mediados del año 2000, se publican monografías y estudios críticos que inician la discusión sobre las bases de la reforma del Derecho Administrativo colombiano, algunos de ellos corresponden a los

doctrinal, la Administración y la ciudadanía han encontrado formas de relacionarse distintas e innovadoras que no tienen la intención de vulnerar la Ley, sino hacer más flexibles los requisitos de las relaciones jurídicas en aras de alcanzar acuerdos para cumplir los objetivos legales que orientan la consecución de los fines del Estado. El ámbito del Derecho de la Administración Ambiental es aquel en el que sin duda se presenta con mayor claridad la complejidad de la “Sociedad del Riesgo” y, por tanto, el surgimiento de nuevas formas de actuación administrativa⁴⁰; una de ellas, es precisamente la concertación informal de la Administración (Schmidt Assmann, 2003, pág. 132), tema objeto central de esta investigación.

III. CUESTIONES METODOLÓGICAS

En la doctrina jurídica no es usual, de hecho es casi inexistente, que se describa el método en virtud del cual se proponen nuevos (o se reformulan) conceptos, teorías o ideas de reflexión⁴¹. En la tarea de construcción de una tesis doctoral éste propósito significa un esfuerzo adicional, pero necesario, a la generación de nuevo conocimiento. Sin duda hacer visible el proceso investigativo es una tarea creativa⁴², dado que parte de la dificultad de no encontrar en la literatura jurídico-científica las fórmulas que permiten, a través del cumplimiento de ciertas reglas o “pasos”, llegar a resultados que puedan validarse como verdaderos, porque corresponden precisamente al seguimiento estricto del método, teniendo en cuenta que el objeto de la ciencia “es descubrir la verdad”.

trabajos de Molano (2005); Montaña (2010; 2014); Sánchez Pérez (2012); Santaella (2013; 2014); Ospina (2014); y Henao (2014).

⁴⁰ Según Schmidt Assmann (2003, pág. 131): el Derecho Ambiental está marcado por una complejidad grande gracias a las ideas que considera describen este Derecho: “un Derecho *de riesgos*” encargado de administrar los riesgos todavía imprevistos del desarrollo tecnológico y “un *Derecho de gestión y protección* de bienes comunes que se encuentran sobre explotados”. Así, la complejidad se manifiesta de tres maneras: “como *problema de conocimiento*, debido a la dificultad de comprensión de las interacciones entre los elementos singulares que conforman el medio ambiente natural; como *problema de decisión pública*, por el peligro de irreversibilidad de los daños; y como *problema de gestión o distribución de recursos*, habida cuenta de la multiplicidad de usos y de derechos que pretenden ejercerse sobre el objeto protegido. Este dilema de complejidad” constituye un reto para el Derecho Administrativo, al poner en cuestión sus dogmas centrales...”

⁴¹ “La dogmática no tiende a dar cuenta de la actividad desplegada hasta llegar al concepto. Se atiene al ya formado. Lo ofrece como un resultado o un producto. Esto conduce a cierto estatismo” (Hernández Gil, 1981, pág. 80).

⁴² “La misión de la ciencia no es identificar o descubrir un sistema anterior a ella. Más bien se trata de construirle, o al menos, de reconstruirle. En cualquier caso, hay una labor creadora” (Hernández Gil, 1981, pág. 80).

Las dificultades son mayores cuando, en el caso de una investigación dogmática como la presente, se propone la revisión y reinterpretación de conceptos jurídicos a la luz de distintas teorías y, además, se plantean elementos metodológicos provenientes de disciplinas diferentes al Derecho, con el objetivo de adaptar éste último a la realidad y proveer soluciones a ciertos problemas. Los obstáculos no solo surgen de la inexistencia de un “método infalible” en el sentido comentado, sino de las críticas que desaniman directamente las posibilidades de hacer investigación dogmática. De hecho, a la dogmática se le ha acusado de no ser ciencia, al tratar de compararla con las ciencias experimentales, por no recaer sobre un objeto no contingente y carecer de un método científico (Haba, 2007)⁴³; y por si fuera poco, se le ha tildado de alejada de la realidad social, al pretender explicar un objeto cambiante como la sociedad a través dogmas, lo que le impide lograr su fin de solucionar conflictos reales (Calsamiglia, 1990, págs. 49-60).

Frente a estas críticas que responden a percepciones erradas de la ciencia y que imponen una carga excesiva al Derecho⁴⁴, es necesario responder que este trabajo asume la investigación dogmática como un ejercicio *explicativo* que aspira a una mejor comprensión del Derecho encaminada a la solución de problemas reales y que para su construcción se basa en unas reglas aceptadas por una determinada comunidad de juristas -comunidad científica-⁴⁵. De acuerdo con las ideas anteriores, y afrontando la tarea nada fácil de explicar los pasos y elementos metodológicos vinculados con la ciencia jurídico-administrativa⁴⁶ que se siguieron

⁴³ “...la lógica de lo racional, la lógica que ha sido llamada físico matemática, no es el instrumento apto ni para el planteamiento ni para la solución de los problemas humanos prácticos, como son, por ejemplo, los problemas políticos y jurídicos. El empleo de esa lógica formal para el tratamiento de los problemas jurídicos, cuando no resulta perjudicial y lleva a resultados insensatos y monstruosos...” (Recasens, 1980, pág. 278).

⁴⁴ Al respecto Calsamiglia (1990, pág. 14) destaca que ninguna ciencia pretende (y ha podido) solucionar todos los problemas objeto de estudio, lo que implica una carga exagerada sobre la ciencia del Derecho, al pretender que ésta formule métodos infalibles para solucionar los conflictos sociales más importantes. Sobre el estatus de ciencia del Derecho véase entre otros: Henkel (1968); Hernández Gil, (1981); Ferrajoli (2008); Larenz (2010).

⁴⁵ Esta reflexión se inspira en la postura de Calsamiglia (1990, pág. 68) a propósito de la discusión sobre la científicidad de la dogmática o jurisprudencia: “Discutir si la jurisprudencia es una ciencia o no, puede tener interés desde el punto de vista político como ataque o defensa del poder de la comunidad dogmática. Ahora bien; desde el punto de vista cognoscitivo, carece de interés. Ahora bien; el impulso de una investigación viene determinado por el rendimiento explicativo y no por la definición. Para mí la cuestión relevante es la siguiente: se afirma o niega el estatuto científico de la jurisprudencia ¿Se conoce más y mejor el Derecho? ¿Se puede establecer una distinción rígida entre la ciencia y no ciencia? ¿Cuáles son los criterios utilizables? ¿Los asumimos dogmáticamente?”

⁴⁶ Conforme lo explica Vosskuhle (2012, pág.145) ha habido un intenso debate desde los orígenes del Derecho Administrativo centrado en la determinación del método para la construcción científica de este Derecho como tal.

en este trabajo para llegar a las tesis y conclusiones que presenta, a continuación se describen sucintamente las teorías e instrumentos en los que se sustenta.

Planteamiento Metodológico General

El estudio de la actuación informal de concertación de la Administración adoptó el método de investigación jurídica⁴⁷ -en concreto investigación dogmática⁴⁸- y la integración de elementos metodológicos provenientes de las Ciencias Políticas y las Ciencias de la Administración, desde el marco teórico otorgado por la doctrina del *nuevo Derecho Administrativo*⁴⁹. Esta doctrina propone la ampliación del método jurídico a partir de una mayor relación con las demás ciencias sociales a fin de trascender “la dimensión normativa (correcto-falso)” por la formulación de proposiciones dirigidas más a “la conveniencia o no de una determinada solución o la capacidad explicativa y de relación de un argumento o modelo” (Vosskuhle, 2012, pág. 149)⁵⁰.

La tesis se ocupa del análisis de ciertos conceptos dogmáticos -como actividad administrativa y actividad material- y las teorías jurídico-administrativas tradicionales que dan sentido a dichos conceptos. Se justifica, además, bajo la idea de la revisión y adaptación de los conceptos dogmáticos cuando éstos ya no describen, explican u ordenan de manera suficiente la realidad⁵¹. Con fundamento en esta premisa, el análisis se emprendió a partir de

⁴⁷ Se entiende por método jurídico aquel cuyo objeto “se circunscribe radicalmente al ámbito jurídico. Se ocupa de toda clase de expresiones normativas, sean éstas generales o individuales, escritas o no escritas, insertadas a modo de sistema o conjunto”, siendo una de sus preocupaciones: “establecer los presupuestos y condiciones para que la acción de la Administración pública se vincule a, y se legitime en, la Ley democrática” (Vosskuhle, 2012, pág. 146).

⁴⁸ En este trabajo no se asimila la investigación dogmática al conceptualismo jurídico que es incapaz de asumir la realidad en sus tesis de trabajo, tal como lo criticara Ihering. En cambio, se entiende con Troncoso (1999, pág. 96) que “La dogmática, si no quiere perderse en el cielo de los conceptos jurídicos como afirmaba Ihering, tiene que estar en la tierra, lo que significa que tiene que ser un instrumento para explicar la realidad y no para distorsionarla. Son las categorías las que se deben adaptar a la realidad y no viceversa, y son éstas las que mueren cuando esta realidad cambia. Esta realidad a la que nos referimos es también la legislativa, ya que la decisión política recoge la solución a las distintas tensiones sociales y es lo que constituye en última instancia el Derecho administrativo. Por tanto, las mismas categorías válidas hace unos años pueden dejar de serlo por la sola voluntad del legislador. Hacer dogmática no puede justificar una defensa numantina de categorías antiguas, asumidas personalmente y desarrolladas en obras científicas”. Sobre la perspectiva dogmática en esta tesis: Hernández Gil (1981); y Melero (2003).

⁴⁹ En el sentido de Canaris (1995, pág. 28) cuando afirma que “las teorías tienen la función de ayudar en la comprensión del derecho con la ayuda de los conceptos y los principios jurídicos”. De forma similar Larenz (2010, pág. 236-241).

⁵⁰ Una síntesis de esta teoría en el Capítulo 1, B-II de este trabajo.

⁵¹ Los conceptos dogmáticos para ser precisos deben cumplir con las funciones citadas, si ello ya no es así, se le exige a la dogmática: “una tarea continua de adaptación o reformulación de los conceptos existentes que se

una reconstrucción conceptual, esto es, el examen de la literatura relevante que da cuenta de las características y estado actual de los conceptos objeto de estudio⁵². De forma paralela, se identificaron las funciones cognitivas y operativas de los conceptos dogmáticos⁵³ y se seleccionaron sus atributos -categorías comprendidas⁵⁴-, en tanto su capacidad para entender y proveer las condiciones para la sistematización de la actuación informal de concertación de la Administración. Este análisis permitió verificar que esta actuación no se incluye explícitamente dentro de los conceptos dogmáticos tradicionales y sus categorías analizadas.

Todo el material teórico se contrastó y analizó con fundamento en la doctrina de la función administrativa -criterio teleológico- y de la escuela del *nuevo Derecho Administrativo*. Con base en la doctrina de la función administrativa, los conceptos dogmáticos y sus atributos se revisaron a la luz de los fines constitucionales del Estado Social de Derecho⁵⁵ en el marco del

consideran obsoletos –porque las zonas grises han crecido demasiado y ya no son explicativos, exigiendo numerosos matices en su definición (como el concepto de servicio público) -y también, según las circunstancias, de creación de nuevos conceptos (como el de adjudicación de recursos escasos). En esos casos, *será útil formar conceptos dogmáticos nuevos o reformular los ya existentes cuando exista un nuevo contexto jurídico*, determinado por un cambio normativo que introduce nuevos regímenes jurídicos para distintas realidades o por una modificación de las circunstancias sociales, políticas o económicas que tenga repercusión en el Derecho” (Díez Sastre, 2015, pág. 126).

⁵²De acuerdo con las reglas de Sartori (2011, pág. 216) para comprender un concepto es necesario identificar su connotación, o características, y para ello se debe “excavar” en la historia del concepto y valorar “cuál es su situación actual en la literatura”.

⁵³ Las funciones cognitivas estudian y explican la realidad existente. Por su parte, las funciones operativas profundizan en la aplicación e identificación de las reglas que se dan en la realidad, ayudan a comprenderla para controlarla, construir y modificarla (Gabriel, 2014, pág. 7).

⁵⁴ Los conceptos estudiados de actividad administrativa y actividad material constituyen una suerte de “depósito” con unos atributos muy generales, que incluso a través de la historia del concepto se han puesto en duda o reformulado (por ejemplo, se discute si en el concepto de actividad administrativa debe estar incluida exclusivamente la Administración como elemento indispensable para su significado, o deben integrarse las personas privadas). Estos “depósitos” permiten contener especies o categorías (“sub-depósitos”) cuyas características contribuyen a la formación de la definición general, por ejemplo, las modalidades de la actividad administrativa permiten darse una idea general de la actividad administrativa como mera ejecución de la Ley). En este caso fue indispensable el estudio de los conceptos generales a través de sus categorías (Sartori, 2011, págs. 256, 269), así por ejemplo, se estudió el concepto de actividad administrativa teniendo en cuenta que históricamente se le ha definido a través de las modalidades tradicionales de actividad de policía, servicio público y fomento; y las actuaciones en las que se concreta como: reglamento, acto y contrato administrativo.

⁵⁵ En adelante en este trabajo se hará referencia al Estado Social de Derecho como el modelo y principio constitucional en el que se desarrolla la propuesta dogmática de esta tesis doctoral. Se quiere precisar que se hace mención al Estado Social de Derecho en una segunda etapa de transformación haciendo alusión a la tesis de Porras Nadales (2014, pág. 69), según la cual, se socaban “las pretensiones de centralización y dirección política jerárquico-unitaria del sistema, abriendo así la evolución del Estados social a una segunda etapa, caracterizada por su mayor grado de horizontalización acompañada de sus lógicas consecuencias en términos de complejidad y entropía”. Pero también se alude al proyecto todavía inacabado de la realización de la justicia material a través de la plena garantía de los derechos fundamentales, sociales y colectivos que este modelo representa para las democracias latinoamericanas. Así independientemente de las críticas desde el punto de vista económico y político; desde el ámbito jurídico y, sobre todo, desde la transformación de la perspectiva de una actividad administrativa todavía con rezagos de las ideas liberales, el Estado Social de Derecho posee tareas pendientes

ordenamiento jurídico colombiano⁵⁶; y con respecto a la escuela del *nuevo Derecho Administrativo*, se tomaron instrumentos metodológicos como el análisis de sectores de referencia⁵⁷ y los conceptos clave o puente.

Estos instrumentos metodológicos fueron fundamentales para el estudio concreto de la actuación informal de concertación y, por tanto, para proponer la adaptación del concepto dogmático de actividad administrativa. Por medio del análisis del sector de referencia del Derecho Ambiental⁵⁸ se constató la presencia cada vez más reiterada de procesos de concertación informal de la Administración con la ciudadanía para alcanzar fines constitucionales como el de protección ambiental⁵⁹. Este estudio identificó un importante ordenamiento positivo que involucra no solo nuevas reglas que flexibilizan la actividad unilateral de la Administración, sino un significativo componente político (compuesto por principios constitucionales y legales, instrumentos internacionales y políticas públicas internas) que promueven la gobernanza como una forma de gobernación ideal para tratar los asuntos ambientales⁶⁰.

Con el objeto de determinar el contexto de la realidad en la que se desarrolla la actividad administrativa actual se incorporó a la investigación **la gobernanza como un concepto clave**

por realizar (Uprimny, 2002). Cabe citar que de acuerdo con Tornos (2013, pág. 177), la exigencia de realización de derechos no puede suspenderse a pesar de la crisis del modelo en su aspecto económico. De igual manera se hará mención a conceptos como Estado cooperativo o Estado garante solamente con el propósito de resaltar las ideas sobre los cambios en la relación Estado-Sociedad que ilustran estos conceptos-clave.

⁵⁶ Es por ello, que el análisis dogmático apoyado en la escuela del *nuevo Derecho Administrativo* orientó la investigación, sin perder de vista las particularidades del ordenamiento jurídico colombiano, sobre todo, la jurisprudencia constitucional que en el tema bajo estudio se fundamenta mayormente en la aplicación de principios debido a la inexistencia de legislación expresa.

⁵⁷ Sobre el significado y funciones metodológicas de los sectores de referencia véase el Capítulo 1/ B.II.

⁵⁸ “La sectorialización dominante en la realidad del Derecho Público justifica el recurso a «sectores de referencia» de la parte especial del Derecho Administrativo como herramienta metodológica, para confrontar las técnicas jurídicas utilizadas en esas materias, y la concreta articulación de intereses que tiene lugar en las mismas, a la luz de las categorías y conceptos de la parte general del Derecho Administrativo. Se propone, así, un complejo proceso (inductivo/deductivo) de construcción sistemática, que permite examinar en qué medida los conceptos jurídicos fundamentales deben ser reconstruidos o asumir una interpretación evolucionada o adaptada que, al tiempo de garantizar la función de simplificar y clarificar el material jurídico, eviten la fragmentación sectorial” (Agudo, 2014, pág. 116).

⁵⁹ Al respecto en la primera parte de esta introducción se hizo una breve descripción de los casos estudiados en la investigación.

⁶⁰ La complejidad que pretende regular el Derecho Ambiental ha implicado la creación de nuevas autoridades, como las encargadas de la protección ambiental que, al igual, que las comunidades, las industrias, la academia y la sociedad en general exigen espacios de diálogo y concertación, para exponer sus visiones sobre la forma en que se deben ejercer los controles sobre las actividades potencialmente contaminantes y la protección del medio ambiente. Ello ha traído como consecuencia la positivización de principios y reglas novedosas, así como la práctica de variedad de formas de actuación administrativa formales e informales.

o *punte* proveniente de las Ciencias Políticas y de la Administración. El estudio de los aportes de la gobernanza se hizo en el marco de la concepción del Derecho Administrativo como un *sistema abierto* que se enriquece a través del contacto con otras disciplinas científicas y su orientación hacia la eficacia en la resolución de problemas que promueve la doctrina del *nuevo Derecho Administrativo*⁶¹.

Según estas ideas, al Derecho Administrativo le es propio la preocupación por la eficacia de los efectos que produce en la práctica. Esta preocupación por la eficacia se deriva del postulado de “orientación hacia la dirección” (Schmidt Assmann, 2006b, pág. 165) y de la exigencia de verificar el logro de los fines propuestos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. En un primer momento, este propósito se dirige a la identificación de aquellos efectos prácticos con apoyo en el conocimiento las otras ciencias afines y su capacidad explicativa de la realidad; y, en segundo lugar, se busca una “retroalimentación” del ordenamiento jurídico en pro de su renovación y ajuste con la realidad⁶².

Los criterios recién indicados implican la necesidad de comprender la realidad a fin de direccionar el Derecho hacia la solución eficaz de problemas. Esto exige verificar hechos y situaciones a las que se enfrenta la actividad administrativa, que por sí mismos el Derecho no aborda ni explica, tal como sucede con los procesos de concertación informal ambiental entre la Administración y múltiples actores. Los conceptos clave/puente permiten la conexión con otras ciencias o nuevas ideas dentro del Derecho⁶³, a fin de obtener una explicación y

⁶¹ Sobre el Derecho administrativo como sistema y la perspectiva de la *ciencia de la dirección* véase el Capítulo 1. B-II de este trabajo.

⁶² “En un segundo paso o fase, se trata de *retroalimentar* la legislación administrativa con ese *conocimiento y experiencia generados sobre los efectos*. En ese sentido, en primer lugar, la legislación vigente debiera estar abierta a la revisión en la mayor medida posible, de modo que puedan potenciarse y facilitarse las eventuales revisiones y reformas de los impulsos directivos a los que la legislación responde. En segundo término, cuando se trata de aplicar el Derecho, la interpretación podrá tener en cuenta en distinta forma las consecuencias o resultados a que ésta conduce en la realidad, es decir, cuando se pretende indagar mediante la interpretación la voluntad de legislador, la finalidad de la norma en cuestión o las consecuencias jurídicas anudadas al presupuesto de hecho. Es más, en ocasiones resulta obligado evaluar y tener en cuenta los efectos, cuando la Ley lleva a cabo una programación finalista (de resultados)” (Schmidt Assmann, 2006b, págs. 170-171).

⁶³ Estos conceptos también pueden construirse dentro del mismo Derecho, por ejemplo el concepto de constitucionalización del Derecho, lo importante de este recurso metodológico es que propone nuevas ideas de reflexión evidenciando cambios en el contexto jurídico, social o político.

comprensión detallada de la realidad, así como, la reinterpretación de ciertos conceptos jurídicos (Schmidt-Assmann, 2006, pág. 175)⁶⁴.

En consecuencia, el concepto de gobernanza fue útil para comprender las características y la dinámica de la actuación informal de concertación desde el marco teórico de las ciencias sociales. Igualmente, sirvió para proponer nuevas ideas de transformación del concepto de actividad administrativa sobre todo en lo que atañe a sus funciones de explicación de la realidad. De acuerdo con Vosskuhle (2012, pág. 176), los conceptos clave/puente “reducen la complejidad” a través de sus diferentes funciones comprensiva, interpretativa y explicativa⁶⁵. Debe aclararse que la finalidad no estuvo en la incorporación jurídica del concepto de gobernanza, sino en aprovechar su contenido para replantear y contextualizar conceptos jurídicos. Se trató de seguir un “control dogmático” para lo cual, de acuerdo con el profesor Agudo (2013a, págs. 88-89), se ha partido de la “conexión finalista con los principios constitucionales”, dada la evidente vinculación sustantiva de principios de la buena gobernanza con principios constitucionales como los de participación, eficacia, transparencia etc. En otras palabras, los principios de la buena gobernanza fueron útiles para incorporar una perspectiva de adaptación del concepto de actividad administrativa, a partir del

⁶⁴ “Cabe ir más allá y establecer un *postulado comprensivo y diferenciado* que permita aunar perspectivas distintas, sin renunciar a la respectiva identidad de cada una de las disciplinas. Para ello es necesario fijar unas reglas apropiadas para el «tráfico», que sirvan para estructurar la transferencia de conocimientos entre una ciencia del Derecho Administrativo, de carácter dogmático y normativo, de un lado, y las ciencias afines, de otro, esto es, para articular una suerte de «*metateoría transdisciplinar*». Forman parte relevante de una tal metateoría, entre otros elementos, la transparencia metodológica; la honestidad del método; la necesidad de motivar toda transferencia de teorías y conceptos; la demostración de los distintos horizontes o escenarios de aplicación; y la construcción de mecanismos de protección. Elementos éstos que en los momentos de mayor complejidad y, en consecuencia, de menor productividad, facilitan la provisión de conocimientos, y, con ello en parte también, un cierto asilamiento de la ciencia del Derecho Administrativo frente al entorno o medio ambiente científico” (Schmidt Assmann, 2006b, págs. 175-176).

⁶⁵ “A ellos les corresponde la relevante función de aproximar y especificar su función de aproximar y especificar sus respectivos objetos de interés y de trabajo científico (*función comprensiva*). Al mismo tiempo sirven para generar supraconceptos o ideas ordenadoras superiores, comprensiones de la realidad, hipótesis sobre los efectos que puedan producirse... y así, entre otras cosas, utilizarlos argumentalmente en diversos contextos y escenarios, puesto que son capaces de concentrar y retener en sí un enorme caudal de información y de ideas (*función interpretativa y explicativa*). No sin frecuencia algunos conceptos-clave remiten, por ello, a un verdadero proceso de aprendizaje en el plano político y social (sin que ello signifique, claro es, que exista una única opción correcta). En cierto modo, reducen la complejidad, aunque al mismo tiempo sirven de plataforma para la inspiración, ya que ofrecen una primera aproximación a conceptos o ideas aún poco maduros; permiten trabajar en común las distintas dimensiones o perspectivas del tema (*función de trabajo en común o en red*); y dan indicaciones para el futuro (*función orientadora*). Por consiguiente, los conceptos-clave están llamados a la concreción y al desarrollo ulterior, no dan una respuesta unívoca, sino que muestran el camino que ha de seguir el pensamiento científico” (Vosskuhle, 2012, págs. 176-177). Igualmente, la profesora Díez Sastre (2015, pág. 127) resalta que la perspectiva de la dirección le imprime la función a estos conceptos de tener en cuenta las condiciones de aplicación eficaz del Derecho, perspectiva en la que los conceptos dogmáticos es insuficiente

enriquecimiento y reinterpretación de los principios jurídicos llenándolos de “dosis de realidad”⁶⁶. En este sentido, los principios también cumplen su función como elementos metodológicos que permiten atribuir la unidad y orden que requiere todo enfoque sistemático. De esta manera, los principios permiten dirigir el análisis del material objeto de estudio ligado a la actuación informal de concertación, a fin de lograr su encuadramiento en el sistema interno del ordenamiento jurídico⁶⁷.

Por último, para la inclusión de la actuación informal de concertación de la Administración dentro de la teoría del *Derecho Administrativo como sistema*, se recurrió a la construcción de tipos administrativos como instrumento metodológico. Su utilidad está en la ordenación del material jurídico, seleccionando y aislando ciertas características de la actividad administrativa para crear un modelo que de respuesta a problemas que no encuentran solución en la simple interpretación del ordenamiento jurídico (Rodríguez de Santiago, 2007, pág. 92). La actuación informal de concertación a partir de su estudio como un tipo de actuación facilitó la construcción de sus atributos, dada la flexibilidad de los tipos para integrar distintas manifestaciones a pesar de no reunir todas las características que componen el concepto dogmático del que se derivan, sino ser “imágenes gráficas de la realidad” (Vosskuhle, 2012, pág. 180)⁶⁸.

En una gran síntesis sobre los métodos jurídicos usados para cumplir con los propósitos y tareas descritas, fue esencial la revisión y construcción de un contexto teórico⁶⁹ (método deductivo), a fin de contrastar su pertinencia con la realidad práctica de la Administración (método inductivo)⁷⁰. Para identificar esta última, se analizó el Derecho positivo y los

⁶⁶ Como instrumentos metodológicos también se tuvieron en cuenta otros conceptos clave como la constitucionalización y reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad, importantes para dar contexto jurídico, explicar y orientar el análisis de la actividad administrativa informal.

⁶⁷ Como lo propone la profesora Díez Sastre (2015, pág. 120), las funciones de los principios: “son de carácter interpretativo y heurístico –de descubrimiento de relaciones y conexiones de sentido entre distintos enunciados o proposiciones jurídicas-. Ofrecen una explicación esencialmente dinámica del Derecho que permite distintas conexiones de sentido entre múltiples elementos. En este sentido, se separan de los conceptos dogmáticos, que explican el material jurídico de forma más estática”.

⁶⁸ Sobre la formación del tipo de actuación informal de concertación véase el Capítulo 3 de este trabajo.

⁶⁹ Por ejemplo se examinó el marco teórico que fundamenta las funciones dogmáticas de los conceptos objeto de análisis, así se estudiaron entre otras teorías, el formalismo jurídico y las diferentes corrientes doctrinales sobre el objeto del Derecho Administrativo. Igualmente, la doctrina en ciencias políticas sobre la gobernanza.

⁷⁰ El método deductivo “consiste en tomar conclusiones generales para explicaciones particulares” y el método inductivo “utiliza el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar a conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general” (Bernal, 2006, pág. 56).

documentos jurídicos relevantes al objeto de estudio (análisis documental⁷¹); y, teniendo en cuenta la imposibilidad de conocer y comprender la informalidad⁷², a partir de la revisión documental, se recurrió a la técnica de entrevista con actores importantes (Bernal, 2006, pág. 175)⁷³.

IV. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA TESIS DOCTORAL

El estudio de la actuación informal de concertación se ha dividido en dos partes: la primera guarda el nivel de abstracción que exige la construcción sistemática del Derecho y los instrumentos metodológicos que se han descrito, sin que ello impida que se vinculen los ejemplos de caso del Derecho positivo seleccionados para contrastar las ideas generales. Está compuesta por tres capítulos: el primero, dirigido a establecer el contexto en el que se originaron las bases teóricas de la actividad administrativa, a fin de identificar las dificultades que éstas presentan al abordar el análisis dogmático de la actuación informal de concertación. Es, por ello, que se hace un recorrido por el formalismo jurídico del siglo XIX y XX y su influencia en el Derecho Administrativo, para luego analizar su crisis y proponer un nuevo enfoque dogmático a partir de la corriente doctrinal del *nuevo Derecho Administrativo*. El capítulo termina con una reflexión específica sobre la influencia del formalismo jurídico administrativo en Colombia y su influencia en la actualidad.

El Capítulo Segundo está dedicado al análisis de la gobernanza y de la actividad administrativa en el sector de referencia del Derecho Ambiental de acuerdo con el enfoque dogmático del *nuevo Derecho Administrativo*. Comienza con un estudio exploratorio del concepto de gobernanza para definir los aportes de ésta en la revisión del concepto dogmático de actividad administrativa. Paso seguido, se aborda la reconstrucción conceptual de este último concepto en la doctrina general con el estudio de la función y actividad administrativa

⁷¹ Se parte del análisis de la información recogida en diferentes documentos jurídicos como leyes, decretos, convenios, informes oficiales, etc., además de artículos y páginas web, con la finalidad de establecer el estado actual del tema objeto de estudio, comparar y establecer relaciones (Bernal, 2006, pág. 110).

⁷² Actuación informal como parte de la realidad de la práctica cotidiana administrativa.

⁷³ Los criterios de selección de los actores a entrevistar se basó en su influencia en la formulación de políticas públicas, su participación en la negociación con actores clave e implementación de actuaciones informales de concertación importantes en el nivel nacional.

como objeto del Derecho Administrativo y, en especial, en la doctrina nacional colombiana, para luego finalizar con el análisis de las funciones dogmáticas de la actividad administrativa a la luz de la gobernanza y el criterio teleológico de la función administrativa en el ámbito del Derecho Ambiental.

El Capítulo Tercero se ocupa del estudio específico de la actuación informal de concertación desde la doctrina de las formas jurídicas a fin de identificar la insuficiencia explicativa de esta doctrina, al menos, si se sigue un enfoque tradicional de la misma. Estas consideraciones fundamentan la necesidad de proponer un nuevo tipo administrativo, el de la actuación informal de concertación, con lo cual, el capítulo finaliza con un análisis de los atributos de este nuevo tipo y la propuesta de parámetros de conducta que deben ordenar su práctica.

La segunda parte del Capítulo Tercero pretende seguir la idea de la orientación hacia la acción del Derecho Administrativo y de la necesidad de verificar sus resultados en la práctica a través del sector de referencia del Derecho Ambiental. Si bien durante la tesis se hace referencia a los casos del ordenamiento colombiano, en específico a la toma de decisiones participativa como estrategia para la conservación de la biodiversidad, los procedimientos de la consulta previa a comunidades étnicas, y los convenios y guías ambientales en materia de producción más limpia y consumo sostenible, ha sido necesario hacer énfasis en uno de estos casos para insistir en el importante desarrollo de la actuación informal de concertación en Colombia y analizar más a fondo, desde un solo caso, las condiciones de su origen político y de desarrollo en la práctica jurídica. En consecuencia, el Capítulo Cuarto se centra en el estudio de la práctica de las autoridades ambientales colombianas en un caso específico: el de la concertación informal ambiental en materia de consumo sostenible y producción más limpia. Es aquí donde el material del Derecho positivo colombiano es examinado a la luz de los presupuestos dogmáticos propuestos en la primera parte de la tesis.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

FORMALISMO JURÍDICO Y CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y LAS DIFICULTADES DE SU ESTUDIO DESDE EL FORMALISMO JURÍDICO TRADICIONAL

A. INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN DE LA REALIDAD JURÍDICA OBJETO DE ANÁLISIS

Tal como se señaló brevemente en la Introducción, la presencia de un pluralismo radical y la complejidad de los asuntos que ha asumido el Estado en el contexto de la “Sociedad del Riesgo” o sociedad *post* industrializada han llevado a un cuestionamiento de la eficacia de la actuación impositiva y unilateral de la Administración. Ciertos ámbitos de la actividad administrativa son más proclives a este cuestionamiento, tal como sucede en el Derecho Ambiental.

En efecto, debido a que el Derecho Ambiental se involucra directamente con aspectos fundamentales relacionados con la supervivencia del planeta y en general el bienestar de las personas⁷⁴, cada vez más se reclama por la ciudadanía, compuesta por diferentes grupos de intereses, una participación más directa en la toma de decisiones públicas que afectan no sólo sus actividades socio-económicas, sino el estilo mismo de sus vidas. Esta exigencia de participación ha fundamentado un gran número de movimientos sociales en el mundo⁷⁵, llegando a ser tan contundente que es actualmente reconocida por el Derecho positivo como un derecho fundamental en diversos tratados internacionales y, por tanto, transmitida a los ordenamientos internos a través de la promoción de la gobernanza ambiental⁷⁶.

⁷⁴ Desde la segunda mitad del siglo XX con el nacimiento del Derecho Ambiental moderno “el medio ambiente se consolida ya definitivamente como un *concepto comprensivo de una defensa global y sistemática de la Naturaleza*, y la preocupación por estos temas alcanza dimensiones mundiales” (Lozano Cutanda, 2007, pág. 37). La defensa del ambiente pasa de ser una cuestión de estudio y mejoramiento del conocimiento científico o tecnológico, para ocupar la reflexión ética sobre el desarrollo de nuevas formas de vida y el bienestar humano (Iñiguez, 1996).

⁷⁵ Una revisión sobre los movimientos sociales ecologistas en: Leff (1991); Martínez Alier (1992); Doherty & De Geus (1996); y Alonso (2006).

⁷⁶ Al respecto véase: Capítulo 2, A-II.

De esta manera, muchos espacios de la actividad administrativa, incluso la orientada al mantenimiento del orden público como sería la prevención de riesgos en materia ambiental⁷⁷, han sido transformados para dar paso a una actuación más participativa y concertada con prelación a la toma de decisiones unilaterales e impositivas⁷⁸. En la actualidad, esta manera de asumir las decisiones ambientales con base en la concertación no se limita a actuaciones que responden a la presión de grupos ciudadanos, sino que se trata también de iniciativas de la misma Administración que ve en la participación una oportunidad para hacer más eficaz el logro de los objetivos de su función.

Como resultado se evidencia el surgimiento de nuevas formas de actuación administrativa basadas en el diálogo con la ciudadanía, que no responden a las formas tradicionales del acto administrativo, el reglamento o el contrato. Se trata de actuaciones informales que se desarrollan con base en competencias generales que otorga la Ley a la Administración ambiental, y cuyo procedimiento responde más a las circunstancias especiales que impone cada asunto al que se aplican, precisamente porque carecen de un procedimiento administrativo estrictamente reglamentado. Este tipo de actuaciones se diferencian de las actuaciones ocasionales o sin relevancia⁷⁹, dado que como se estudia en esta investigación constituyen parte importante de la actividad administrativa por medio de la cual se deciden asuntos que involucran derechos y deberes relacionados con el logro de los fines constitucionales de protección y participación ambiental en el ámbito colombiano.

⁷⁷ De la noción de poder de policía que puede describirse como aquella facultad de la Administración para limitar las libertades de los ciudadanos a fin de conservar el orden público (Gordillo, 2014, pág. 210), se originarán y evolucionarán los principios y reglas del Derecho Ambiental dirigidos a prevenir los peligros naturales y los riesgos generados por el desarrollo tecnológico. El poder de policía en materia ambiental será aquella atribución dada por las normas constitucionales y la Ley a las autoridades públicas para imponer los deberes y obligaciones a los administrados de hacer, no hacer, abstenerse y tolerar en los eventos en que prevea que el ejercicio de una determinada actividad implica un inminente peligro o riesgo para la salvaguarda del derecho a un ambiente sano o adecuado de la comunidad en general. La novedad en materia de regulación de los peligros se presenta en la distinción entre peligros y riesgos, y las nuevas fuentes de generación de estos últimos, las medidas que se adoptan para su prevención y, los criterios y referencias a los que responden (Esteve Pardo, 1999, pág. 59). El origen de los riesgos a los que nos enfrentamos en la actualidad se ubica en el desarrollo industrial de la modernidad, el cual, a través de un continuo proceso de perfeccionamiento ha alcanzado grandes avances tecnológicos “desplazando a la policía de la seguridad” (Esteve Pardo, 2014a, pág. 1232), en profundidad en: Esteve Pardo (2003).

⁷⁸ Sobre ejemplos de este enfoque para asumir la actividad de policía en materia ambiental (*Vid.* Capítulo 2. D-I, 1.).

⁷⁹ Sobre el concepto de actuación informal se profundiza en el Capítulo 3 de este trabajo, no obstante se adelanta parte de la doctrina revisada en este tema: Bohne (1990; 2013); Schmidt Assmann (1993a y 2003); Shulze Fielitz (1993); Schulte (1993); Kloepfer (1993); Würtenberger (1993); Velasco (1998); Molano (2005); Sarmiento (2008); y Agudo (2011a y 2013b).

En consecuencia, este trabajo tiene el interés de visibilizar y estudiar el fenómeno de la actuación informal basada en la concertación en el ámbito del Derecho Ambiental colombiano, y cómo este fenómeno aporta nuevos enfoques de análisis dogmático de la actividad administrativa, para con ello contribuir al fortalecimiento e innovación del Derecho Administrativo general⁸⁰. Para efectos de este estudio, y como ejemplo de la importancia que representa en el ordenamiento ambiental interno, se parte de la identificación y descripción de algunos temas en los que la actividad administrativa se ha desarrollado principalmente a través de acuerdos informales.

En especial se citan como ejemplos la **toma de decisiones participativa como estrategia para la conservación de la biodiversidad**, los **procedimientos de la consulta previa a comunidades étnicas**, y los **convenios y guías ambientales en materia producción más limpia y consumo sostenible**, siendo este último tema en el que se hará mayor énfasis, debido al diseño de actuaciones administrativas especiales y con mayor tiempo de desarrollo en el país, que permiten evidenciar mejor la innovación en las nuevas formas jurídicas basadas en la concertación. A continuación, se hace una breve presentación de estos temas con el fin de ilustrar desde el inicio de este primer capítulo, las características especiales que los casos objeto de estudio revisten y su importancia para comprender los problemas de investigación a los que esta tesis intenta dar un marco teórico de análisis.

- **Las estrategias para la conservación de la biodiversidad** promueven la participación conjunta de las autoridades con la ciudadanía en asuntos como la administración de áreas protegidas y uso sostenible de la biodiversidad⁸¹. Ejemplo de estas estrategias son la Política de Participación Social en la Conservación de 1999 y los compromisos internacionales asumidos por el país en el marco del Convenio de Diversidad Biológica (CDB)⁸² y su séptima Conferencia de las Partes (COP 7) de 2004.

En lo que respecta a la Política de Participación Social en la Conservación, destaca su primer objetivo, el cual busca fortalecer la capacidad institucional para promover y consolidar

⁸⁰ “El dato de unas negociaciones informales que casi siempre son también consensuales indica una necesidad práctica de modos de proceder flexibles y, sobre todo, de nuevas fórmulas de solución que optimicen los intereses. Esta necesidad se ha de tomar en serio y no ha de considerársela ficticiamente irrelevante a causa de su satisfacción en las sombras del Derecho establecido académicamente” (Hoffman Riem, 1993, pág. 59).

⁸¹ Un estudio de las políticas en materia de protección y conservación de la biodiversidad con énfasis en los mecanismos de gobernanza en Colombia puede consultarse en Castro, Bustamante & Correa (2011).

⁸² Aprobado mediante la Ley 165 de 1994 (Congreso de la República, 1994).

procesos de participación social y coordinación interinstitucional para la conservación de la biodiversidad, los servicios ambientales de las áreas protegidas y de la diversidad cultural del país. Basada en el “nuevo paradigma” de gestión de las áreas protegidas que va más allá del enfoque científico, “busca la construcción de la conservación a través de acuerdos, especialmente con los pobladores locales” (Andrade, 2005, pág.14). En este ámbito gran parte de los objetivos de la promoción de la participación en materia de conservación se dirigen a establecer las reglas de juego de la intervención de las comunidades u organizaciones de la sociedad civil en la administración y uso de la biodiversidad conjuntamente con las autoridades.

Concretamente entre las actuaciones informales de concertación cuyo objetivo es la conservación de la biodiversidad pueden citarse, entre otros espacios participativos, los **Memorandos de Entendimiento –Mde-**, y los **Acuerdos de Régimen Especial de Manejo –REM-** de áreas protegidas. Estos espacios participativos son promovidos por las autoridades ambientales quienes poseen una competencia legal general para su creación, no se apoyan en una regulación especial que establezca las reglas sobre convocatoria y postulación para la participación, los procedimientos para la adopción de acuerdos y los efectos jurídicos de los mismos.

Los **Memorandos de Entendimiento –Mde-** se definen como: “una instancia articuladora de carácter técnico y político que propicia la participación y coordinación de actores gubernamentales y no gubernamentales del orden nacional, regional y local, con el fin de apoyar la implementación del Plan de Acción del SINAP [Sistema Nacional de Áreas Protegidas]” (MAVDT; PNN, 2010, pág. 1)⁸³. La suscripción de un Mde hace parte de las obligaciones que asume el Estado en el marco del Programa de Trabajo de Áreas Protegidas adoptado en la COP-7 y sus propósitos se dirigen al fortalecimiento de actividades de participación y la corresponsabilidad de los actores públicos y privados clave para la

⁸³ El Plan de Acción del SINAP es la respuesta del Estado colombiano a las actividades recomendadas por la séptima Conferencia de las Partes (COP 7) del Convenio de Diversidad Biológica (CDB) realizada en 2004, en la que se adoptó el Programa de Trabajo sobre Áreas Protegidas (PTAP), Decisión VII/28. Este Plan de Acción fue desarrollado y propuesto por el primer Mde correspondiente al período 2005-2010, conformado por 14 instituciones (públicas y privadas) cuyo objetivo fue: “diseñar, concertar y avanzar en la ejecución de un Plan de Acción para el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, teniendo en cuenta los compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos internacionales y los avances que el país ha logrado en diferentes instancias de nivel local, regional y nacional” (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2015a, pág. 1).

implementación del Plan de Acción del SINAP⁸⁴. Entre estos propósitos se encuentran la conformación de mesas temáticas, sus planes de trabajo y la promoción para la vinculación de actores regionales⁸⁵.

El memorando es adoptado por un acuerdo escrito firmado por los representantes legales de las entidades públicas y las organizaciones de la sociedad civil⁸⁶. Este acuerdo crea su propia estructura organizativa y funciones (asamblea general, comité coordinador y mesas temáticas), su duración, las reglas de la vinculación de nuevos participantes y la renuncia. Si bien en el numeral 2 se establece que el Mde se conforma “sobre la base de la confianza entre los actores involucrados, en consecuencia no tiene ningún efecto legal y constituye una base de trabajo conjunto y compromisos de factible cumplimiento por las partes”, en el numeral 13, correspondiente a la “*Ley Aplicable*” establece de manera general que: “para todos los efectos del presente memorando de entendimiento, la Ley aplicable es la Ley colombiana” (MAVDT; PNN, 2010, págs. 2-12).

De acuerdo con la descripción anterior, el documento que contiene un Mde no se configura como un acto, contrato o convenio administrativo dado que no cumple con las formalidades exigidas por el ordenamiento colombiano. En consecuencia se trata de un acuerdo informal de la Administración con organizaciones civiles, cuyo fundamento legal es la Ley 165 de 1994, por la que se adoptó el CDB, en lo que concierne al sometimiento general del Estado colombiano a las Decisiones de la Conferencia de las Partes, que para el caso específico es la Decisión VII/28 (COP 7, 2004).

⁸⁴ Los propósitos del Mde 2010-2015 son: “conformar las mesas temáticas para la implementación del Plan de Acción del SINAP. • Definir e implementar un plan de trabajo para cada una de las mesas temáticas que se conformen, de manera que contribuya la implementación del Plan de Acción del SINAP. • Generar un esquema de corresponsabilidad - entre los diferentes actores del SINAP- con el fin de alcanzar los objetivos del Plan de Acción del SINAP, en el marco de las funciones y responsabilidades establecidas en la legislación vigente para cada una de las entidades firmantes. • Afianzar una estructura de participación para la implementación del Plan de Acción del SINAP. • Promover la vinculación de actores regionales y de esta manera incluir sus experiencias en el desarrollo del Plan de Acción del SINAP. • Promover la articulación de los avances logrados por los Subsistemas de Áreas Protegidas conformados en el país en la implementación del Plan de Acción del SINAP. • Promover la participación de otras organizaciones, Ministerios y sectores representados por estos, con el fin de incorporar los objetivos del SINAP a las metas de desarrollo del país” (MAVDT; PNN, 2010, pág. 1).

⁸⁵ Se implementan cinco mesas temáticas: Mesa de Prioridades de Conservación; Mesa de Investigación y Monitoreo; Mesa de Comunicaciones; Mesa de Sostenibilidad Financiera; y Mesa Sectorial (MAVDT; PNN, 2010, págs. 9-10).

⁸⁶ Se han suscrito dos Mde correspondientes a los períodos 2005-2010 y 2010-2015. (Parques Naturales Nacionales de Colombia, 2015c).

En este sentido, como se expresa textualmente en el Mde 2010-2015, éste se basa en “la confianza” entre los firmantes y aunque afirma textualmente que no tiene “efectos legales”, también acepta que le es aplicable la Ley colombiana. Sin duda debe mencionarse que en realidad un Mde posee efectos jurídicos, en tanto son parte del cumplimiento de los compromisos del Estado en el marco del COP-7 y para su desarrollo debe destinarse el presupuesto y el personal institucional requerido, con lo cual pueden ser objeto de procesos de rendición de cuentas; sin mencionar que el trabajo colaborativo que se lleva a cabo en las estructuras orgánicas de los Mde ha sido la formulación y puesta en práctica del Plan de Acción del SINAP y que a partir de éste se adquieren un sinnúmero de compromisos por las partes que deben ser asumidos de forma responsable, en tanto involucran derechos y deberes de la ciudadanía, como a la misma función pública.

Los **Acuerdos de Régimen Especial de Manejo** de áreas protegidas gozan de la misma naturaleza informal de los Mde. Se trata de procesos de concertación entre comunidades étnicas y la autoridad de Parques Nacionales Naturales con base en los cuales se acuerda un Régimen Especial de Manejo (en adelante REM) como una estrategia alternativa de conservación a la formalmente reglamentada para un área protegida. En particular, estos acuerdos se presentan cuando el espacio delimitado de un área protegida se traslapa con el territorio de un resguardo indígena. Los REM tienen como fundamento la política de "Participación Social en la Conservación" del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia y el Decreto 662 de 1997 en el cual se ordena la suscripción de acuerdos para establecer un régimen especial de gobierno del área protegida⁸⁷.

Los Acuerdos sobre REM se suscriben entre las autoridades administrativas y la autoridad indígena mediante documento escrito público⁸⁸ en el que constan los compromisos suscritos por las partes y el órgano que hace seguimiento a su cumplimiento. En este caso, el REM se

⁸⁷ “La política de "Participación Social en la Conservación" del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, entiende la conservación como tarea de manejo y regulación antes que de aislamiento de áreas protegidas, apartándose de modelos tradicionales enmarcados bajo estrategias de control y coerción, buscando equilibrio entre conservación y equidad social. En el marco de esta política, en áreas traslapadas con Resguardos Indígenas, se promueve la construcción de una propuesta alternativa de conservación: *El Régimen Especial de Manejo* (REM), fundamentado en la conservación del área protegida, la supervivencia étnica y cultural; basándose en principios enmarcados en transparencia, concertación, coordinación, armonía, sinergia y respeto a la autonomía indígena, en el marco de la constitución y de la Ley” (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2015b).

⁸⁸ Los Acuerdos de Régimen Especial de Manejo se publican en la página web de la autoridad de parques (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2015c.).

asume por el Gobierno como una estrategia de planeación conjunta que “determina para cada caso las instancias de toma de decisiones y las acciones que se desarrollan de manera complementaria sin que esto implique la delegación de funciones que por Ley le competen a cada una de las partes y que sean indelegables” (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2015b.). Así pues, las autoridades acuerdan mecanismos de coordinación para cumplir las reglas establecidas en el REM, dado que no existe en la legislación reglamentación que indique el contenido de los acuerdos como tampoco el procedimiento mediante el cual se suscriben los mismos⁸⁹.

- Otro tema de interés para el estudio de la actuación informal de concertación de la Administración es el de la **Consulta Previa**. Se trata de un mecanismo de participación que tiene por propósito principal la facilitación de espacios para la información y concertación tanto de grandes proyectos en territorios de comunidades étnicas, como de normas, decisiones administrativas y políticas que directa o indirectamente estén relacionadas con la promoción de la identidad cultural de estas comunidades⁹⁰. El Estado colombiano asumió las obligaciones de implementar la Consulta Previa en su territorio a partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT por medio de la Ley 21 de 1991⁹¹.

⁸⁹ En la página web de Parques Nacionales Naturales se publican siete acuerdos: Parque Nacional Natural Catatumbo, firmado el 25 de Junio de 2007, con los resguardos Motilón-Bari y Catalaura La Gabarra; Parque Nacional Natural Paramillo, firmado el 20 de Diciembre de 2007, con el resguardo indígena Yaveraradó; Parque Nacional Natural Utría, firmado el 12 de Febrero de 2009, con el resguardo indígena Embera Jurubidá-Chori-Alto Baudó, Zona de la Costa; Santuario de Fauna y Flora Los Flamencos, firmado el 18 de Junio de 2009, con el resguardo indígena Wayuu Perratpu; Parque Nacional Natural Cahuinari, firmado el 15 de Julio de 2010, con la Asociación PANI; Parque Nacional Natural Nevado del Huila, firmado el 2 de Diciembre de 2010 con el resguardo indígena Paez Gaitanía; y Parque Nacional Natural Macuira, firmado el 6 y 7 de Julio de 2011 con el Resguardo indígena de la Alta y Media Guajira (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2015b.).

⁹⁰ “En la Asamblea Nacional Constituyente tuvo amplia acogida la propuesta de crear instrumentos protectores de los derechos de las comunidades indígenas. Esto llevó a la consagración del artículo 330 de la Constitución Nacional, en cuyo parágrafo se establece la obligatoriedad de la participación de dichas comunidades en los planes de explotación de recursos naturales. Se quiso así garantizar tanto la inviolabilidad del territorio indígena como la protección de su medio ambiente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428 de 1992, 1992).

⁹¹ La Ley 21 de 1991 aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-sobre pueblos indígenas, comunidades negras, afro descendientes, raizales, palenqueras y el pueblo Rom -para estos efectos y en adelante comunidades étnicas- (Congreso de la República de Colombia, Ley 21 de 1991, 1991). Este convenio busca asegurar los derechos de los pueblos a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. El Convenio 169 consigna en su artículo 2: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. A su vez, el artículo 6 impone a los gobiernos partes la obligación de: “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” (OIT, 1989).

En materia ambiental la figura de la Consulta Previa fue regulada a través del Decreto 1320 de 1998, solamente para los casos de proyectos que exploten recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades étnicas. Esta norma señala las reglas y el procedimiento que se debe seguir tanto por los dueños de grandes proyectos, como por las autoridades en lo concerniente a la información, elaboración conjunta de estudios y acuerdos con las comunidades en sus territorios. En los demás casos consignados en el artículo 6 del Convenio 169, esto es, políticas, programas, medidas legislativas o administrativas no ha sido regulado el procedimiento base de la consulta, por lo que ésta se ha practicado a través de procedimientos de concertación informales⁹².

El desarrollo de la Consulta Previa en Colombia no ha sido pacífico. Las comunidades étnicas han visto vulnerados sus derechos en un sinnúmero de casos relacionados tanto con la explotación de recursos naturales en sus territorios como con el ataque a su autonomía e identidad cultural, lo que les ha llevado a asumir la defensa propia de sus derechos ante la jurisdicción constitucional⁹³. Dentro de esta gran batalla judicial, las comunidades no sólo han demandado en los casos de grandes proyectos que buscan interferir en sus territorios, sino,

⁹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado sobre la obligación de Consulta Previa en medidas administrativas: “166. La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de Junio de 2012, párr. 49). En igual sentido: Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2011, párr. 47); y Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de julio de 1988, párr. 166).

⁹³ De acuerdo con la investigación de la profesora Gloria Amparo Rodríguez existen cuarenta y dos casos tramitados ante la jurisdicción constitucional, en los que se reclama la tutela del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas del país. Al respecto consultar algunas de las decisiones disponibles en Universidad del Rosario (2015). De igual manera sobre los conflictos ambientales y la consulta previa a comunidades étnicas pueden consultarse las publicaciones de la profesora Rodríguez (2008; 2009a; 2009b; 2009c; 2011a; y 2014).

incluso, la nulidad del Decreto 1320 de 1998, debido a su no consulta con los pueblos indígenas y afro-descendientes⁹⁴.

Con el tiempo, y en observancia del Convenio 169, las comunidades étnicas han venido exigiendo al Gobierno la aplicación de la Consulta Previa en los procesos de debate de políticas, proyectos de Ley, reglamentos e incluso actos reformativos de la Constitución en temas que consideran pueden afectar su identidad y territorios. En estos casos, el principal inconveniente para el desarrollo de la Consulta Previa ha sido la falta de una regulación concreta que defina las reglas de participación y procedimiento de tal mecanismo participativo⁹⁵. De hecho, el principal argumento del Gobierno para la no aplicación estricta del Convenio en la discusión de políticas, medidas legislativas y administrativas ha sido su informalidad, esto es, la inexistencia de su regulación interna⁹⁶.

Lo anterior no quiere decir que el Gobierno colombiano tanto en el nivel nacional, departamental como municipal haya omitido el ejercicio de la Consulta Previa; debe aclararse que éste ha tenido lugar por iniciativa libre de las autoridades o como cumplimiento de un fallo judicial. Lo interesante de este ejercicio, y para efectos del presente trabajo, es que las consultas de medidas legislativas y administrativas se han conducido a través de procedimientos informales al no existir una regulación expresa.

En este contexto, la Corte Constitucional ha asumido la defensa del derecho de las comunidades étnicas a la Consulta Previa a partir de una importante línea jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional presenta un gran interés, en cuanto que el máximo tribunal en sus fallos ha admitido la presencia de una actividad informal de la Administración en el

⁹⁴ En este último caso, el decreto fue declarado exequible y sigue vigente. Al respecto puede consultarse la Sentencia del Consejo de Estado (Sentencia del 23 de octubre de 2003, 2003).

⁹⁵ Sobre el tema, la OIT (2006, párr., 42) ha considerado que al no existir regulación expresa sobre Consulta Previa en un Estado, deben crearse procedimientos especiales *ad hoc*: “El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas agregó que “las normas internacionales no imponen criterios preestablecidos para la creación de órganos y mecanismos para llevar a cabo el requisito de la consulta, que deben responder a las características propias y sistemas constitucionales de cada país. Sin embargo, sí puede entenderse que el establecimiento gradual de dichos órganos y mecanismos es una de las obligaciones que derivan de la ratificación del Convenio N° 169 y de otras normas internacionales, tomando en cuenta los requisitos mínimos de buena fe, adecuación y representatividad discutidos anteriormente. En los casos en los que esos mecanismos no existan formalmente, deberán adoptarse provisionalmente mecanismos transitorios o *ad hoc* con miras al ejercicio efectivo de la consulta indígena”.

⁹⁶ Al respecto puede consultarse el texto “*Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa*” (Bonilla, 2010a; 2010b) en el que se presenta un análisis del litigio en la acción de inconstitucionalidad contra la Ley General Forestal.

desarrollo de los procesos de participación y concertación surtidos en las consultas puestas en su conocimiento, y ha establecido una valiosa doctrina sobre los principios y reglas mínimas que tales procesos deben observar a fin de garantizar los derechos involucrados, no obstante su falta de reglamentación jurídica⁹⁷.

- Por último otro caso de estudio clave para fundamentar la presente investigación es el de los **convenios y guías ambientales relacionados con la producción más limpia y el consumo sostenible**, dado el interés que despierta el diseño de formas de concertación independientes a los actos jurídicos reglados y la influencia de los actores involucrados en la toma de estas decisiones. En efecto, aunque la manera de llegar a la concertación en aspectos de prevención y control de la contaminación no esté regulada, ésta presenta una serie de reglas y características específicas que indican la presencia de actos informales con intención de efectos jurídicos, que van más allá de un proceso de participación para acordar un trabajo conjunto.

Estas formas de concertación para la prevención y control de la contaminación tienen su origen en las estrategias de la política ambiental que en algunos casos dan lugar a la expedición de reglamentos en el que las formas se consignan solo de manera indicativa, por tanto, sin una detallada regulación de las normas de procedimiento para su ejecución. En contraste, los documentos derivados de las estrategias de política, tales como manuales, circulares o directivas internas contienen nociones y algunas reglas de procedimiento de las formas de concertación a adoptar.

En concreto, se hace mención a las estrategias adoptadas por la Política de Producción Más Limpia de 1997 (PPML), y su reformulación en 2010 como Política de Producción y Consumo Sostenible (PPyCS), cuyo fundamento se halla en principios que promueven la

⁹⁷ “Omisión de la consulta cuando el legislador no haya desarrollado la materia. Esta ausencia de previsión normativa en torno a las condiciones de procedencia y a los mecanismos para hacer efectivo el deber de consulta, no puede dejar sin sanción jurídica en el ámbito interno una omisión frente al deber de consulta que desconozca el derecho que, de acuerdo con la Constitución, tienen las comunidades a que dicha consulta se lleve a cabo (...). La situación es compleja, porque la solución propuesta comporta que, para verificar la omisión frente al deber de consulta, la Corte debe fijar unas reglas procedimentales que definan la actividad que, en las distintas fases del proceso legislativo, desde la iniciativa misma, pueda considerarse como la mínima constitucionalmente requerida para hacer efectivo el derecho de consulta. Esto es, para el examen de un vicio de inconstitucionalidad que se proyecta sobre el contenido material de una Ley, sería preciso remitirse a la valoración de unas pautas procedimentales para el trámite legislativo no previstas ni en la Constitución ni en la Ley” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008, 2008).

gobernanza como base para una mayor interacción entre las autoridades, el sector productivo y la ciudadanía para alcanzar objetivos de protección ambiental. En efecto, la política formula los principios de integralidad, concertación, participación, colaboración y trabajo conjunto como orientadores de la ejecución de mecanismos de concertación definidos como los siguientes: Convenios de Concertación de PML, Guías de calidad ambiental y acuerdos intergubernamentales e intersectoriales⁹⁸.

Los Convenios de Concertación de PML o Agendas Ambientales son acuerdos que resultan de la concertación entre las autoridades ambientales y actores del sector público, privado, gremial, académico o de la sociedad civil con el “fin fortalecer la gestión ambiental del sector productivo, garantizando la protección de los recursos naturales y de la salud pública” (MAVDT, 2010, pág. 56). Por su parte, las guías ambientales son “documentos técnicos de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades...”. (MAVDT, Resolución 1023 de 2005, 2005, art. 2)⁹⁹.

La aplicación en la práctica de estos mecanismos se ha concretado en actuaciones informales de concertación de la Administración con diferentes gremios y empresas en todo el país (Santaella, 2011). De esta suerte, el Gobierno ha asumido que la concertación a través de una actividad más flexible y horizontal como la informal favorece las condiciones de eficacia en la toma de decisiones y ejecución de medidas para la prevención y control de la contaminación¹⁰⁰.

La importancia de los asuntos objeto de discusión en todos los espacios expuestos y su apreciación como mecanismos clave para la toma de decisiones en materia ambiental,

⁹⁸ De manera similar, estos mecanismos de concertación informal se presentan en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso de mecanismos informales como el Foro de Intercambio de Información (IEF) y los procesos de concertación para la elaboración de documentos BREF a partir de las políticas de prevención y control integrado de la contaminación (PCIC) en la Unión Europea y, las guías ambientales y los acuerdos voluntarios en España (Fortes, 2004).

⁹⁹ En la actualidad se han diseñado y publicado más de 45 Guías Ambientales en Colombia. Al respecto puede consultarse la página web del Sistema de Información Ambiental Minero-Energético Colombiano –SIAME- (2015).

¹⁰⁰ Es importante destacar que desde 1995 hasta la fecha las autoridades ambientales, tanto el Ministerio en el orden nacional como las Corporaciones Autónomas Regionales en lo regional han suscrito un incontable número de convenios de concertación de PML que abordan todo tipo de temas y sectores industriales y comerciales. De igual manera, el Ministerio ha coordinado la elaboración y publicación de más de cuarenta guías ambientales. Estas actuaciones de la Administración han tenido como respaldo primordialmente la formulación de políticas a partir de la ejecución de sus estrategias, programas y proyectos, y no una regulación jurídica especial.

permiten afirmar que la concertación informal no es una actividad marginal de la Administración. Estos espacios de participación y diálogo son el centro de la toma de decisiones, por lo que no se trata de actuaciones accesorias; igualmente, debe decirse que no son los únicos en los que se presenta el fenómeno de la concertación informal, la selección hecha responde a una delimitación temática imprescindible para abordar esta investigación, por lo que no tiene el ánimo de ser exhaustiva¹⁰¹.

Igualmente, este modo de concebir la relación entre el Estado y la sociedad en la discusión de objetivos de protección frente a la degradación ambiental no ha sido exclusivo de los casos e instrumentos de política citados, es parte de un discurso político que desde los años 90 se ha sostenido por los programas de Gobierno en Colombia. No es entonces un aspecto aislado en la forma de proceder por parte de ciertas autoridades en temas específicos relacionados con lo ambiental, podría afirmarse que es parte de una política de Estado que gracias al cambio constitucional de una democracia representativa a una participativa, viene redefiniendo las relaciones Estado-sociedad¹⁰².

¹⁰¹ Como se citó en la Introducción de este trabajo, los casos seleccionados responden a su relevancia en la gestión pública en materia ambiental basada en la concertación. Teniendo en cuenta que la informalidad de la Administración es un ámbito que responde a la creatividad de la actuación, existen un sinnúmero de casos que requiere de estudios de investigación concretos para su identificación, siendo la doctrina en el tema muy escasa. Como otro caso documentado, puede citarse la investigación “Fortalecimiento de la cooperación internacional: hacia la sostenibilidad del Programa de Familias Guardabosques mediante la participación comunitaria y la conservación ambiental” financiada por la Red Universitaria de Investigación sobre Cooperación para el Desarrollo del Ayuntamiento de Madrid. En este trabajo se identifican los procesos de concertación informal del Gobierno colombiano con familias de escasos recursos económicos que se dedican a los cultivos ilícitos, a fin de desarrollar programas alternativos dedicados a otros proyectos productivos. En este caso es interesante comprobar que no existe un marco jurídico que sustente las negociaciones y la firma de contratos del Gobierno con las familias, y aun así el programa se ejecutó por 19 años, entre 1994 y 2013. Sobre este programa ver: Agudo (2011b).

¹⁰² Con la Constitución Política de 1991 se transita de una democracia meramente representativa, sustentada en la Constitución de 1886, a una democracia *más* participativa. Ello no significa el cambio total de modelo, lo que en las sociedades contemporáneas sería imposible, se trata de establecer de acuerdo con el preámbulo constitucional una compatibilidad de los dos modelos (Monroy Cabra, 2011, pág. 12). Sobre la relevancia que supuso el cambio constitucional de 1991, la Corte Constitucional ha expresado: “Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la democracia representativa liberal clásica, se tenía una visión del ciudadano según la cual se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado (...) En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos” (Corte Constitucional, Sentencia T-637 de 2001, 2001) .

Es así como desde la expedición de la Constitución de 1991, los diferentes planes de desarrollo han incluido conceptos que hacen alusión a la necesidad de construir y mantener una estrecha relación entre el Gobierno y la ciudadanía a fin de alcanzar los objetivos políticos trazados en cada período presidencial¹⁰³. Estos conceptos han sido “Buen Gobierno”, “Gobernabilidad Democrática” o “Gobernabilidad para el Desarrollo” que, de acuerdo con su contenido, sin duda, sientan las bases políticas para el desarrollo de la gobernanza en el país¹⁰⁴. En tal sentido, debe aclararse que la relevancia política que las ideas de la gobernanza han representado en el país no se constata solamente en el empleo de los términos citados como parte del *slogan* de cada Gobierno, sino también en las estrategias, los programas y los proyectos que proponen las políticas, cuyo ejemplo son los casos que son objeto de estudio en esta investigación.

Sin embargo, esta tendencia no se ha registrado con la misma importancia en la doctrina jurídica. Si bien la gobernanza como un nuevo modo de gobernación más flexible y menos vertical ha tenido transcendencia en la política colombiana, en el ámbito dogmático no ha merecido este mismo reconocimiento. Como se trata en este capítulo, el formalismo jurídico que todavía inspira la doctrina interna no ha permitido el desarrollo de estudios críticos que aborden de manera profunda la transformación de la relación entre gobernantes y ciudadanos, y cómo ésta ha impactado en el Derecho Administrativo colombiano.

¹⁰³ De acuerdo con el art. 5 de Ley 152 de 1994, el Plan Nacional de Desarrollo contiene: “a. Los objetivos nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo (...); b. Las metas nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo y los procedimientos y mecanismo generales para lograrlos; c. Las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental que guiarán la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido; d. El señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación nacional con la planeación sectorial, regional, departamental, municipal, distrital y de las entidades territoriales indígenas; y de aquellas otras entidades territoriales que se constituyan en aplicación de las normas constitucionales vigentes” (Congreso de la República, Ley 152 de 1994, 1994).

¹⁰⁴ Un estudio sobre los diferentes planes de desarrollo y su relación con la gobernanza en Castro (2011). Como se cita en el Capítulo 2, (*Vid.* Cap. 2.A.), en Colombia los instrumentos de política confunden en muchos aspectos el término gobernabilidad con el concepto de gobernanza, lo cual permite afirmar que las ideas de la gobernanza han estado y están presentes en el discurso político, a pesar de una confusión terminológica. En este caso debe también reiterarse que estas ideas no son sólo el desarrollo del principio de democracia participativa reconocido en la Constitución de 1991, sino que además como se expuso (*Vid.* Cap. 2.A-II.), corresponden a la influencia de las organizaciones supranacionales en su misión de cooperación para el desarrollo en el país. Al respecto (Launay, 2006).

Así las cosas, desde la doctrina nacional todavía se percibe un Derecho Administrativo liberal e individualista (López Medina, 2007; Alviar, 2007; y Peña, 2007)¹⁰⁵. En consecuencia, temas como la revisión del concepto dogmático de actividad administrativa y el planteamiento de nuevas formas de actuación, como las informales; la reflexión sobre los cambios en la legitimidad formal de la actividad administrativa; o el análisis del Derecho Ambiental como un sector de referencia del Derecho Administrativo no han sido objeto central de estudio de la doctrina.

En este orden de ideas, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de las actuaciones informales de concertación de la Administración teniendo como referencia práctica los casos del Derecho Ambiental colombiano en el ámbito de la conservación de la biodiversidad, la Consulta Previa, y el control y prevención de la contaminación. La investigación se aborda con un enfoque dogmático pluridisciplinar en el que se incluyen instrumentos metodológicos propios de las ciencias de la administración, como el concepto de gobernanza, que se incorpora al análisis estrictamente jurídico (*Vid.* Cap. 2). Este enfoque tiene en cuenta la dificultad que el uso exclusivo de la metodología jurídica implica para explicar los escenarios políticos participativos en los que se crean procedimientos especiales y se toman decisiones concertadas entre la Administración y la ciudadanía con la intención de generar efectos jurídicos (*Vid.* Introducción/III).

No obstante, para alcanzar el citado propósito, por ahora es necesario introducir el estudio del formalismo jurídico como doctrina fundamental para el desarrollo de los presupuestos teóricos que dieron origen, y que todavía sustentan el modelo de la actividad administrativa y sus formas jurídicas, a fin de comprender la necesidad de traer al análisis planteamientos doctrinales más amplios que ayuden a entender la complejidad de la gestión pública ambiental y con ello contribuir a la adaptación del Derecho Administrativo a los retos que plantea la complejidad de la Administración ambiental. En este sentido, este capítulo sigue con un breve estudio de los antecedentes del formalismo jurídico en los siglos XIX y XX como corriente teórica que influenció la formación del Derecho Administrativo, para posteriormente, describir lo que se ha llamado como crisis de este modelo y las razones que respaldan un

¹⁰⁵ Una excepción a una perspectiva liberal-formalista del Derecho administrativo en Colombia son los textos monográficos de los profesores Mario Molano (2005) y Alberto Montaña (2010); y las recientes publicaciones de la línea de investigación sobre globalización del Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (2010; 2012) y del grupo de profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Externado (2014).

cambio de paradigma. La crisis del formalismo jurídico se describe a partir de las críticas que han surgido al interior de los estudios jurídicos¹⁰⁶, en especial desde las corrientes doctrinales del *neoconstitucionalismo* (del cual se hará un estudio breve que tiene como objeto exponer de manera general sus posiciones críticas) y la llamada *nueva ciencia jurídico pública* en la que se inscribe este trabajo de investigación. Por último, se hace una breve presentación de la influencia del formalismo jurídico en el Derecho Administrativo colombiano, teniendo en cuenta que es sobre este ordenamiento que se justifica la presente investigación.

I. EL FORMALISMO JURÍDICO EN EL SIGLO XIX

Según Norberto Bobbio (1999, pág. 18), “se llaman «formalistas» aquellas teorías que presentan el Derecho como una forma (generalmente constante) respecto a un contenido (generalmente variable)”. Bobbio destaca que formales serán todas aquellas teorías que persiguen identificar el Derecho con unos elementos invariables y con pretensión de sistematicidad. Al respecto, enfatiza que la manera como conviene más identificar a la doctrina jurídica de su tiempo es la del «derecho como forma», cuyo representante es Kelsen y su teoría pura del Derecho (Bobbio, 1999, pág. 21).

El «Derecho como forma» se caracteriza por la atención central en el modo como se regula jurídicamente todo fenómeno y no propiamente en su contenido. Siguiendo a Kelsen, la definición se completa con el elemento coercitivo como constitutivo del Derecho: “la reglamentación mediante el ejercicio del poder coactivo” (Bobbio, 1999, pág. 21). A la par, Bobbio precisa que pueden identificarse como formalismo jurídico, la doctrina denominada como “normativismo”, que sostiene que todo hecho es considerado jurídico siempre que una norma jurídica le atribuya específicas consecuencias. Lo interesante de esta mención al “normativismo” es su concepción de forma: “es entendida en el sentido más común de

¹⁰⁶ En este sentido no se abordan profundamente las importantes críticas provenientes de la sociología del Derecho, a ellas se harán sólo algunas alusiones debido a la necesidad de centrar nuestra fundamentación en un análisis dogmático-jurídico.

«recipiente», es decir, de un continente que no cambia con el cambio de contenido” (Bobbio, 1999, pág. 22)¹⁰⁷.

En igual sentido, Tarello (1974) citado por Arena (2010, pág. 186) considera formalista, el ordenamiento que exige a ciertos actos el cumplimiento de determinados ritos o prácticas para producir efectos jurídicos. Es necesario precisar, como lo hace el profesor Arena (2010, pág. 189) que los postulados formalistas no pueden entenderse como una simple contraposición entre forma y contenido, porque la forma no es un “algo” vacío, al contrario, contiene unos requisitos. Por tanto, es mejor decir que lo que caracteriza estos enfoques es que se fundamentan en la abstracción¹⁰⁸.

Como se tendrá la oportunidad de exponer a lo largo de este trabajo, la idea de la forma no es por sí misma un obstáculo para la solución jurídica de los problemas sociales, debe recordarse que es a través de las formas y la correspondiente construcción de conceptos e instituciones que el Derecho se ha edificado y adquirido la capacidad de aprehender, interpretar y sistematizar la realidad. El inconveniente se encuentra cuando la importancia desmedida sobre las formas produce la inmovilidad o estática del Derecho, y se pierden de vista las situaciones problemáticas que merecen una atención especial, dado que en muchos casos no pueden ser atendidas e interpretadas a través de figuras jurídicas tradicionales que no se han adaptado a la realidad. Es a este excesivo “culto” a las formas y su primacía sobre la reflexión relacionada con la eficacia del Derecho, a lo que se alude cuando en este trabajo se hace referencia al formalismo jurídico¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cabe precisar que Bobbio (1999, pág. 22) llama la atención sobre las no coincidencias entre la doctrina del derecho como forma y el normativismo. Para el jurista, la primera es una teoría general del Derecho que busca responder a la pregunta sobre la naturaleza del derecho; y la segunda es una manera de apreciar los distintos fenómenos jurídicos. En este trabajo se toma el concepto de forma según los normativistas, y se emplea como una de las “herramientas” de las que hace uso el formalismo jurídico en la práctica del Derecho.

¹⁰⁸ Para un estudio de las diversas clases de formalismo: Ferrer (1967-1968); Hernández Gil (1971); Tarello (1974); Bobbio (1972; 1999); González Vicen (1979); Leiter (2010). Igualmente, una breve explicación del formalismo como una categoría descriptiva de análisis, categoría crítica y categoría de estudio de la sociología jurídica: Smelser & Baltes (2001, págs. 8634-8636). En Colombia, el profesor López Medina (2004, pág. 129-130) ha definido el formalismo del ordenamiento jurídico interno como: “un formalismo de textos y conceptos jurídicos: el formalismo es una comprensión del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos pre-existentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades), que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos”.

¹⁰⁹ Al respecto son ilustrativas las consideraciones de Schmidt Assmann (1993a, pág. 29): “Dar forma resulta adecuado como un elemento de la estática. ¿Debe un Derecho administrativo que sitúa tan claramente la idea de

Éste formalismo todavía predomina en la interpretación y aplicación del Derecho Administrativo colombiano (López Medina, 2004, pág. 130), lo que genera obstáculos para la incorporación de las actuaciones de concertación informal al ordenamiento jurídico interno¹¹⁰. Adelantando rápidamente el estudio de este tema, baste citar que a pesar del desarrollo cada vez más frecuente de espacios informales de toma de decisiones con participación ciudadana coordinados por la Administración, éstos todavía son considerados como actos ajenos al ordenamiento jurídico por el hecho de no coincidir su forma y procedimiento con la de los actos o contratos administrativos¹¹¹.

Este es un ejemplo de lo que Rodríguez Garavito (1999, pág. 32) identifica en Latinoamérica como el “desfase entre la práctica jurídica y social, de una parte, y el pensamiento y las influencias intelectuales dominantes en el ámbito de la teoría y la dogmática jurídicas, de otras”¹¹². En parte, tal desfase tiene su origen en la influencia de las

forma en el centro de su atención evitar propiciar adicionalmente la tantas veces criticada inmovilidad administrativa o, por el contrario, desafiar el reiterado soslayamiento de las formas? No resulta posible negar la existencia de peligros como éstos. Si se produce, sin embargo, no es a causa de la idea de forma en cuanto tal, sino por virtud de unas demasiado elevadas exigencias jurídicas, similares a las que se pueden observar, por ejemplo, en la doctrina de los criterios o en la del procedimiento”.

¹¹⁰ No obstante, como se señalará más adelante, el Consejo de Estado ha cambiado recientemente su doctrina sobre el control exclusivo de los actos jurídico públicos, con lo cual se espera el desarrollo de nuevos estudios en la materia.

¹¹¹ Un ejemplo de ello son los Mde citados al inicio de este capítulo, en los que a pesar que en su documento de creación se consigna que no posee “efectos legales”, su objeto es ser un mecanismo de cumplimiento de compromisos internacionales del Estado colombiano, debidamente asumidos por una Ley aprobatoria de tratado, y que por tanto se destinan para su ejecución los correspondientes recursos públicos y un conjunto de tareas administrativas (MAVDT; PNN, 2010, pág. 12). Igualmente, en uno de los pocos casos en los que se ha discutido la naturaleza jurídica de la concertación informal entre el Gobierno y las comunidades étnicas, en la Sentencia T-007 de 1995 de la Corte Constitucional a pesar de haberse reconocido la vulneración de derechos de la comunidad indígena Wayúu y reiterar que los acuerdos que hace el Estado deben cumplirse, la jurisdicción no resuelve de fondo sobre la necesidad de reconocer este tipo de acuerdos informales como parte del conjunto de actos jurídico públicos por medio de las cuales actúa la Administración. Debe citarse también el hecho de que por mucho tiempo (antes de la prominente jurisprudencia constitucional en el tema), el Gobierno colombiano incumplió el deber de hacer consultas previas en materia de proyectos de Ley y de actos administrativos argumentando su falta de regulación, no obstante la existencia de una Ley aprobatoria del Convenio 169 de la OIT. Sobre estos temas se volverá más adelante.

¹¹² Según el profesor Rodríguez Garavito (1999, pág. 33) pueden resumirse en cuatro las razones de la pervivencia del formalismo jurídico en Latinoamérica y en especial en Colombia, lo que no ha permitido un desarrollo de estudios críticos al interior del Derecho: “En primer lugar, la adopción en el siglo XIX del sistema jurídico francés -fundamentalmente a través de la introducción de códigos civiles inspirados en el Código de Napoleón- hizo de la Ley escrita y codificada la fuente suprema del derecho. En el ámbito de la teoría jurídica, este hecho dio lugar a una tradición formalista aun prevalente, centrada en la exégesis de los textos legales y en la insistencia en el carácter apolítico de la adjudicación. En segundo lugar, la educación jurídica ha tendido a reproducir la concepción formalista del Derecho, al concentrarse casi de manera exclusiva en el estudio de las normas positivas, lo que ha generado al mismo tiempo una atención solo marginal a la jurisprudencia y un escaso análisis de las relaciones entre el derecho y la vida social. En tercer lugar, el desconocimiento del realismo jurídico ha impedido que se articule en nuestro medio una crítica radical al derecho y a la adjudicación”.

escuelas francesa y alemana en el formalismo jurídico europeo¹¹³ y latinoamericano del siglo XIX¹¹⁴.

En lo que respecta a la influencia francesa, será la Escuela de la Exégesis¹¹⁵ la que en un primer momento tendría una gran repercusión en los ordenamientos europeos y latinoamericanos a través de las ideas de la codificación¹¹⁶. Esta escuela se caracterizó por la reducción del Derecho al texto del Código Civil, en donde la misión del interprete en la solución de los casos concretos es la de ajustarse gramaticalmente al mismo, que *per se* es claro y cuya sabiduría está por encima de toda apreciación subjetiva, dado que fija la intención del legislador¹¹⁷. Conforme lo cita Nino (2003, pág. 324), con estas ideas se quería clausurar definitivamente la actitud de “desdén hacia el derecho positivo” de la dogmática de la época y la forma de usar “la imprecisión, incoherencia y confusión del derecho vigente, que les permitía justificar prácticamente cualquier solución”.

Con base en estas razones, la exégesis inicia como una manera de leer y enseñar el Derecho, lo que generó la publicación de los *comentarios*, a través de los cuales “se hace una exposición lineal, artículo tras artículo, de un contenido completo. El contenido del comentario, por definición, consiste en una paráfrasis relativamente cercana del texto legal” (López Medina, 2004, págs. 160-161). Se trataba de un sistema normativo generador de seguridad jurídica gracias a la confianza en unas consecuencias jurídicas presumibles a partir

¹¹³ Sobre la influencia de estas escuelas en el pensamiento europeo puede citarse a Stein (2001, pág. 123): “El desarrollo hasta aquí descrito hizo de la ciencia jurídica alemana la fuerza dominante en el pensamiento jurídico europeo. Pero en verdad, el patrón ideal del Código civil en el XIX copiado por las naciones que codificaban su derecho, fue el *Code civil* francés modelo para los códigos holandés, belga, italiano y español. Pero cuando se piensa en la ciencia jurídica, en el sentido de la interpretación que se hace del Derecho por los juristas, la escuela alemana reina de manera suprema”. Al respecto: Bonnecase (1944, págs. 76-110); Koschaker (1955, págs. 113,144); Margadant (1986, págs. 325-338); y Bobbio (1999, págs. 11-12).

¹¹⁴ Sobre esta influencia: López Medina (2004); Mejía (2009); Bonilla (2009); y Gargarella (2009).

¹¹⁵ Se le llamó Escuela de la Exégesis al grupo de estudiosos del Derecho que en el siglo XIX en Francia se especializaron en el análisis del Código de Napoleón. Bonnecase (1944) distinguió tres períodos de esta corriente de pensamiento su institución entre 1804 y 1830; el apogeo entre 1830 y 1880; y por último, su crisis y decadencia en 1880 y años siguientes.

¹¹⁶ Sobre los orígenes de la codificación en los Estados europeos y la influencia del *Code* francés, véase: Cavanna (2005), Caroni (2012) y Ferrante (2013).

¹¹⁷ El profesor Hernández Gil (1971, págs. 84-85) ilustra el pensamiento de la Exégesis: “Lo mismo que se pensó que todo el derecho podía hacerse de igual manera, se creyó luego que todo el derecho estaba ya hecho. Y esto sólo es posible con arreglo a la concepción puramente formal que se tenía de la norma; no ven en ella sino el resultado de un mecanismo legislativo, a la sazón tan nueva y tan en boga, que había de ajustarse además a las exigencias de la división de poderes. El problema del concepto del derecho es resuelto así de la manera más cómoda; sin buscarle: es lo dado; pero lo dado reducido a su expresión mínima y formal: la Ley. No cabe un positivismo mayor, ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose en la esfera de las puras nociones”.

de los actos previamente codificados. A causa de la influencia de la codificación del Derecho Civil francés en 1804, rápidamente, en 1808, surge la primera propuesta de un código de Derecho Administrativo por parte Charles-Jean Baptiste Bonnin¹¹⁸.

Cómo se desprende de estos postulados es apenas lógico que en adelante, en todos los ordenamientos jurídicos que adoptaron los postulados de la codificación, surgiera el menosprecio y hasta la sospecha sobre cualquier opinión o doctrina que intentara su cuestionamiento¹¹⁹. Así la idea de la existencia de situaciones o actos no regulados (o informales como se identifican en esta investigación) en los códigos con pretensión de efectos legales sería proscrita.

A este enfoque, que exalta el carácter completo del Derecho¹²⁰, contribuyen, aunque desde premisas teóricas distintas, las escuelas alemanas¹²¹. La Escuela Histórica con su más

¹¹⁸ En la obra “Principes D’Administration publique”, Bonnin afirmaba la urgencia de un código para eliminar la confusión sobre la Ley: “*La nécessité et l’importance d’un Code administratif, si urgent pour faire cesser la confusion dans laquelle se trouve cette précieuse partie des lois*”. (Bonnin, 1808, pág. 12). Esta propuesta de código “buscaba garantizar que la Administración dejara de lado la arbitrariedad, propia del régimen absolutista, y se acogiera plenamente al principio de legalidad como garante del Estado de Derecho” (Malagón, 2005, págs. 174-175).

¹¹⁹ Nino (2003, pág. 324) ilustra bien el clima de la época: “Aquellos códigos ejercían una real fascinación entre los hombres de derecho, hasta el punto de que los más tenaces impugnadores del orden anteriormente existente, se convirtieron en los conservadores más severos de los nuevos cuerpos legales. Napoleón mismo sentó una actitud de aprehensión ante cualquier alteración de su código, exclamando, según cuentan, ante el primer comentario doctrinario que se realizó sobre él: ¡Mont Code est perdu! Los juristas posteriores a la codificación francesa manifestaron en seguida una adhesión absoluta hacia el nuevo sistema jurídico”

¹²⁰ Sobre el carácter completo del Derecho o ideal de completitud es necesario indicar que se hace mención a la tesis del «espacio vacío de derecho» según la cual: “el derecho es el conjunto de normas que prevé o considera relevantes sólo aquellos casos a los que asocia ciertas acciones calificadas deónticamente. Un caso no asociado a una acción modalizada deónticamente no constituye una laguna en el derecho; sencillamente, es jurídicamente indiferente. Lo mismo puede decirse de toda acción que no ha sido calificada deónticamente por una norma jurídica. En esta visión es imposible que el derecho tenga lagunas porque todo lo que el derecho no regula es un espacio no-jurídico” (Redondo, 2006, pág. 306).

¹²¹ La Escuela Histórica se opone al modelo exegetico francés. Una de las principales confrontaciones fue la idea de origen del Derecho: para la Exégesis, el derecho es una manifestación de la voluntad del legislador expresada en la norma contenida en el *Code*; en cambio para la Escuela Histórica, el origen del Derecho está en el espíritu del pueblo *Volkgeist*, como un proceso en el tiempo que va tomando cuerpo (Restrepo J., 2012, pág. 167; García-Ruiz, 2003, pág. 392). Al respecto Caroni (2012, págs. 2-12) presenta una tesis distinta: “Savigny rechazó la codificación, no tanto porque entraba en conflicto con su tesis general sobre el nacimiento del derecho (la *Volksgesistlehre*), cuanto por el peligro que de ella derivaba para su programa científico, concebido como un programa de reforma del derecho vigente (...) Savigny formuló una teoría que solo consideraba el presente como «continuidad y desarrollo de todas las épocas pasadas [Forsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten]», como algo que estuviese «en [com]unión indisoluble con todo el pasado». Aceptar el presente como consecuencia orgánica del pasado (por ello no mecánica o casual) significaba, en primer lugar, infravalorar a limine toda crítica o toda perplejidad: el presente se concreta «por una necesidad intrínseca». No podemos eludirlo o rechazarlo; solo podemos intentar dominarlo para no ser dominados por él (...) La codificación venía a destruir esta comprensión de la historia y Savigny lo había entendido en seguida y de modo penetrante. Nació de

importante representante, Federico Savigny, propuso la primera sistematización de las fuentes del Derecho y de las categorías de actuación en el orden jurídico¹²². Con la sistematización¹²³ de las fuentes, se pretende establecer una gran unidad que garantizara la regulación de todos los hechos con relevancia para el Derecho¹²⁴ y que pudiera ser conocida mediante un método de interpretación que abarcara su integralidad¹²⁵.

Entre los importantes aportes para la ciencia jurídica, Savigny contempló las situaciones de la realidad con valor para el Derecho, a través de la categoría del *hecho jurídico*¹²⁶. Los

una filosofía diferente que consideraba el presente como un simple efecto del pasado «que, tan pronto ha sido producido, ya no tiene nada que ver con la causa».

¹²² Dentro de los principales aportes de Savigny y su Escuela Histórica se halla su contribución a la formación de la dogmática jurídica y su conexión con la historia del Derecho, según la cual este es producto de la evolución histórica de la sociedad. No obstante, el profesor Monereo Pérez (2005, pág. XIII) anota que el desarrollo de un “progresivo énfasis en el formalismo de ésta (jurisprudencia dogmática) acabó por relegar la dimensión histórica de la ciencia del Derecho”.

¹²³ Sobre el surgimiento de la idea de sistema en la filosofía y su relación con el Derecho se refiere el profesor García Ruíz (2003, págs. 391-392): “Las grandes edificaciones teóricas racionalistas de impronta sistemática tienen su apogeo en los siglos XVII y XVIII, siguiendo una línea que va desde Grocio y Pufendorf hasta Wolff y Kant. Con el surgimiento de la ciencia experimental y la división entre ciencias racionales y empíricas, la reflexión acerca del Derecho fue situada por la mayoría de sus cultivadores en el primero de esos ámbitos. Sus construcciones poseían unos rasgos típicos comunes: partiendo de ciertos principios evidentes de Derecho natural; eran o pretendían ser desarrollos deductivos de esos principios. Toda proposición jurídica integrada en ellos resultaba inferida lógicamente (y derivaba su verdad) de aquellos axiomas. Pocas décadas después, sin embargo, esta concepción racional-iusnaturalista sufrirá una profunda transformación, y con ella la noción de sistema aplicada al Derecho. La transición se puede describir sumariamente aludiendo a la coincidencia, desde mediados del siglo XVII en adelante, de una muy compleja serie de factores técnicos, político-ideológicos, económicos y culturales que terminó generando una aspiración general para poner coto a la incertidumbre jurídica, a las frecuentes contradicciones que surgían en el orden práctico, y a la arbitrariedad que todo ello acarrearba con frecuencia.” Entre otros efectos, esta aspiración generó: “un movimiento en pro de la Codificación de los Derechos nacionales, que convirtiera a cada uno de ellos en un “sistema normativo”. la traducción en normas de la antigua aspiración racional-iusnaturalista de pensar el Derecho como un sistema. Iniciado en Prusia y Austria en el último tramo del siglo XVIII, alcanzó su expresión más depurada en el *Code Napoléon* francés de 1804, cuya redacción, como es sabido, inspiró después numerosos textos legislativos. Globalmente considerada, la Codificación supuso un titánico esfuerzo por instaurar una regulación uniforme para el conjunto de los ciudadanos de los Estados modernos, y marcó el inicio de una nueva época en el Derecho europeo-continental”. Sobre el nacimiento de la idea de sistema ver también: Larenz (1994, pág. 28) y Koschaker (1955, pág. 302).

¹²⁴ “La reunión de las fuentes constituye una vasta unidad destinada a regular todos los hechos que se verifican en el dominio del derecho” (Savigny, 2005, pág. 117).

¹²⁵ En palabras del profesor Monereo Pérez (2005, pág. XLVII): “Lo esencial del método sistemático se halla en el conocimiento y exposición de la conexión interna o de la afinidad por virtud de la cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad (La Vocación). En virtud de la forma científica dada al derecho, con la que se trata de descubrir y completar su unidad implícita, nace una nueva vida orgánica que influye, a su vez, de nuevo, y conformadoramente, sobre aquel material, haciendo que también en la ciencia como tal fluya incesantemente una especie de producción jurídica (sistema). De esta modo, las categorías de la ciencia jurídica se han de corresponder con la “necesidad interna del Derecho dado”, esto es, en referencia constante a una determinada realidad jurídica histórica”.

¹²⁶ “Llamo hechos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrañar con el tiempo un cambio de las relaciones de derecho entre personas determinadas” (Savigny, 2005, págs. 350-351).

hechos jurídicos podrían ser clasificados, por ejemplo, como positivos y negativos, los primeros, provenientes de actos libres que constituyen manifestaciones de la voluntad, y los segundos, correspondientes a circunstancias accidentales. El antecedente de una categorización de hechos jurídicos será la base para la formulación posterior de formas estrictas en las que se organizarían las actividades de los individuos y, por tanto, las normas y consecuencias jurídicas aplicables. Estas ideas dirigidas al Derecho Privado pasarán al Derecho Administrativo, lo que constituye la base de la teoría del acto administrativo (*Vid.* Cap. 3).

Desde entonces, se fijará el convencimiento en los operadores del Derecho (juristas, jueces y autoridades) de la existencia de unas formas o “moldes” en el ordenamiento jurídico a las que debe ajustarse toda actuación¹²⁷. Así las situaciones que no cumplieran con los requisitos para ser considerados como un *hecho jurídico* son asumidas irrelevantes para el Derecho. De este modo se cumple con el ideal de plenitud: si una situación no está asociada a una “acción modalizada deónticamente” (por ejemplo de una actuación informal como las citadas al inicio de este capítulo), no puede decirse que exista una laguna, “sencillamente, es jurídicamente indiferente” (Redondo, 2006, pág. 306).

Si bien todas estas concepciones teóricas influyen profundamente en la ciencia jurídica posterior y excluyen poco a poco la relación del Derecho legislado con la práctica jurídica¹²⁸,

¹²⁷ Para ser exactos, puede encontrarse el origen de las formalidades o solemnidades jurídicas en las formas simbólicas del Derecho Romano y que luego evolucionaron a las formas establecidas por el legislador. De acuerdo con Savigny (2005, pág. 459), “El origen de las formas simbólicas del derecho se remonta en general a la época en que la fantasía es la facultad predominante en el espíritu del pueblo. A medida que la reflexión extiende su imperio, estas formas pierden gran parte de su interés, comenzando por olvidarlas en parte y concluyendo por abandonarlas en absoluto; tal fue su suerte en el Derecho Romano. El Derecho justiniano nos ofrece restos muy débiles, de los cuales algunos no se han transmitido a la Europa moderna sino como recuerdos de la antigüedad. Desde que este cambio importante se cumplió en el derecho, las formas fueron sustituidas por otras que determinó el legislador; tales son la redacción escrita de los actos y principalmente la comparecencia de las partes ante un tribunal, ante notarios o empleados encargados de llevar el registro de las hipotecas”.

¹²⁸ La Escuela Historicista en la versión de Savigny no vendría a fundamentar totalmente las ideas del formalismo jurídico, por cuanto, éste otorgaba valor a la práctica en el ejercicio teórico del Derecho, y aún más, su formación y comprensión a partir del dato histórico. “Si el teórico conserva y cultiva la inteligencia de la práctica y el práctico la inteligencia de la teoría...Allí donde esta armonía se destruye, allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el gran riesgo de convertirse en vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico” (Monereo Pérez, 2005, pág. LXXIV). Sin embargo, este reconocimiento de la práctica fue quedando relegado por la preeminencia de la idea de sistema: “Savigny fue acusado una y otra vez por los contemporáneos de conceder demasiado espacio en el System a la pura investigación histórica, de perderse prácticamente tratando con detalle instituciones ya caídas en el olvido y por ello lejanas de las exigencias de la práctica. Respondió a estas críticas con frecuencia, pero no se dejó enredar en ellas. Su análisis permaneció claramente sensible a la fascinación de la reconstrucción

esta última no siempre enmarcada estrictamente en actos formales¹²⁹, debe tenerse presente que es a partir de la llamada escuela de la Jurisprudencia de Conceptos con representantes como Georg Frederich Puchta y Rudolph von Ihering, y la Pandectística alemana¹³⁰ que se sentarán la bases para la construcción de los principios de la doctrina de las formas jurídicas del Derecho Administrativo por los juristas alemanes¹³¹. Sobre estas teorías, la dogmática administrativa tomará las ideas fundamentales para elaborar una estructura racional-formal

histórica y filológica. También es verdad que quizá olvidó decir si una institución histórica sondeada con pasión vivía aún en el presente. Pero normalmente el análisis tenía resultados más satisfactorios y no omitía las indicaciones –tan preciadas para los lectores del System que se enfrentaban a las exigencias de la práctica– destinadas a aclarar la vigencia en la época de una institución histórica” (Caroni, 2012, págs. 31-32). De todos modos, las ideas sobre la importancia de la práctica y del dato histórico no serán conservadas por sus discípulos, quienes como Ihering (en su primera etapa de pensamiento) negarán, en un principio, la práctica como un aporte a la construcción teórica del Derecho.

¹²⁹ Como se advierte en la revisión de los textos clásicos y las investigaciones del siglo XIX que se citan en este trabajo, la Administración, al lado de las actuaciones formales, siempre se ha comportado de manera informal, no obstante, esta última forma de actividad siempre ha implicado un inconveniente para la sistematización y enseñanza del Derecho, lo que puede explicar, de forma más práctica y en parte, la indiferencia por su registro en la literatura de la época y su estudio en las aulas. Una opinión similar en Schmidt Assmann (2006a, pág. 30-31). Aquí es pertinente citar Koschaker en lo referente a cómo se originó la enseñanza del Derecho y cómo ésta ha estado desligada del ejercicio científico del descubrimiento de la verdad, en el caso de esta investigación se diría que ello influyó en la transmisión del conocimiento de la Ley sin verificar lo que en verdad sucede en la realidad: “Si nos atenemos al moderno concepto de ciencia, esta dogmática jurídica que desde los comentaristas constituye como el germen de la enseñanza del Derecho en las universidades, no es ciencia, porque no se propone el descubrimiento de la verdad, sino que recibe de modo autoritario la materia jurídica que habrá de comprender y ordenar. Esto es escolástica en el sentido medioeval, y escolástica ha continuado siendo hasta nuestro días la sistemática propia de la dogmática jurídica” (Koschaker, 1955, pág. 476).

¹³⁰ La *Pandectística alemana* tiene origen luego de la Escuela Histórica como una corriente de investigación del Derecho romano a partir del cual se pretende crear una fuerte dogmática aplicable a la práctica jurídica de la época. Sus representantes fueron Heinrich Dernburg y Bernard Windscheid (miembro de la Escuela de Leipzig). Éste último publicó y difundió las ideas de Puchta por medio de la importante obra titulada “Las Pandectas” (Flores Avalos, 2006, pág. 220). Las ideas de la *Pandectística* se perfila una actitud dogmática, que, autolimitándose, restringe su curiosidad histórica con el fin de poder interpretar el *Corpus Iuris* como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos (*Pandektenharmonistik*), sin considerar que éstos podrían proceder de muy distintas fases del desarrollo antiguo o de diferentes corrientes de pensamiento; estos autores opinaron que solo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un derecho romano coherente, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, o sea a la previsibilidad de opiniones judiciales” (Margadant, 1986, pág. 335).

¹³¹ La *Pandectística* exaltó la importancia que tuvieron para los romanos las formas jurídicas, principalmente en la época del Derecho Romano primitivo. Como lo expone Stein (2001, págs. 83-85), el procedimiento fue uno de los legados del Derecho romano, que llevaron a que tanto civilistas como canonistas reconocieran la importancia de construir un procedimiento racional y trabajaran en ello. La elaboración de un procedimiento racional con fundamento en los textos del Derecho Romano fue una labor no solo académica sino también de juristas canónicos, por ello el procedimiento resultante, canónico romano, construido a partir del proceso romano, fue utilizado en tribunales de la Iglesia y posteriormente en tribunales franceses. Así la adopción del procedimiento enteramente técnico y escrito fue el primer paso para la adopción del derecho civil. “Sin perjuicio de la validez de facto del Derecho local, el Derecho civil romano produjo una «mentalidad» que conformó las bases del pensamiento político y jurídico en toda Europa” (Stein, 2001, pág. 97), en ese orden de ideas, si el Derecho Romano llevó a los civilistas y canonistas a reconocer la importancia del procedimiento, y con éste, ya creado, se dio paso al derecho civil, penetrando todo el pensamiento jurídico europeo, la consecuencia no puede ser distinta a que el formalismo jurídico, legado del Derecho Romano, también penetrara en los ordenamientos jurídicos europeos.

con principios como el de jerarquía y legalidad a fin de fundamentar el Derecho que regirá la actividad de la Administración y se encargará de contener su poder¹³².

De esta manera, con la Jurisprudencia de Conceptos se fijan los fundamentos del formalismo jurídico, consolidándose el Derecho legislado “como casi exclusiva fuente del derecho”; este Derecho “es preciso, completo y coherente”¹³³ y, por tanto, limita “la tarea del juez a una actividad puramente cognoscitiva” (Nino, 2003, pág. 325)¹³⁴. Como complemento de las anteriores premisas, se incluye un riguroso método lógico-deductivo creado por Puchta, que se constituye en el silogismo jurídico, mediante el cual se conseguía la permanencia incuestionable de los conceptos (Flores Avalos, 2006, pág. 220). Ante todo, esta Escuela exaltó el nivel de racionalidad de las normas y la función de la ciencia del Derecho para llegar a su conocimiento a través de la construcción del sistema¹³⁵ y del silogismo jurídico¹³⁶.

¹³² Es importante señalar que una de las más importantes diferencias entre la exégesis francesa y la *Pandectística alemana* explicada claramente por el profesor López Medina (2004, pág. 170), “los «principios», «conceptos», o «teorías» del clasicismo provienen todos del trabajo científico de la doctrina europea de los siglos XIX y XX. Su objetivo era ofrecer una definición del átomo básico del derecho de la cual se pudieran deducir, con plena objetividad, todas las características ulteriores de la materia. Así, los conceptualistas preferían «construir», incluso contra el texto de la Ley positiva, un concepto como el de «acto jurídico». En estricto sentido, la noción de acto jurídico no está en el Código Napoléon o en el Código Bello. Allí se exponen distintos ejemplos de obligaciones, contratos y derechos reales. La reflexión detenida («científica» será la palabra utilizada) sobre todos ellos revela la importancia estructural de la autonomía de la voluntad privada (...) Esta forma de pensar era propia de la Pandectística alemana para la cual la exégesis francesa resultaba lineal, mecánica y excesivamente positivista o legocéntrica. Para formar el concepto jurídico, era necesario un estudio jurídico interdisciplinario donde los contenidos de la filosofía y la historia resultaban tan necesarios como las disposiciones del mismo código”.

¹³³ Entre las características de la Jurisprudencia de Conceptos se encuentra la idea de la “Plenitud del Derecho” según la cual, no existen en el Derecho contradicciones, ambigüedades, lagunas ni misterios, todas las cuestiones pueden ser resueltas por los conceptos, gracias a su ordenación sistemática.

¹³⁴ Ihering (2001, pág. 27) explica como la idea de sistema permite la construcción de conceptos como principios y actos: “El espíritu sistemático aplicado al derecho ofrece la particularidad de que, además de servir como en las otras ciencias para poner cada una de las partes en su lugar respectivo, este procedimiento de forma ejerce una reacción material sobre el objeto mismo al cual se aplica, operándose por su medio una transformación interna en las reglas de derecho. Éstas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de su forma de prohibiciones y mandatos para revestir la de elementos y cualidades de las instituciones jurídicas. Así es como nace, por ejemplo, las definiciones de los principios generales, los hechos constitutivos de los actos jurídicos, las cualidades de las personas, de las cosas, de los derechos y las divisiones de toda especie, etc.”.

¹³⁵ Rudolph von Ihering (2015) para facilitar el conocimiento de las normas propone la construcción del sistema: “la transformación del derecho en sistema...comporta un cambio en el aspecto exterior del derecho, pero no disminuye un ápice su valor intrínseco. Todos los conceptos y clasificaciones que empleamos son elementos prácticos, extraídos de preceptos legales, que pueden volver al punto de partida en cualquier momento...el sistema es la forma más clara que puede adoptar la materia porque es la más plástica. En tanto que la materia, como pura sustancia –como simple compendio de reglas–sólo puede ser aprehendida por la memoria, el sistema está dotado de intuición o percepción jurídica”.

¹³⁶ Esta corriente del formalismo también ha sido tildada de “ingenua”, gracias a la creencia “ingenuamente formalista” en que en la toma de decisión judicial, el juez observaba un simple procedimiento formal representado en el silogismo jurídico o en la subsunción. En la observancia del silogismo, la norma como

A manera de síntesis, las características del formalismo jurídico del siglo XIX se pueden resumir en la creencia de que el sistema jurídico es completo y, por tanto, no contiene lagunas; es coherente, razón por la que en su interior no existen antinomias; y es claro, en tanto que las soluciones a un caso en particular están consignadas con nitidez en la norma, así la interpretación puede ser simple o innecesaria (García Amado, 2006, págs. 153-154)¹³⁷. Esta forma de asumir el ordenamiento jurídico, como es lógico, afectará el reconocimiento de las actuaciones informales de la Administración y contribuirá a restar toda importancia a fenómenos no vinculados con las ideas del formalismo. En todo caso, esta doctrina permaneció “inmutable a través de distintas épocas y países” hasta que a finales del siglo XIX, François Geny y luego, Bonnet Case señalarán sus insuficiencias (López Medina, 2004, pág. 148).

Entre sus críticas, François Geny reprochó el ideal de completitud del Derecho señalando que: “frecuentemente el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado y debe dejar a la aplicación del Derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos” (Geny, 1925, pág. 203). En este caso, cuando la Ley es confusa, porque no transmite claramente la voluntad del legislador, habrá que acudir a la *libre investigación científica*, del mismo modo que cuando las fuentes formales no son suficientes, por ejemplo, en el caso del juez, ya que éste debe usar su razón para encontrar lo justo y crear el Derecho (Geny, 1925, pág. 550). Tal vez, una de las consideraciones más pertinentes para esta investigación se halle en la constatación que, ya desde inicios del siglo XIX, Geny haría de la importancia de establecer en la realidad las necesidades sociales que no son resueltas por

premisa mayor está dada con claridad al juzgador, quien solamente debe aplicarla a los hechos. Por su parte, los hechos constitutivos de la premisa menor son apreciados de manera objetiva sin que medie ningún vicio de subjetividad del juez: “La premisa mayor o normativa se la proporcionaba al juez con plena claridad y coherencia el sistema jurídico, de modo que el juez no tenía ni que inventarla ni que completarla ni que interpretarla... En cuanto a la premisa menor del silogismo judicial, estaría constituida por los hechos del caso, y también éstos se le ofrecen al juez con total independencia de cualquier juicio suyo. Los hechos están ahí y su prueba es un proceso objetivo en el que no queda margen para la evaluación personal del juzgador” (García Amado, 2006, pág. 153).

¹³⁷ En lo referente a la teoría de la subsunción, el profesor García Amado (2006, pág. 154) se sirve de una forma gráfica para su explicación: “Supongamos que cada norma jurídica es como un molde, y que cada uno de esos moldes tiene una forma distinta y perfectamente perfilada. Cuando un juez tropieza con el asunto que tiene que decidir, toma ese asunto, cual si fuera un objeto material con una forma determinada y peculiar, y se pone a buscar para él, para ese objeto, el molde que exactamente se le acomoda. Partimos de que para cada caso (objeto) habría siempre un molde en el sistema jurídico (pues el sistema, como hemos dicho, es completo, no tiene lagunas), sólo uno, nunca encajará bajo dos moldes distintos (pues el sistema no posee antinomias) y el encaje bajo ese molde que a cada caso corresponde será siempre exacto, sin vanos ni márgenes, pues el sistema es claro”.

la Ley, como una tarea del jurista a fin de interpretar y aplicar el Derecho libre de arbitrariedades (Geny, 1925, pág. 209)¹³⁸.

A pesar de los cambios socio-políticos y de los múltiples trabajos doctrinales dentro y fuera del Derecho que reevalúan sus fundamentos¹³⁹, los postulados del formalismo jurídico del siglo XIX se mantienen como inspiradores de la práctica del Derecho de nuestros días. En este contexto, el Derecho Administrativo, gracias a la influencia del Derecho Privado, se muestra como uno de los campos en los cuales gran parte de la práctica y la dogmática se mantiene anclada en sus ideales (Sánchez Morón, 1980, págs. 25-27). Prueba de ello, es la dificultad que al interior de la dogmática jurídica tradicional se presenta para analizar e incorporar el estudio de actividades no formalizadas que persiguen efectos en el mundo jurídico.

De manera aparentemente contradictoria, y adelantándonos a las conclusiones de esta investigación, la introducción y permanencia del formalismo jurídico en el Derecho Administrativo, se perfila como una de las causas del surgimiento de una actividad informal de la Administración que persigue flexibilizar las reglas de las formas y los ritos para alcanzar ciertos fines explícitamente consagrados tanto en la Constitución, como en instrumentos y directrices de política nacional, comunitaria e internacional¹⁴⁰.

¹³⁸ Sobre las ideas de Geny y su importancia para el Derecho puede consultarse: De Villamor (2002) y Bernuz (2006).

¹³⁹ Por lo menos para el Derecho latinoamericano, una de las causas de la pervivencia del formalismo jurídico se debe a que, como lo plantea López Medina (2004, pág. 230), “los autores locales” que han transplantado y transformado las teorías europeas se preocupan por actualizarse con la nueva literatura jurídica europea, sin un análisis de los contextos de las culturas jurídicas de las que provienen: “mientras se acepta la nueva sensibilidad teórica, los autores locales usualmente no se preocupan por examinar la coherencia entre lo que ya saben (clasicismo) y las nuevas ideas que están adquiriendo (antiformalismo). Así en vez de adquirir una conciencia de ruptura iusteórica, algunos exhiben conciencia de continuidad entre lo nuevo y lo viejo. Esta fue la causa por la que algunos autores locales posclásicos empezaron a acumular la nueva teoría antiformalista sobre la anterior fase clásica. Para ellos todo este conjunto formaba un frente unido”.

¹⁴⁰ La informalidad o flexibilidad de la actuación administrativa que requiere la solución de los problemas prácticos se manifiesta en contra del exceso del rito legal: “En el caso de que llegue a ser desproporcionado el gasto en finezas jurídicas de una forma de acción y de los resultados gracias a ellas alcanzables, ello conduce a la formación de formas de comportamiento apócrifas o paralegales. ¡Este desnudo dato empírico debería tenerse siempre presente en todos los esfuerzos realizados en pro de un mayor refinamiento de la dogmática del Derecho administrativo!” Schmidt Assmann (1993a, pág. 29).

II. EL FORMALISMO JURÍDICO DEL SIGLO XX Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Las ideas del formalismo jurídico son adoptadas por la dogmática clásica del Derecho Administrativo todavía vigente. A mediados del siglo XX, el profesor Martínez Useros (1950, pág. 646) afirmaba: “el formalismo administrativo se inicia en los mismos orígenes de nuestra Ciencia porque esta nacía como producto de un Estado que desconfiaba de sus Poderes”. Así, la forma establecida en la Ley y a la que debían ajustarse perfectamente los actos administrativos se constituía en garantía en contra de la arbitrariedad de los poderes públicos¹⁴¹.

Además de las proposiciones de coherencia, sistematicidad y completitud del ordenamiento jurídico, el formalismo jurídico del siglo XIX contribuyó a la consolidación de las ideas liberales¹⁴². De ahí que entre los cometidos de la codificación se persiguiera el establecimiento de un Derecho unificado que brindara seguridad jurídica y que permitiera el ejercicio de las libertades individuales de los ciudadanos considerados iguales ante la Ley, lo que fundamentó la mínima intervención del Estado en el libre juego del mercado y, con ello, sentó las bases de la oposición entre Estado y sociedad (Caroni, 2012, págs. 51-53). Así las cosas, el Estado fue considerado como “una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresaba capitalmente en leyes abstractas (en la medida de lo posible sistematizadas en códigos)” (García Pelayo, 1987, pág. 21).

Estas ideas sobre el formalismo jurídico y su relación con el Estado Liberal se fundamentan en un ordenamiento jurídico positivo cuyos presupuestos teóricos se consolidan en el siglo XX gracias a las ideas de Hans Kelsen, que si bien no compartió su identificación

¹⁴¹ “De suerte, que puede afirmarse que en el Derecho Administrativo el imperio de las formas es más intenso por la especial naturaleza del sujeto, del ente, que no manifiesta la voluntad ni desarrolla la acción sino por medios de formas; ni opera, ni afirma su existencia, ni es capaz, sino por la representación y en la forma establecida por la Ley” (Martínez Useros, 1950, pág. 654).

¹⁴² Para la Escuela de la Exégesis la codificación debía ser fiel al ideal liberal de la Ley como expresión de la voluntad general del pueblo: “Esta concepción de la Ley presupone una alta confianza en la capacidad del lenguaje en que está escrita para transmitir reglas que sean claras, completas y coherentes” (López Medina, 2004, pág. 160).

con posiciones ideológicas¹⁴³, dotó a la teoría jurídica de los elementos necesarios para la aplicación e interpretación de las normas en concordancia con las ideas liberales¹⁴⁴.

Todas las premisas anteriores confluyen para caracterizar al Derecho que ha fundamentado la actividad administrativa hasta hoy, por lo menos desde la perspectiva de la doctrina tradicional aún vigente e influyente. Como es indudable, esta caracterización no admite la existencia en la práctica de una Administración que actúa a través de formas distintas a las reguladas, sin éstas ser ilegales y con las cuales hacer uso de la creatividad administrativa para alcanzar los propósitos de la Ley, en la medida en que pudiera pensarse que ésta misma impone obstáculos para su logro. Del mismo modo, a partir de un Derecho Administrativo como el descrito, no se explica la necesidad de la Administración, así como la exigencia de la ciudadanía, de interactuar en espacios institucionales no formalizados para discutir asuntos públicos y, con ello, contribuir al cumplimiento de la Ley. Si bien en esta investigación se acepta la realidad de una actividad administrativa innovadora, menos impositiva y más concertadora en el marco del actual Estado Social de Derecho, no puede negarse que las ideas del Estado Liberal siguen dirigiendo la interpretación y aplicación del Derecho Administrativo general.

En efecto, gran parte de la dogmática jurídica continúa apreciando el Derecho Administrativo en una simétrica relación con los principios del Estado Liberal¹⁴⁵. El profesor

¹⁴³ Para Kelsen, la doctrina tradicional que identificaba como Estado de Derecho solo aquel que garantizara los derechos individuales, posibilitara el control de la legalidad de los actos estatales y asegurara el ejercicio de formación democrática de la Ley no tenía fundamento en la ciencia del Derecho. “Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente, el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello”. De esta manera Kelsen identificaba el Estado con el Derecho: “cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo” (Kelsen, 1982, págs. 320-321).

¹⁴⁴ La obra más importante en la sistematización y consolidación del formalismo jurídico es la *Teoría Pura del Derecho*, publicada por primera vez en 1934 con una segunda edición en 1960. El propio Kelsen persigue con su teoría “pura” proveer una teoría general del Derecho positivo y de interpretación general que no se dirige a ningún ordenamiento en concreto. Así afirma que: “En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como una doctrina “pura” con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia al derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños” (Kelsen, 1982, pág. 15).

¹⁴⁵ Sarmiento (2008, pág. 26) ilustra la situación de gran parte de la dogmática actual: “no es extraño encontrar una práctica unánimemente en el diagnóstico: vivimos en un mundo cambiante, y el Derecho administrativo no se adapta bien. Pero tras ese reconocimiento de los hechos, la sorpresa llega cuando el tratadista que acierta en el diagnóstico se niega a dar cabida alguna a los nuevos fenómenos que rodean a la disciplina... Sí consideramos de

Schmidt Assmann (2006a, pág. 29) identifica tres presunciones fundamentales que permiten reproducir la concepción tradicional de este Derecho en Alemania: “la unicidad de la Administración, la formalización de sus acciones y la aplicación del Derecho entendida como mera ejecución”. Estas tres presunciones son fundamentales para entender los presupuestos del Derecho Administrativo tradicional no solo vigente en el ordenamiento alemán, sino también, en los demás ordenamientos europeos¹⁴⁶ y latinoamericanos: el principio de la división de poderes, su misión en la mera aplicación de la Ley y su control por el poder judicial, el cual garantizará el ceñimiento de la Administración a la Ley¹⁴⁷.

El principio de la división de poderes¹⁴⁸ otorgaría a la Administración su definición como organización que ostenta poder público: “*administración* debe ser toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia” (Mayer, 1949, pág. 10)¹⁴⁹. La unicidad, entonces, se manifiesta en la perfecta jerarquización y coherencia interna de la actividad de la Administración que se basta así misma (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 29)¹⁵⁰.

forma unánime que las políticas administrativas tienen que adaptarse a sectores altamente volátiles y complejos, la teoría del acto administrativo se mantiene en una dogmática más ligada al siglo XIX que al XXI”.

¹⁴⁶ El profesor Parejo (2006, pág. 182) considera como característica del Derecho Administrativo español: “la adhesión al modelo liberal clásico de la Administración, su centramiento en la actividad «formalizada» de ésta y concentración en el Derecho material desde el punto de vista del control jurídico (en su término judicial), en el caso concreto, de su legalidad (con la consecuencia de la marginación del Derecho y los problemas de la organización”. De igual manera entre otros, en Francia: Riveró (1979, págs.109-110); y en Italia: Giannini (1991, págs. 65-89).

¹⁴⁷ Al respecto el profesor Parejo (2006) señala que las tres presunciones tradicionales que todavía se predicen del Derecho administrativo alemán son aplicables al ordenamiento español (e incluso al italiano muy similar a estos dos modelos normativos). Para el profesor, es necesaria una clara reforma del Derecho Administrativo, teniendo en cuenta la gran distancia entre la actual dogmática en la materia y el ordenamiento positivo administrativo real.

¹⁴⁸ Este principio se establece desde 1789 como fundamento del Derecho Administrativo francés, a partir de su elaboración por Montesquieu. Su versión original basada en la “garantía de la libertad pública en el reparto de las funciones entre titulares independientes” (Carré de Malberg, 2001, pág. 862), fue acogida por autores como Otto Mayer en Alemania y Anschütz en Prusia. Igualmente, en Portugal el sistema francés fue adoptado en todo su alcance desde 1832 (Santofimio, 1996, pág. 261). La adopción de la teoría de la división de poderes en Alemania puede consultarse en la obra de George Jellinek (1958, págs. 485-508).

¹⁴⁹ “El poder ejecutivo no se materializa, como el legislativo, en un acto constitucionalmente reglado y determinado para la expresión de su voluntad por esta razón, no se presenta bajo esta forma concisa y palpable. Pero tan pronto como la Ley y el poder legislativo se separan, por la fuerza de las cosas, se consolida el poder ejecutivo: él abarca todo lo que resta del poder público, y las manifestaciones de su voluntad, en toda la variedad de sus formas, tienen, sin embargo, una naturaleza jurídica común” (Mayer, 1949, pág. 101).

¹⁵⁰ Aunque la versión original de Montesquieu de la separación de poderes no se mantenga pura en la actualidad, persiste la idea fundamental de su capacidad para la contención de la arbitrariedad, frente a la garantía de los derechos y libertades ciudadanas. Al respecto, Carré de Malberg (2001, págs. 862-8633) afirmaba ya en 1922 que para el caso francés: “...la separación -puede decirse- se establece hoy entre el cuerpo de electores y el cuerpo de elegidos; no se refiere a funciones materiales, sino que tiende a limitar la influencia de los elegidos

La determinación del objeto de la Administración de manera negativa o residual frente a los demás poderes públicos ha sido tradicionalmente la base de la dogmática administrativa predominante en Francia, Alemania, Italia, España y Latinoamérica. Las teorías que recogen este fundamento para definir la Administración han sido clasificadas por la doctrina como teoría material, orgánica-formal o subjetiva y teoría orgánica – funcional. Todas tienen en común la identificación de la Administración con la organización¹⁵¹ ejecutiva o de ejecución del Estado y su función limitada al campo restringido de este poder (Santofimio, 1996, pág. 33-35; Souviron, 2000, pág. 120; Muñoz Machado, 2006, pág. 57-58; Descalzo, 2011, pág. 14-18)¹⁵².

Aparte de colaborar con la fundamentación del objeto del Derecho Administrativo, la teoría de la división de poderes permitió profundizar en la idea del Derecho como garantía frente al abuso de la Administración sobre los ciudadanos. A este respecto, Jellinek (1958, pág. 505) ilustró que: “la teoría constitucional franco-americana ha visto en la separación de las funciones formales la garantía más firme del ejercicio legal del poder del Estado, y, por tanto, la seguridad de la libertad política de los ciudadanos”¹⁵³.

Del mismo modo, a partir de las teorías que concentran la actividad administrativa en el poder ejecutivo, a la Administración se le identificó con la función de mera aplicación de la Ley (Muñoz Machado, 2006, pág. 57). La Ley como predeterminante de la actividad administrativa contiene todas las soluciones posibles a los casos presentados y, en este

con la de los electores”. Sobre la vigencia de la teoría de la separación de poderes en Francia en el siglo XX: consultar la obra de Jean Rivero (1984, pág. 14).

¹⁵¹ En este trabajo al citar el concepto de organización administrativa se acoge la caracterización que de éste desarrolló el profesor García de Enterría (2008, pág. 8): “la Administración pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto...sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la Ley, lo que presta a esta superioridad y su irresistibilidad-, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada”.

¹⁵² Sobre estas teorías se tratará en el Capítulo 2 de este trabajo.

¹⁵³ “...esta fórmula abstracta, al igual de otras muchas, solo tienen valor dentro de ciertos límites. Vale, sobre todo, cuando se trata de separar la justicia y la administración; pero si se otorga, como sucede, por ejemplo, en América, un derecho ilimitado al juez, para comprobar si la Ley concuerda materialmente con la Constitución, lo que allí no es sino una consecuencia del principio de la «división de poderes», entonces la experiencia enseña que la actividad legislativa, en muchos puntos importantes puede reducirse a la inacción” (Jellinek, 1958, pág. 505). Sobre los planteamientos de la teoría de la separación de poderes, su desarrollo, ataques y aportes en Francia y otros ordenamientos europeos ver: Carré de Malberg (2001, págs. 741-862).

sentido, la Administración solo tiene como función su ejecución estricta¹⁵⁴. Así lo consideró para el ordenamiento alemán Adolf Merkl (1975, pág. 211): “la administración no puede ser entendida sino como función jurídica; esto es como aplicación del derecho y, en especial, como aplicación del Derecho Administrativo”¹⁵⁵. En consecuencia es a través del ejercicio de las formas establecidas en la Ley que la Administración debe cumplir sus funciones. Así pues, la propia concepción de la Administración en el entramado de la separación de poderes, contribuiría a la desconsideración de toda actividad administrativa realizada fuera de esos parámetros.

Siguiendo a Schmidt Assmann (2006a, pág. 29), la Administración mantiene su tarea de ejecución de la Ley por medio de actos formalizados¹⁵⁶ con base en el proceso de subsunción con respaldo en un sistema estrictamente jerarquizado¹⁵⁷. De esta percepción de la actividad administrativa surge la necesidad de identificar sus tareas con una forma sin que exista posibilidad de adoptar modalidades alternativas de actuación, no regladas y contenidas en el sistema normativo¹⁵⁸. Es así como la forma (como el acto administrativo) adquiere toda su

¹⁵⁴ Es ilustrativo el pensamiento de Laband (1979, pág. 119) sobre el ordenamiento jurídico como un sistema cerrado lógico compuesto por conceptos generales que no posee lagunas: “No puede confundirse una laguna en la Ley constitucional con una laguna en la Constitución del Estado. Esto último es un concepto imposible: las leyes pueden ser incompletas, pero el ordenamiento jurídico, como el orden de la naturaleza, no puede tener una laguna”.

¹⁵⁵ Merkl explica de esta manera el *principio de la juridicidad de la administración* que fundamenta la “conexión” entre derecho y Administración: Este principio significa, no sólo que la administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un derecho administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto administrativo que admite semejante acción (1975, pág. 212).

¹⁵⁶ El concepto de forma y su ordenación sistemática es adoptada en Alemania por Otto Mayer (1949, pág. 20) en su apreciación de la actividad administrativa: “El derecho y sus normas siguen a la administración por todas partes donde ella manifieste su actividad. Para cada variedad de sus actividades, existen normas diferentes. A cada círculo de asuntos corresponde un círculo de reglas de derecho que le son aplicables... Los diversos asuntos se desenvuelven de una manera más imponente, adoptan formas sistemáticamente prefijadas y se diferencian formalmente unos de otros a consecuencia de la distribución de competencias”.

¹⁵⁷ En la misma vía, Adolf Merkl (1975, pág. 228) acoge la idea de sistema pregonada por el formalismo jurídico, para afirmar la existencia de un sistema jerárquicamente estructurado en el que está inmersa toda actividad administrativa: “Todas las acciones de la administración, por lo mismo que se hallan necesariamente delegadas por un precepto jurídico, son acciones dentro de esta estructura escalonada, acciones que corresponden a un plano determinado de la misma”.

¹⁵⁸ La teoría de las formas jurídicas se construye a partir de dos principios: la formación de conceptos en el plano abstracto y los criterios de conexión (Schmidt Assmann, 1993, págs. 10-11). A partir del primero, las formas centrales de actuación se configuran en conceptos tan abstractos que permiten su aplicación en casi la totalidad de las tareas de la Administración. A la representación de las formas a través de conceptos abstractos, le siguen los criterios de conexión. Estos criterios hacen referencia a las pautas o fundamentos en que se apoya la relación entre la selección o identificación de la acción o forma y las consecuencias jurídicas: “... la conexión se ha de configurar de acuerdo con criterios que posibiliten respuestas adecuadas a los fundamentales cometidos protectores y conformadores del Derecho Administrativo. Esta *adecuación* se ha de cumplimentar mediante mandatos constitucionales especiales, a través de las previsiones normativas acerca de la posición del Poder

centralidad, con lo cual, se crea una doctrina abstracta y autosuficiente que no da lugar, por lo menos desde el mismo discurso jurídico, a plantear la presencia de casos en la realidad que para su solución requieren de actuaciones más flexibles y necesitados de participación ciudadana, sin una vinculación estricta a los efectos legales.

En consecuencia, la doctrina de las formas jurídicas parte de la idea de límite y auto-contención legal. Límite, en tanto que establece las reglas y el alcance de los modos en que puede desempeñarse la Administración. Auto-contención, en la medida en que las reglas y modos de actuación deben regirse por la Ley, como una garantía de no arbitrariedad frente a los derechos de los administrados¹⁵⁹.

No debe olvidarse, como se expuso anteriormente, que el antecedente de la doctrina bajo estudio se encuentra en la sistematización de los hechos jurídicos de Savigny¹⁶⁰. Los cuales, según el jurista, podían ser clasificados, por ejemplo, como provenientes de actos libres que

ejecutivo en el seno del Estado, así como merced a conocimientos y reglas de plausibilidad relativas al comportamiento decisorio de quienes tienen atribuidas funciones de autoridad”. (Schmidt Assmann, 1993, pág. 11).

¹⁵⁹ En este sentido Martínez Useros (1950, pág. 654; 656) resalta la importancia de la forma en el Derecho administrativo: “De suerte, que puede afirmarse que en el Derecho Administrativo el imperio de las formas es más intenso por la especial naturaleza del sujeto, del ente, que no manifiesta la voluntad ni desarrolla la acción sino por medios de formas; ni opera, ni afirma su existencia, ni es capaz, sino por la representación y en la forma establecida por la Ley (...) Las formas en lo administrativo son a un tiempo garantías de una buena gestión y protección de los derechos e intereses de los administrados. Defienden a la Administración de los errores y a los particulares de la arbitrariedad”.

¹⁶⁰ Como es bien conocido el Derecho Administrativo se crea a partir del Derecho Privado. Al respecto es dicente la afirmación de Mayer (1949, pág. XXVIII) en el prefacio a la edición alemana de su obra *Derecho Administrativo alemán* según la cual: “en todas partes comprobamos la analogía con las instituciones del derecho civil que sirven de modelo.”, y posteriormente continúa admitiendo la necesidad del Derecho público de obtener aportes del Derecho civil. En igual sentido, Fleiner (1933, pág. 35-36) admite que no se ha formado en Alemania un sistema cerrado de Derecho Administrativo porque las normas que rigen la vida de la administración pertenecen en parte al derecho privado, y en parte al derecho público. Así para el cumplimiento de gran parte de sus tareas, la Administración se sirve de los mismos procedimientos del derecho civil que el Código pone a disposición de los particulares, en consecuencia, en aquellos casos ella actúa como un sujeto de derecho privado ordinario. Del mismo modo en Francia, Jèze (1948, pág. 6) afirmaba la necesidad del Derecho Administrativo de regular situaciones jurídicas que pertenecían a la esfera del Derecho Privado, e incluso algunas de ellas lo siguen siendo pese al surgimiento de este nuevo derecho. Por su parte, Hauriou (2012, págs. 23-24) describe las relaciones entre el Derecho Administrativo y Derecho Privado, y el uso necesario de los principios de este último. Una posición un tanto diferente en Cassese (2014a, pág. 380) quien señala que “el Derecho Administrativo nace del reconocimiento de las deficiencias del Derecho Privado, es decir como Derecho derogatorio.” Lo cierto es que desde sus inicios como hasta la actualidad el Derecho Administrativo vendría a ser un Derecho “mixto” que emplea el modelo de normas públicas y privadas dependiendo de las necesidades que requiera atender en la realidad.

constituyeran manifestaciones de la voluntad o de circunstancias accidentales¹⁶¹. Si bien Savigny en la clasificación de las diferentes actividades humanas en hechos jurídicos, se refería a la actividad privada y no contemplaba en ella los hechos del Estado, estas categorías son un importante antecedente para, más tarde, explicar la actividad central de la Administración como una manifestación de voluntad. Es necesario resaltar que para Savigny (2005, pág. 458)¹⁶² la manifestación de la voluntad estaba ligada a la forma como presupuesto de su eficacia y vínculo con el Derecho Positivo cuya principal función era establecer la prueba y publicidad de la existencia del hecho jurídico.

En suma, las ideas de forma y sistematización darán lugar a la teoría del acto administrativo, como paralelo del negocio-jurídico en el Derecho Privado. Se establece así la institución jurídica alrededor de la cual se desarrollará la dogmática administrativa (Velasco, 1998, pág. 68)¹⁶³, con su inicio en Francia, pero luego, ampliamente desarrollada por los juristas alemanes, principalmente por Otto Mayer, en donde adquirirá sus propios matices. Así, con base en la sistematización de hechos jurídicos de Savigny, las actuaciones que no representasen una manifestación de la voluntad de la Administración y no fueran parte de la ejecución de una forma regulada serían indiferentes para el Derecho (ideal de completitud), o simplemente irrelevantes, lo que propiciaría la creación doctrinal de la figura de la *actividad material*, categoría en la que se incluirá todo fenómeno que no encaje con el tradicional conjunto de actos jurídico-públicos, por ejemplo, las actuaciones informales de concertación¹⁶⁴.

Por último, y como base del enfoque liberal del Derecho Administrativo, y como complemento a las ideas de división de poderes y ejecución de la Ley, se alza como necesario el control judicial. Dado que la actividad administrativa es en esencia ejecución de la Ley, se corre el riesgo de que la Administración al aplicar el Derecho positivo al caso concreto pueda

¹⁶¹ “Llamo hechos jurídicos a los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan. Así, todos estos hechos tienen por carácter común entrañar con el tiempo un cambio de la relaciones de derecho entre personas determinadas” (Savigny, 2005, págs. 350-351).

¹⁶² Para Savigny (2005, pág. 458): “Las manifestaciones formales son aquellas cuya eficacia procede de la observancia de ciertas formas determinadas, admitidas exclusivamente como expresión de la voluntad. Se les llama formales porque sus accidentes están invariablemente determinados por el derecho positivo”.

¹⁶³ De acuerdo con el profesor Velasco (1998, págs. 68-69), la teoría de las formas jurídicas se construye a partir del “molde” iusprivatista y en tal sentido se establecerán sus características: el acto administrativo como figura central se define por la manifestación de voluntad de un órgano autoridad administrativa, a diferencia de su concepto original en Francia.

¹⁶⁴ Al respecto en profundidad véase el Cap. 3.

desconocer alguno de sus preceptos y, por tanto, los jueces adquieren la función fundamental de determinar qué es lo correcto, según Merkl, qué es “una buena administración”¹⁶⁵. De esta manera, desde sus inicios, y sobre todo en ordenamiento jurídicos con influencia del sistema jurídico francés como los latinoamericanos, el control judicial se centró en la legalidad de los actos de la Administración¹⁶⁶, lo que reforzó los postulados del formalismo jurídico.

Si bien es claro, que no existe en la actualidad un sistema contencioso administrativo que opte por un modelo puro, lo que hace más probable la combinación de éstos¹⁶⁷, como es el caso colombiano aunque con una gran tradición francesa. Ahora bien, de lo que no cabe duda es que el proceso de formación de las Jurisdicciones Contencioso-administrativas explica la centralidad del acto administrativo en el control jurisdiccional, y la consecuente y obvia ausencia de fallos judiciales que dediquen sus consideraciones a establecer la naturaleza jurídica y efectos vinculantes de las actuaciones informales.

Esta conclusión se ratifica todavía hoy en día en la práctica administrativa colombiana. A este respecto, los hallazgos de la investigación del profesor Chávez son ilustrativos. En primer lugar, el profesor Chávez (2008, pág. 89) manifiesta que una de las causas por las cuales los convenios informales (tanto entre entidades públicas, como entre éstas y particulares) no se sometan a la jurisdicción es debido a que casi siempre se solucionan extrajudicialmente. No obstante, en los pocos casos conocidos por los jueces, éstos si bien otorgan efectos jurídicos a los acuerdos aparentemente no vinculantes, lo hacen de manera indirecta en virtud de su

¹⁶⁵ En el caso del control judicial o justicia administrativa, Adolf Merkl (1975, pág. 489) distinguía entre la función de examinar la *juridicidad* o el *uso que se haya hecho del poder discrecional*: “La fiscalización jurídica trata de sustituir el acto contrario al derecho por otro que concuerde con él; la fiscalización del arbitrio trata de sustituir al acto jurídicamente correcto, pero contrario al fin, por otro acto igualmente correcto, pero al mismo tiempo, más adecuado al fin, según el criterio del tribunal, es decir, sustituirlo por un acto no solamente «justo» «jurídicamente», sino también «éticamente» o «políticamente» o en atención a cualquier otro criterio de valor que acepte el tribunal”.

¹⁶⁶ A este sistema de justicia administrativa se le ha denominado por la doctrina, como objetivo, en contraposición al sistema subjetivo de tradición alemana. De acuerdo con Ferrada (2012, pág. 104): “Estas dos visiones de la justicia administrativa han tenido su origen, básicamente, en la contraposición clásica entre el sistema de justicia administrativo francés y alemán, en el que en el primero el contencioso administrativo desarrollado en el seno del Consejo de Estado se identificó como un control al acto –“proceso al acto” dirá la doctrina más famosa–, especialmente a través del denominado “recurso por exceso de poder”. Por el contrario, en el ámbito del derecho alemán, el sistema de justicia administrativa se centra en la tutela de derechos subjetivos, a partir de la enunciación en la Constitución de un derecho fundamental a la tutela judicial de todas las personas (artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn)”. Sobre los modelos de justicia contencioso-administrativa, véase: García de Enterría (2000); Rosado (2007) González Varas (2007); Ferrière (2007).

¹⁶⁷ Sobre el tema puede decirse que existe una tendencia hacia la subjetivización del contencioso. Al respecto: García de Enterría (2000).

relación con un reglamento o acto administrativo, sin abordar el reconocimiento expreso de la actuación informal de concertación como una forma más de los actos jurídico-públicos de actuación¹⁶⁸. Sin embargo, esta tendencia inicia su transformación con el reciente precedente del Consejo de Estado¹⁶⁹ en el que admite el control judicial de las circulares administrativas como expresión de *soft law* administrativo, al respecto se tratará más adelante.

En síntesis, la unicidad de la Administración y la formalización de sus acciones como mera ejecución legal conforman “un modelo muy compacto y cerrado en sí mismo: una idea se deduce de la anterior y así sucesivamente” (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 29) del Derecho Administrativo, lo que dificulta los intentos de su ajuste a la práctica jurídica o realidad social. Esta conclusión es la que refuerza el interés por una investigación dogmática del fenómeno de la actuación informal de concertación de la Administración, con base en instrumentos metodológicos pluridisciplinarios, críticos del formalismo jurídico tradicional, que, sin negar el carácter formal del Derecho y su importancia en su construcción sistémica, aporten las claves para su renovación y dinamismo. Por esta razón, con base en las reflexiones realizadas hasta ahora es necesario revisar las críticas de las que ha sido objeto el formalismo jurídico y que son pertinentes con esta investigación.

B. CRISIS DEL FORMALISMO JURÍDICO Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una serie de importantes eventos acaecidos en el siglo XX provocaron una fuerte crítica a los postulados del formalismo jurídico, entre ellos, la crisis económica de 1929. Ésta puso en tela de juicio la capacidad del ordenamiento jurídico para asegurar el mantenimiento del capitalismo y garantizar unas condiciones de vida equitativas; así mismo, los graves sucesos

¹⁶⁸ En la investigación de maestría, el profesor Chávez (2008, págs. 90-91) cita cuatro casos judiciales de los cuales tres se refieren a convenios interadministrativos y solamente uno, a un convenio entre el Estado y particulares (la comunidad indígena Wayúu). En este último caso, de mayor interés para el presente trabajo, la Corte Constitucional tutela los derechos de la comunidad exigiendo a la Administración el cumplimiento de sus compromisos. Debe tenerse en cuenta que ante la instancia constitucional, la Corte no discute la naturaleza jurídica del convenio o no pactado, sino que examina si la actividad del Estado vulneró o no derechos fundamentales de la comunidad étnica.

¹⁶⁹ Existen dos importantes fallos en la materia: Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, radicado: 00533; y Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera del 18 de junio de 2015, radicado: 2011-00271-00.

de la Segunda Guerra Mundial demostraron que el ordenamiento jurídico de la época fue incapaz de proteger a las personas de los excesos de las dictaduras y de la total inseguridad de las formas¹⁷⁰.

Las primeras críticas al formalismo jurídico, como se mencionó atrás fueron formuladas por Geny, seguidas más tarde por la sociología jurídica, con las corrientes de pensamiento *durkheimniana*¹⁷¹ y el realismo jurídico¹⁷². Estas escuelas pusieron de relieve cómo, a pesar de la evidencia de la incapacidad del formalismo de dirigir los procesos sociales, persisten las ideas de determinación y coherencia como los ideales del Derecho¹⁷³. Aun cuando se formulan unas críticas concretas, no es pacífica la determinación de las causas de lo que se ha llamado la crisis del Derecho. Teubner (2000, pág. 85) ubica el origen de la discusión en el inicio del Estado Social, según el cual: “se ha puesto mayor énfasis en el derecho racional material, el derecho usado como un instrumento para intervenir en la sociedad de una manera *finalista*, orientado hacia la consecución de fines concretos”¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Al respecto puede consultarse el trabajo de Norberto Bobbio (1999) titulado “La rebelión contra el formalismo” en el que se cita el sentimiento de los juristas en la época de postguerra frente a la teoría del Derecho italiana, y la Teoría de la Constitución de Carl Schmitt (1996, págs. 22-23).

¹⁷¹ Un representante de estas ideas es León Duguit, quien fuera discípulo de Durkheim y considerado como uno de los fundadores de la sociología moderna del Derecho (Calvo González & Monereo Pérez, 2005, pág. 490). Duguit toma de Durkheim la idea de que el Derecho tiene origen en la vida social, y por ello, rechaza toda construcción formalista que participa de una abstracción metafísica, y en cambio, elabora “un sistema a partir de la constatación de hechos reales, desde la comprobación de los hechos sociales” (Calvo González & Monereo Pérez, 2005, pág. 487).

¹⁷² “El realismo jurídico norteamericano, pretendió darle prioridad en el Derecho a las decisiones judiciales, reaccionando ante el formalismo jurídico y el método clásico de aplicación del derecho que dominaba la filosofía jurídica desde el último tercio del siglo XI...Entendían que el derecho debe tener en cuenta que los jueces, a la hora de decidir, responden principalmente a los estímulos recibidos por los hechos subyacentes del caso, de acuerdo con lo que ellos consideran justo, en lugar de únicamente las normas” (Valderrama, 2012, pág. 305). De igual manera puede citarse el realismo jurídico escandinavo, cuyo objeto es sintetizado por Villoro (1989, pág. 74): “lo que se preguntan los escandinavos no es cómo nace formalmente el Derecho y por medio de qué fuentes formales nace, sino cuándo y por qué determinadas normas sociales son consideradas como Derecho por jueces y particulares. Pero hay que seguir aclarando el pensamiento: los escandinavos no se interesan por la obligación moral de acatar determinadas normas como jurídicas, sino que lo que investigan es la explicación del hecho de que en la conciencia psicológica de jueces y particulares se tienen por jurídicas determinadas normas sociales”

¹⁷³ “El formalismo jurídico, sin embargo se revela incapaz de atender, por una parte, las demandas de legitimidad de la sociedad contemporánea y, por otra, como un mecanismo inadecuado de regulación de sistemas sociales altamente autónomos” (Morales de Setién, 2000, pág. 38).

¹⁷⁴ La llamada crisis del Derecho ha sido objeto de un gran número de estudios entre los cuales se destacan las investigaciones adelantadas desde el enfoque de la sociología jurídica. Teubner (2000) sobre la crisis de la evolución social y legal, presenta un análisis de las principales teorías neoevolucionistas como las de Jürgen Habermas y Niklas Luhman en Alemania y Philippe Nonet y Philip Selznick en Estados Unidos. Según Teubner la tradición evolucionista y los conceptos “neo evolutivos” permiten una visión actual del proceso de cambio legal y social que explica la “crisis” del derecho moderno. Un recuento de las teorías críticas del Derecho puede consultarse en: Pérez Lledó, *Teorías críticas del Derecho*; y Liborio Hierro, *Realismo jurídico* en el libro: El

Como se adelantó en la Introducción de este trabajo, el tránsito del Estado Liberal a uno Social supuso una gran expansión de las tareas públicas, debido a la necesidad de la intervención pública en el mercado para corregir las crisis económicas y las desigualdades sociales. Esto provocó la crisis del modelo regulativo tradicional, que puso de relieve que la sola ejecución de la Ley no es ya suficiente para alcanzar una Administración eficaz que responda a todos los problemas de la sociedad. La gran demanda de conocimiento y recursos de toda índole que exige la ampliación de las funciones estatales reevalúa la tradicional forma de la actividad administrativa, de ejecución unilateral e imperativa, y la obliga a adoptar un nuevo modelo de actuación. Vosskuhle (2007, pág. 100) indica que en el caso del ordenamiento alemán, algunos estudios empíricos de los años 70 llamaron la atención sobre dos fenómenos: primero, el déficit de implementación de la Ley por su falta de aplicación práctica (en particular de la Ley ambiental); y segundo, el más relevante, la identificación de procesos de diálogo de la Administración con empresas y ciudadanos con el fin de encontrar conjuntamente soluciones a los emergentes problemas legales. En este contexto fue en el que surgieron una serie de actuaciones informales de concertación como actividad alternativa al modelo regulatorio tradicional¹⁷⁵.

De esta manera, se pone en tela de juicio la función de un Derecho racional formal para responder a los conflictos sociales, mediante formas y ritos pre-concebidos en la norma que pierden de vista la realización de una justicia material, dejando el uso del derecho al interés y mejor provecho de ciertos intereses individuales con una mejor posición para su manipulación¹⁷⁶. Así pues, puede afirmarse que la incorporación de modelos regulativos

Derecho y La Justicia (Garzón & Laporta, 2001). Sobre esta última corriente de los *Critical Legal Studies* o la teoría del Realismo jurídico puede consultarse en: Hierro, *El realismo jurídico escandinavo* Una teoría empirista del Derecho (2008); Pérez Lledó, *El movimiento "Critical Legal Studies"*, (1996); y Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1999).

¹⁷⁵ El profesor Agudo (2013a, pág. 87) ilustra el citado fenómeno de crisis de la Ley: "El fenómeno de la «crisis de la Ley» representa de hecho la incapacidad de la Ley como instrumento de dirección de la Administración moderna. La Ley revela ahora su naturaleza vinculante a través de modelos diferentes de dirección, sustituyendo la programación condicional de la actividad administrativa por una programación finalista que incorpora una creciente procedimentalización, que dirige la toma de decisiones sin mermar una respuesta creativa para cumplir con los objetivos establecidos". En profundidad: Laporta (1999)

¹⁷⁶ Al respecto puede revisarse la obra de Pierre Bourdieu titulada "Elementos para una sociología del campo jurídico" (2000). En el comentario a esta obra, Morales de Setién (2000, pág. 75), define una de las consecuencias de la formalización en el Derecho: "Mediante la formalización, los rituales adquieren el valor de procedimientos legítimos, exponiendo a los afectados las normas que garantizan la solución no arbitraria –es decir, la solución decidida individual o colectivamente por agentes no creyentes en el código jurídico–, de los conflictos sociales. El derecho aparece para Bourdieu, como la forma de violencia simbólica por excelencia: el

finalistas, como parte del programa del Estado intervencionista, abren paso a la “legalización” de nuevas esferas de la vida social¹⁷⁷.

Frente a estos planteamientos, se sucede un gran debate por quienes ven en esta tendencia una amenaza a los valores individuales y a la protección del individuo a través del Derecho formal¹⁷⁸. De hecho, Teubner (2000, pág. 85) intenta establecer la crisis del Derecho en el enfrentamiento de las posturas citadas, reiterando la imposibilidad de identificar su alcance¹⁷⁹. No obstante la dificultad de hacer una exposición detallada de los factores que caracterizan la llamada crisis del Derecho, es posible afirmar, de forma general, que se asiste a la imposibilidad del modelo regulativo tradicional para abordar la complejidad de una sociedad marcada por la acelerada evolución científico-tecnológica y la globalización económica, social y cultural. A este contexto, podría añadirse también la debilidad del Derecho, por lo menos desde su percepción formalista, para dirigir procesos participativos flexibles que no encajan en los actos jurídico-públicos como las actuaciones informales de concertación.

En la actualidad, la práctica del Derecho se encuentra muy distante del concepto moderno del Derecho racional – formal (Weber, 1965). Esta idea de racionalidad del Derecho entra en

derecho da forma a prácticas que a partir de ese momento se reconocen como convenientes, legítimas, necesarias”.

¹⁷⁷ En un análisis de las ideas de Teubner, sobre la crisis del formalismo jurídico, Morales de Setién (2000, pág. 45), expone que: “El derecho no sería, como lo era en el derecho formal sólo un instrumento para la solución de conflictos, sino un instrumento para la intervención política del Estado social de derecho. Su legitimación para realizar esta nueva función a través no de la autonomía del sistema, sino del cumplimiento de los objetivos recogidos en la regulación legal modificaría la estructura del derecho, en consecuencia la estructura de normas lógico-deductivas a favor a un mismo tiempo de principios más abstractos y de normas más concretas que permitan la realización de los fines fijados por el legislador, dando lugar a un nuevo tipo de derecho, el derecho regulatorio, cuyo fin sería “especificar coercitivamente conductas dirigidas a la consecución de fines materiales concretos”.

¹⁷⁸ La llamada crisis del Derecho ha sido objeto de un gran número de estudios entre los cuales se destacan las investigaciones adelantadas desde el enfoque de la sociología jurídica. Teubner (2000) sobre la crisis de la evolución social y legal, presenta un análisis de las principales teorías neoevolucionistas como las de Jürgen Habermas y Niklas Luhman en Alemania y Philippe Nonet y Philip Selznick en Estados Unidos. Según Teubner la tradición evolucionista y los conceptos “neo evolutivos” permiten una visión actual del proceso de cambio legal y social que explica la “crisis” del derecho moderno. Un recuento de las teorías críticas del Derecho puede consultarse en: Pérez Lledó, *Teorías críticas del Derecho*; y Liborio Hierro, *Realismo jurídico* en el libro: *El Derecho y La Justicia*. (Garzón & Laporta, 2001). Sobre esta última corriente de los *Critical Legal Studies* o la teoría del Realismo jurídico puede consultarse en: Hierro, *El realismo jurídico escandinavo* Una teoría empirista del Derecho (2008); Pérez Lledó, *El movimiento “Critical Legal Studies”*, (1996); y Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1999).

¹⁷⁹ “... pero mientras hemos adquirido conciencia de que hay movimientos que se acercan y se alejan de la legalización y de que existe un cambio de formas de pensar legales formales a otras materiales, no sabemos por qué ocurre, ni tenemos suficientes conocimientos como para predecir el resultado probable de las tendencias actuales” (Teubner, 2000, pág. 85).

crisis por su incapacidad de resolver los conflictos que no se presentan en estancos separados y que, en cambio, involucran una gran cantidad de variables imposibles de abarcar por preceptos jurídicos abstractos fuera de cualquier otra consideración.

El Estado en sus funciones intervencionistas y prestacionales, encargado de asegurar ciertos fines sociales consignados en muchos casos en la Constitución como norma fundamental, transformará la manera de fundamentar su actividad en el Derecho. En este sentido, el ordenamiento jurídico, la Ley, deja de ser un fin en sí mismo, para tornarse en un instrumento para corregir los desequilibrios sociales, determinar las relaciones de las personas con la naturaleza, predeterminar las reglas de integración social y la promoción de unos ciertos valores. Esta nueva forma de “usar” el Derecho como “medio” originaría lo que se ha llamado por la doctrina de la sociología jurídica como “derecho útil” o “derecho regulativo” (Calvo García, 2005, pág. 23), el cual desmiente la supuesta neutralidad y perfección que idealizara el formalismo jurídico¹⁸⁰.

Uno de los principales campos objeto de intervención del Estado y del Derecho será la gestión del ambiente, en tanto proveedor del sustrato del actual modelo de desarrollo global. La intervención del ambiente mediante la regulación excesiva se explica por la necesidad de controlar los riesgos que se suscitan a raíz de su uso mediante las nuevas tecnologías y por su valor como materia prima de las actividades industriales (agua, recursos genéticos, combustibles fósiles y energías renovables).

La presente tendencia y forma de regulación de lo ambiental evidencia la transformación que se ha dado al interior del Derecho. En esta nueva versión, el ordenamiento adopta criterios extrajurídicos y se intensifica su relación con las otras ciencias, en especial las sociales (Vosskuhle, 2007, pág. 101; Hoffmann Riem, 2007, pág. 207). Los instrumentos de represión abren paso a formas concertadas para la solución de problemas, con lo cual nuevos actores exigirán su participación directa; por su parte, los procedimientos se harán más

¹⁸⁰ En el campo jurídico, Muñoz Machado (2012, pág. 199), advierte que la Ley no solamente es interpretada como el límite de la actuación de la Administración, sino también, como un instrumento para la programación finalística de ésta¹⁸⁰. De allí, se crea una función de regulación, “que abarque toda la actividad estatal que incide, mediante instrumentos jurídicos, en los procesos sociales, a efectos de conseguir una finalidad específica de ordenación de los mismos” (Muñoz Machado, 2012, pág. 199).

complejos pero a la vez se buscarán maneras más flexibles en la toma de decisiones públicas (Ruffert, 2007, pág. 38).

Las características descritas sobre el ordenamiento ambiental coinciden con la afirmación del profesor Calvo García (2005, pág. 44) en tanto que el actual Derecho se aproxima al concepto de “Derecho regulativo”. Se trata de un ordenamiento jurídico influenciado por “criterios y determinantes de índole material: económicos, políticos, axiológicos, técnicos etc. Lo cual determina de modo inmediato un aumento de la complejidad regulativa y de las dinámicas jurídicas”.

La necesidad del Estado contemporáneo de regular la complejidad de las nuevas relaciones jurídicas, los riesgos y daños al ambiente, exigen la expedición de normativa que incluye el conocimiento de otras disciplinas o “saberes”. Se produce una “administrativización” del Derecho debido a la intervención en todos los ámbitos sociales y la necesidad de “crear la infraestructura y a movilizar un conjunto importante de recursos humanos y materiales para la consecución de objetivos previstos en los instrumentos regulativos” (Calvo García, 2005, pág. 45).

Como consecuencia de un Derecho orientado a ciertos fines y de la infraestructura burocrática que debe velar por su realización, surge la flexibilidad como estrategia indispensable para su cumplimiento. Este objetivo orienta la regulación a fines fundamentalmente preventivos, que reevalúan la eficacia exclusiva de los mecanismos de comando y control del Derecho Ambiental, por fórmulas complementarias basadas en la negociación y concertación, de ahí la tendencia cada vez mayor de la Administración al uso de las actuaciones informales.

Según estas premisas, la eficacia no sería medida en “términos de ajuste o seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos” (Calvo García, 2005, pág. 49), de esta manera se abren las posibilidades para la presión por parte de grupos sociales o la posibilidad de la negociación, y otras formas menos rígidas de la aplicación del Derecho. En consecuencia, se presentan espacios distintos a las formas tradicionales del Derecho para la toma de decisiones administrativas, la búsqueda del cumplimiento de la Ley o para la

resolución de conflictos, lo que permite la flexibilización del procedimiento, incluso espacios de actividad informal de la Administración.

El panorama expuesto caracteriza la actual transformación que se produce en la actividad administrativa y que exige su estudio por la doctrina jurídica. Debe reiterarse, que este trabajo se aborda desde la dogmática jurídico-administrativa, de modo que las referencias hechas a las teorías críticas del Derecho y la sociología jurídica tienen como único propósito evidenciar la transformación de la visión tradicional del ordenamiento jurídico y, precisamente, la necesidad de estudios jurídico-dogmáticos que aborden su análisis.

Estos presupuestos hacen imprescindible el estudio de la doctrina jurídica que ha insistido en la renovación del Derecho y en específico del Derecho Administrativo. En las páginas que siguen, se describe brevemente lo que se ha llamado como “crisis “del Derecho, desde las corrientes del *neoconstitucionalismo* y la llamada escuela de la *nueva dogmática jurídico-administrativa*. Como se verá, se trata de un exposición sucinta que intenta dar al lector un contexto de la discusión como preámbulo para el análisis de los presupuestos dogmáticos en los capítulos siguientes.

I. CRÍTICA AL FORMALISMO JURÍDICO DESDE EL *NEOCONSTITUCIONALISMO*

De acuerdo con Alfonso Santiago (2008, pág. 5), los grandes cambios en los ordenamientos jurídicos europeos a causa de la promulgación de las Constituciones de la segunda postguerra y la creación de los Tribunales Constitucionales, constituyen el inicio de lo que se ha llamado el *neoconstitucionalismo*¹⁸¹. Si bien las ideas de esta escuela no pueden identificarse con una teoría única o con una obra referencial (García Figueroa, 2011; Estrada, 2012, págs. 541-549)¹⁸², sí puede señalarse como uno de sus propósitos centrales la

¹⁸¹ Se citan entre otras, las constituciones de Alemania de 1949, Italia de 1947, Portugal de 1976 y España en 1978, y la expansión de la doctrina a Latinoamérica en la década de los 90, en especial en Colombia con la expedición de la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional.

¹⁸² Al respecto, el profesor García Amado (2009, pág. 24) ha criticado el neo constitucionalismo por considerarla como una doctrina difusa carente de unidad: “nos hallamos ante una teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y de allá, más contruidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy y, muy en particular, en la propia

redefinición del ordenamiento jurídico, y su posicionamiento en contra del positivismo y del formalismo jurídico.

Según Prieto Sanchís (2003, págs. 131-132) los rasgos más sobresalientes de una nueva teoría del Derecho se resumen en cinco epígrafes:

... más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí, y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

En la redefinición del ordenamiento jurídico frente a los presupuestos del formalismo jurídico, el neoconstitucionalismo critica las propuestas de un sistema normativo cerrado y la inflexibilidad de las formas y normas; la Ley como fuente exclusiva del Derecho y la mera función del juez de su interpretación exegética y estricta aplicación. Debido al variado número de representantes y propuestas de esta escuela, que en muchos casos carecen de unidad, en lo que sigue se presenta a modo de ilustración algunos de los argumentos que se relacionan con el objeto de estudio de este trabajo, en otras palabras, no hay ánimo de exhaustividad.

El neoconstitucionalismo niega la interpretación del Derecho como una jerarquización normativa coherente y estática, y en cambio propone: “un conjunto flexible y armónico de principios, valores, reglas...adaptable y móvil en el cual la primacía de la argumentación e interpretación jurídica, la prioridad axiológica y deontológica va cobrando cada vez más fuerza y relevancia” (Aguilera Portales, 2012, pág. 4).

La idea de plenitud, hermeticidad y jerarquía del formalismo jurídico se transforma al incluir como elemento de cierre a la Constitución¹⁸³. La Carta Constitucional se percibe como

jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados”.

¹⁸³ La jerarquía del ordenamiento jurídico del Estado Liberal no representa íntegramente el ordenamiento del Estado constitucional. Se plantea su entendimiento como “un orden jerárquico, pero no excluyente de relaciones de coordinación entre las distintas normas”, un sistema de coordinación “en relación constante con otros

una “esclusa” que comunica el Derecho positivo, con principios, valores y derechos fundamentales inherentes a la persona, que pueden estar explícita o implícitamente consagrados en el texto constitucional (Estrada, 2012, pág. 553)¹⁸⁴. En este contexto teórico, la actuación informal de concertación de la Administración es objeto de reflexión por el Derecho, dado que se presenta en ejercicio de los principios constitucionales de la función pública e involucra la garantía y protección de los derechos fundamentales. Anticipando el análisis que se hace más adelante, la jurisprudencia constitucional colombiana sobre consulta previa es un ejemplo de estas ideas.

En efecto, frente a la plenitud y hermeticidad predicada del Derecho Administrativo positivo, la Corte Constitucional reconoce la necesidad y ejercicio de actuaciones administrativas informales que conducen a la Consulta Previa, aun cuando ésta no posea un procedimiento regulado y no se contemple en la Ley su exigibilidad en proyectos de Ley o reformas a la Constitución¹⁸⁵. Tal reconocimiento, que se da en virtud del fin constitucional

sistemas sociales, se impone una perspectiva del derecho que permita el mantenimiento de las características de plenitud y coherencia del ordenamiento a partir de los principios jurídicos” (Estrada, 2012, pág. 554).

¹⁸⁴ Sobre el constitucionalización de los principios explícitos y no contenidos en la Carta, Manuel Aragón (1988, pág. 17): “La «constitucionalización» de los principios generales «más fundamentales» lleva a la consecuencia de que cualesquiera otros principios no positivados hayan de conformarse en congruencia con aquéllos, es- decir, hayan de: estar inspirados en los principios expresados en el texto de la Constitución. Una Constitución «principalista», como la nuestra, tiene una gran capacidad de evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias, de convertirse en una *living constitutio* sin requerir, por ello, en muchos casos, de la reforma constitucional explícita. Pero también esos principios «constitucionalizados» son a su vez un límite frente a la excesiva adaptación, o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional”.

¹⁸⁵ Puede citarse como ejemplo la Sentencia C-030 de 2008, en la que se discutió la inconstitucionalidad de la Ley 1021 de 2006 “*Por la cual se expide la Ley General Forestal*”, por no haberse cumplido con el trámite de consulta previa antes de ser tramitada ante el Congreso de la República. En este fallo la Corte Constitucional consideró que: “Un nuevo interrogante, sin embargo, surgiría en relación con la omisión de la consulta cuando el legislador no haya desarrollado la materia. Es evidente que esa ausencia de previsión normativa en torno a las condiciones de procedencia y a los mecanismos para hacer efectivo el deber de consulta, no puede dejar sin sanción jurídica en el ámbito interno una omisión frente al deber de consulta que desconozca el derecho que, de acuerdo con la Constitución, tienen las comunidades a que dicha consulta se lleve a cabo. En ese escenario sería forzoso concluir que, de acuerdo con la jurisprudencia, la omisión de la consulta afecta la materialidad misma de la Ley, porque, independientemente del sentido y alcance de sus disposiciones, existe una carencia en las mismas, porque no son portadoras del valor que les conferiría el hecho de haber sido consultadas con las comunidades afectadas de manera previa a su adopción. La situación es compleja, porque la solución propuesta comporta que, para verificar la omisión frente al deber de consulta, la Corte debe fijar unas reglas procedimentales que definan la actividad que, en las distintas fases del proceso legislativo, desde la iniciativa misma, pueda considerarse como la mínima constitucionalmente requerida para hacer efectivo el derecho de consulta. Esto es, para el examen de un vicio de inconstitucionalidad que se proyecta sobre el contenido material de una Ley, sería preciso remitirse a la valoración de unas pautas procedimentales para el trámite legislativo no previstas ni en la Constitución ni en la Ley, que fue lo que se rechazó por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 030 de 2008, 2008). Esta sentencia ha tenido muchas críticas, en especial se ha dicho que afecta la seguridad jurídica y el desarrollo económico del país. En lo que respecta a la primera crítica, Bonilla (2010, págs. 22-23), resalta que “Es esencial que las personas conozcan

de garantizar los principios y los derechos humanos (art. 2, C.P.), impone a la Ley nuevos contenidos que incluyen deberes y prohibiciones que, de no ser observados, ocasionan su inconstitucionalidad.

Por consiguiente, el sometimiento de la Ley a la Constitución trae como efecto la alteración de las condiciones de su validez. Esta no será simplemente válida de conformidad con su ajuste a las formalidades de su producción, sino que deberá juzgarse si su contenido es coincidente con los principios constitucionales y la garantía de los derechos fundamentales. Así, la Ley y la codificación son cuestionadas como únicas fuentes racionales del Derecho¹⁸⁶; en su lugar, se impone la Constitución conformada por principios, valores y derechos fundamentales¹⁸⁷.

En definitiva, se presenta la «constitucionalización del ordenamiento jurídico» que, para Guastini (2003, pág. 55), consiste en: “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales (...) se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones

cuáles son las consecuencias jurídicas de sus acciones con antelación a las mismas, y no es bueno para la estabilidad política y económica de Colombia que el sistema jurídico esté cambiando constantemente (...) No obstante, la seguridad jurídica y el desarrollo económico no son valores absolutos. Están limitados por una carta de derechos que protege a los individuos y grupos, particularmente a los más vulnerables, de las decisiones del Estado que violan su autonomía e igualdad básicas”. En igual sentido Vid. Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C- 175 de 2009, 2009), fallo que declara la inconstitucionalidad de la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, por no haberse cumplido el debido trámite de consulta previa.

¹⁸⁶ “la pluralidad de fuentes representa no solo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga también a replantearse en otros términos la idea de unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material o sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de justicia” (Prieto Sanchís, 1997, pág. 37)

¹⁸⁷ Para el profesor Aguilera Portales (2012, pág. 4): “Si el positivismo fue el tiempo de la codificación napoleónica y el derecho codificado, el neoconstitucionalismo constituye la teoría e ideología del Derecho decodificado, del derecho dúctil, libre y flexible enriquecido por la interpretación amplia de la Constitución”. En tal sentido Zagrebelsky (1997, pág. 40): “La Ley un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del Derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales”.

sociales”¹⁸⁸. De ahí que las funciones de la Constitución en el enfoque liberal clásico se transforman trascendentalmente¹⁸⁹.

Como se viene exponiendo, uno de los puntos esenciales del Neoconstitucionalismo se encuentra en la vinculación de la argumentación teórica y actividad jurisdiccional a la vigencia y protección de los derechos fundamentales¹⁹⁰. A fin de garantizar el cumplimiento del contenido de la Constitución, esto es el respeto por los principios y la vigencia de los derechos fundamentales, las funciones del juez en el modelo liberal deben ser replanteadas¹⁹¹. De esta suerte, el juez debe aplicar la Ley solo si es válida conforme a su ajuste al contenido constitucional, incluso la jurisdicción adquiere el poder de denunciar la Ley por ir en contra de la Constitución, siempre que no pueda ser interpretada conforme a ésta¹⁹². En consecuencia, la jurisdicción no está limitada a la Ley, en tal caso, ante la inexistencia de ésta o al considerarse injusta, será la Constitución como norma jurídica la que se aplique directamente a la situación a resolver. De nuevo, un magnífico ejemplo de la función que al

¹⁸⁸ Según Guastini (2003, pág. 50-58) se requieren siete condiciones para que un ordenamiento jurídico se pueda considerar “«impregnado» por las normas constitucionales”: 1. Una constitución rígida; 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3. La fuerza vinculante de la Constitución; 4. La «sobreinterpretación» de la Constitución; 5. La aplicación directa de las normas constitucionales; 6. La interpretación conforme de las leyes; 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”.

¹⁸⁹ Estas funciones eran las de regular la organización del Estado, y sus relaciones con el ciudadano, y no las relaciones «entre particulares»; de constituir meramente un ideario político cuya concretización es tarea del legislador; y la imposibilidad de su aplicación directa por los jueces (Guastini, 2003, pág. 55).

¹⁹⁰ “La necesidad de la forma del derecho es en verdad sólo un aspecto de la cuestión. Los otros son exigencias necesarias de su contenido u estructura. Es el tema propio de la fundamentación teórico-discursiva de los derechos humanos. Puesto que los derechos humanos se refieren no sólo a la autonomía privada sino también a la pública encierra su fundamentación, necesariamente la fundamentación de la democracia. La fundamentación de los derechos humanos es con esto la fundamentación de la necesidad de un sistema de derecho con un determinado contenido y una determinada estructura” (Alexy, 1995, pág. 96), ver también del mismo autor, *Teoría de los derechos fundamentales* (2008).

¹⁹¹ “No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de Derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder, o, si se quiere, de un complicado sistema pluralista al que la Constitución, preservando y regulando su equilibrio, es capaz de dotar de unidad. La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, en suma, es sólo una faceta, aunque sea la más relevante, de este sistema. Junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares (*drittwirkung*), o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión de la Administración a la Ley, con la desaparición de ámbitos exentos, en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización (como la figura del *ombudsman*), en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo, en la multiplicación, por vías formales, de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés e incluso en la creación (para determinados ámbitos: Consejo de Europa, Comunidades Europeas) de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos, de control” (Aragón, 1987, pág. 36).

¹⁹² Una explicación sobre el tema en Ferrajoli (2003, pág. 18).

respecto ha cumplido la Corte Constitucional colombiana en su extensa jurisprudencia sobre consulta previa en la que, a partir de la aplicación directa de la Constitución¹⁹³, ha establecido las reglas procedimentales y deberes específicos que debe cumplir el Estado y los particulares a falta de legislación en la materia.

El importante precedente constitucional y su influencia en la práctica jurídica colombiana, prueba una reevaluación del formalismo jurídico con base en la cual también se puede explicar la actividad de la Administración. Al respecto, es de interés la lectura de la defensa que las entidades públicas hacen en los procesos de tutela frente a la acusación de no haber implementado procesos participativos de consulta previa, o tomado en consideración los acuerdos con las comunidades étnicas. En general, aunque tal como se trata en este trabajo, el Estado colombiano promueve en sus políticas la amplia participación ciudadana y sostiene diversos espacios informales de concertación, paradójicamente su defensa judicial en los procesos constitucionales se sustenta en la prevalencia del interés general cuyo monopolio de decisión es del Estado y el carácter abstracto y general de la Ley que no afecta de forma

¹⁹³ Debe citarse que en la jurisprudencia de consulta previa, la Corte Constitucional en aplicación directa de la Constitución ha usado y fortalecido la doctrina del «bloque de constitucionalidad»: “El derecho de consulta previa de las comunidades indígenas se encuentra consignado en el parágrafo del artículo 330 de la Constitución y en el Convenio OIT 169 de 1989, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991. Previo a señalar cuáles son los principales postulados y consecuencias del citado instrumento, especialmente en la actividad legislativa, es necesario recordar que esta Corporación, a través de varios pronunciamientos, ha precisado que éste tiene carácter de fundamental y hace parte del bloque de constitucionalidad conforme a los artículos 93 y 94 de la Constitución. Al respecto, en la sentencia SU-383 de 2003: “Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos labores de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-382 de 2006, 2006). Al respecto véase: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia SU-383 de 2003, 2003); Sentencia SU-039 de 1997, 1997).

directa o indirecta a las comunidades étnicas¹⁹⁴. Sin duda se asiste a un momento de ajuste y transformación de la relación Estado-sociedad que todavía no encuentra unos contornos claros de aplicación del Derecho.

Al respecto, sobre la relación Ley, Administración y ciudadanos, Zagrebelsky (1997, pág. 34) afirma que la doble regla del principio de legalidad del Estado Liberal no tiene vigencia actual. La libertad del particular y el poder limitado de la Administración se desdibujan debido principalmente al derrumbe del rol prevalente del Estado como garantizador, esto es mediante su acción directa, en aplicación de reglas generales y abstractas a casos individuales. Las tareas que se imponen actualmente a la Administración están mediadas por diversos actores con intereses que actúan a partir de sus propias lógicas e incluso imponen ciertas reglas informales, lo que no permite seguir la lógica de la actividad neutral administrativa establecida en la Ley.

En consecuencia, se afirma la existencia de un *principio de autonomía de la Administración*:

...que en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, restablece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la Ley...la Ley se limita a identificar la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos” (Zagrebelsky, 1997, pág. 35)¹⁹⁵.

Esta explicación del neoconstitucionalismo sobre la relación Estado-sociedad y un nuevo principio *de autonomía de la Administración* reevalúa las ideas del Estado Liberal y, con ello,

¹⁹⁴ Al respecto puede consultarse la intervención del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008, 2008).

¹⁹⁵ En la doctrina administrativa este fenómeno se ha llamado como “reserva de Administración” según el cual existen ámbitos competenciales reservados a la Administración que no pueden ser invadidos por el legislador. Tales ámbitos son atribuidos por la Constitución directamente. Con ellos, se presenta aquí una contradicción con la concepción tradicional de la Ley, en tanto ésta posee la facultad ilimitada de atribuir las competencias administrativas, y por ello, tampoco había un campo vedado a su intervención, como por ejemplo serían asuntos solo objeto de reglamentación administrativa o gubernamental. Sobre este tema se puede consultar: en el caso de la influencia del Derecho comunitario y la reserva de la Administración en los Estados miembros Baño León (2011); en el Derecho español: Jiménez Blanco (1987); Parejo (1997) y Coviello (1998).

es posible hacer visible las actuaciones informales de concertación de la Administración, en las que, en virtud de un mandato general de la Ley, se promueven escenarios participativos en los que se trata de conciliar los distintos intereses.

En síntesis, las críticas del neoconstitucionalismo visibilizan los inconvenientes de la dogmática administrativa tradicional en materia de interpretación y aplicación normativa, para llamar la atención sobre su anacronismo en el manejo de los conflictos y las formas de actividad que ha asumido la Administración en la actualidad. Los hallazgos de esta doctrina son de gran utilidad en aras de comprender los problemas del formalismo jurídico como único lente a través del cual debe ser interpretado y aplicado el Derecho¹⁹⁶.

De igual manera, debe resaltarse del neoconstitucionalismo el desarrollo de la distinción (relativa) entre reglas y principios y la aplicación ponderada de los segundos¹⁹⁷. Esta cuestión ha sido clave en la aplicación del Derecho, tanto en el modo en que la Administración lleva a cabo en la práctica una labor “creativa” en la implementación de la Ley, como programación finalística de la actuación administrativa, como en la función de control judicial que reconoce tal práctica y la reconduce con base en la interpretación principal.

¹⁹⁶ No obstante, los planteamientos anti formalistas del neoconstitucionalismo, algunos autores como García Amado en España y Andrés Botero en Colombia hacen fuertes críticas a sus postulados. De acuerdo con García Amado (2006) el formalismo jurídico no se ha superado, en la dogmática jurídica actual existe lo que él ha denominado como formalismo “sofisticado” del siglo XX con las doctrinas del axiologismo jurídico con representantes como Dworkin y el neo-constitucionalismo con Zagrebelsky. El formalismo del siglo XX integra el Derecho con la “moral social” y “moraliza” la Constitución con el objeto de que en el “derecho positivo se contenga una única solución correcta para cada caso posible”. Para el autor, las doctrinas del neo-constitucionalismo y el axiologismo jurídico con un fuerte predominio en el presente, aunque aparentemente contradictorias, comparten características que las encasillan como formalistas: el sistema jurídico es perfecto dado que en su interior contiene siempre la solución a cualquier caso; la solución puede ser conocida y aplicada por el juez, quien es mero aplicador del derecho y no su creador (García Amado, 2006, pág. 168).

¹⁹⁷ Cabe citar a Arroyo (2009, pág. 24) quien describe de forma general la ponderación en el Derecho Administrativo: “Su presencia en las Leyes administrativas se torna inevitable a partir de la constatación de la intensa dimensión política o ideológica de este sector del ordenamiento. Quiere decirse con ello que el Derecho administrativo es un Derecho de conflictos, especialmente entre principios constitucionales, cuya resolución presenta esa naturaleza y se articula técnicamente a través de la ponderación (...). Por otro lado, el Derecho administrativo es también, y quizás fundamentalmente, un Derecho de conflictos entre determinaciones normativas de carácter material. Es común recordar en este punto formulaciones tradicionales, como la que presenta al Derecho administrativo como un equilibrio entre libertad e intervención, o entre privilegios y garantías. Que las normas administrativas son exorbitantes, en más y en menos, respecto de las del Derecho común, es rigurosamente cierto. El problema es que resultan incompletas: detrás del conflicto entre libertad e intervención suele esconderse el que media entre la libertad o la igualdad (formal, o negativa) de unos y la libertad o la igualdad (ahora real, o material) de otros. Desde esta perspectiva, el binomio privilegio-garantía, capaz de describir quizás el Derecho administrativo decimonónico, se revela excesivamente simplificador cuando se proyecta sobre el Derecho administrativo del Estado social y democrático de Derecho, cuya vocación es alcanzar un equilibrio entre los principios constitucionales que integran esta fórmula compleja y que se desarrollan y concretan a lo largo del texto constitucional mediante otras normas más precisas”.

II. LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Frente al formalismo jurídico y su influencia en la dogmática administrativa tradicional, Stolleis (1993, págs. 4-5) identifica cinco razones de su crisis que pueden resumirse en las siguientes: la pérdida de su capacidad para racionalizar y ordenar el Derecho; su fundamento en la separación entre sociedad y Estado; la centralidad en el acto administrativo; la falta de una revisión profunda de las relaciones Derecho Constitucional y Administrativo; y, por último, los déficits de sus aportes en la Administración prestacional¹⁹⁸. Por su parte, el profesor Parejo (2006)¹⁹⁹ propone como síntesis de las deficiencias de la dogmática administrativa, el cerramiento a la evolución histórica a los nuevos contextos europeos a la influencia de otras dogmáticas y a la inexistencia de una retroalimentación desde sus sectores innovadores²⁰⁰.

¹⁹⁸ “1. La dogmática habría dejado de cumplir satisfactoriamente su misión de liberar por regla general a quien ha de aplicar el derecho de la carga de racionalizar en cada uno de sus pasos a la argumentación, reconducir a «grandes líneas» la mayor parte de los problemas y ordenarlos en el seno de un sistema. Por el contrario,...la dogmática se habría vuelto tan sutil que más contribuye a la confusión que a la claridad, de forma que no puede evitar que se formen algo así como tupidas redes de impenetrable casuística; 2. La dogmática tradicional estaría orientada demasiado intensamente por el mecanismo de intromisión individual y protección jurídica y estaría operando sobre la base del esquema de una clara separación entre sociedad y Estado, por más que esto esté alejado de la realidad; 3. La dogmática sigue pivotando en torno al eje del acto administrativo, al que concibe como acto de ejecución vinculado a la Ley, mientras que la Administración actual opera mucho más con programas finales que con programas condicionales, y también el concepto actual de Ley se aleja mucho del siglo XIX. Los programas finales, esto es: los fines de la Administración no estarían pues recibiendo suficiente atención a la hora de construir el sistema teórico; 4. La relación entre Derecho administrativo y de Derecho constitucional daría motivos para preocuparse por la seguridad jurídica. Pues, en efecto, cada vez es más patente la tendencia a recurrir directamente a la Constitución con la consecuencia de que cada vez resulta más frecuente...dejar de lado la función ordenadora y filtrante de la dogmática a favor de una jurisprudencia ponderativa más o menos vaga; 5. Finalmente, sobre todo en el ámbito de la Administración prestacional, se manifiestan déficits dogmáticos” (Stolleis, 1993, págs. 4-5).

¹⁹⁹ Para el caso español, el profesor plantea que la misión de la Dogmática determinada por el régimen autocrático franquista en la racionalización del poder público con base en el Estado de Derecho europeo ha determinado el enfoque sobre el derecho administrativo actual: “Se entiende así su énfasis, hasta hoy, en i) el método jurídico (con separación radical respecto de la ciencia de la Administración, a la que queda remitida la dimensión real o “no jurídica” de ésta); ii) la consideración de la Administración esencialmente como *potentior personae*; y iii) la concentración en la actuación “externa” de la misma, entendida como ejecución-aplicación de la Ley y el Derecho y derechamente dirigida a producir actos jurídicos, para el control de sus límites jurídicos, especialmente por el Juez y en términos de tutela de los intereses individuales de sus destinatarios” (Parejo, 2012, págs. 171-172). En igual sentido, Sánchez Morón (1980, pág. 18), plantea la existencia de una constante crisis del Derecho Administrativo a finales del siglo XX con origen en la “separación entre sus dogmas básicos y la realidad y se agudiza en aquellos períodos históricos en que la eficacia legitimadora de los postulados del Estado de Derecho liberal viene afectada por la puesta de relieve de las contradicciones de la propia realidad a la que se superpone”.

²⁰⁰ En Francia, desde 1978, el profesor Jean Riveró ya exponía los cambios que el Derecho Administrativo francés sufría y sobre las cuales, la dogmática y el derecho positivo no habían tomado suficiente experiencia.

Gran parte de estas críticas provienen principalmente de la corriente doctrinal conocida como “la nueva ciencia jurídico-administrativa”. Esta escuela europea aboga por la necesidad de estudios de revisión y renovación del Derecho Administrativo, promoviendo la integración de profesores de Derecho Público en congresos, publicaciones conjuntas y asociaciones académicas para el estudio de la innovación de la disciplina²⁰¹.

Entre sus más importantes representantes se encuentra el profesor Eberhard Schmidt Assmann, quien afirma que el modelo tradicional nunca ha sido fiel representación de la práctica administrativa. Según Schmidt Assmann (2006a, pág. 30-31), las leyes alemanas del siglo XIX y el Derecho Administrativo económico de entre guerras o de la segunda postguerra, no cumplían con los ideales de certeza y concreción, pues incluso, desde aquellas épocas, la Administración actuaba de manera informal al no cumplir estrictamente con todos los estándares y procedimientos fijados en la Ley²⁰².

Aunque la dogmática era “consciente de esta realidad”, prefirió omitirla para optar por un modelo simple, con categorías definidas y unívocas, mucho más fáciles de explicar y transmitir. De esta manera, se confirma el fenómeno ya expuesto páginas atrás y en virtud del cual todo lo que no se ajuste a este modelo sería “anormal” o “patológico”. Como también hemos advertido, aquí se funda la dificultad actual de sostener y admitir la existencia de otras formas de actuación o manifestación de la actividad administrativa.

Desde la nueva ciencia jurídico-administrativa las críticas se dirigen a la persistencia de la teoría de las formas jurídicas, tal y como se formuló desde sus inicios, y su aplicación sin

Según Riveró (1979, pág. 116) estos cambios se presentaban bajo tres influencias: el Derecho Administrativo comparado, el desarrollo de la ciencia administrativa, la cual ha llevado a “afrontar el Derecho en función de los fines que son su razón de ser” y, por último, los precedentes: “Los juristas franceses, hoy, se hacen preguntas, no tanto sobre la coherencia del sistema, sino sobre su eficacia, no sobre su calidad intelectual, sino sobre su valor práctico para los hombres que lo viven”.

²⁰¹ Es el caso del congreso anual de la Asociación de los profesores alemanes de derecho público, la Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo (AFDA) y las Jornadas de la Universidad de Huelva sobre temas de la renovación del Derecho Administrativo, con énfasis en la doctrina alemana y española. La conformación de comunidad académica ha dado origen a la publicación de obras colectivas que destacan por establecer los diagnósticos y las condiciones de la transformación del Derecho Administrativo.

²⁰² “Un ejemplo típico en este sentido reside en la misma expresión «acción administrativa no formalizada» o «actuación administrativa carente de formas». La simple elección de las palabras ya da a entender que se ha detectado un elemento anormal en el sistema, que debe ser «reformalizado». Con ello se altera y desplaza «apriori», de un modo casi imperceptible, la perspectiva del análisis del Derecho Administrativo, puesto que la Administración también ha actuado siempre por cauces informales. Es más, la imagen de una Administración que actúa exclusivamente a través de acciones formalizadas constituye una visión alejada de la historia y de la realidad, acaso con la única excepción del acto administrativo” (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 30-31).

visos de una clara objeción y revisión por la dogmática tradicional. En consecuencia, gran parte de la teoría y práctica administrativa actual, sigue anclada en postulados del Estado Liberal que no permiten que las formas jurídicas comprendan toda la manifestación de la participación ciudadana promovida por el Estado Social de Derecho.

En efecto, de acuerdo con la dogmática clásica, la posición jurídica del individuo frente a la Administración se presenta desde dos versiones separadas una “la reserva de una zona de actuación y libre disponibilidad privada”, y otra, como “participación indirecta y periódica en la definición del contenido de interés general” (Sánchez Morón, 1980, pág. 38)²⁰³. La actividad administrativa se ocupará fundamentalmente por garantizar la primera versión, asegurando su no intromisión²⁰⁴.

Pese al mantenimiento de esta concepción de la posición jurídica del individuo por la dogmática, la crisis del modelo de legitimación formal de la Ley en el contexto del Estado Social reclamará una mayor injerencia de la actividad administrativa en la sociedad en aras de la consecución de ciertos fines y valores, e incluso, exigirá la intervención de los individuos en sus procesos de actuación y decisión. Las formas jurídico-administrativas tradicionales coadyuvan a mantener la clausura del Derecho frente a la realidad impuesta por los cambios sociales y constitucionales. Así lo manifiesta Martin Schulte (1993, pág. 117) concretamente en lo que para él y Ehlers, serían tres grandes críticas a la teoría de las formas jurídicas: “tienen un carácter puntual y momentáneo, de manera que no pueden abarcar la dimensión procedimental de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y el Estado”; “no logra explicar las actuaciones participativas del ciudadano; y “fracasa a la hora de abarcar las relaciones jurídicas plurales”. En conclusión, la teoría clásica de las formas de actividad jurídico-administrativa resulta ser inadecuada para comprender y explicar la actuación no formalizada o informal administrativa.

²⁰³ “El Derecho Administrativo actual, en gran parte anclado en los esquemas garantistas de las teorías clásicas de perfil liberal, no capta en general este fenómeno y, en este sentido, autorreduce el campo de su elaboración doctrinal, a pesar de los innegables pasos hacia adelante en el aspecto de las garantías individuales” (Sánchez Morón; 1980, pág. 38).

²⁰⁴ En este sentido, Hoffman Riem (1993, págs. 55-56) afirma que “El Derecho Administrativo se limita a fingir que el poder jurídico de la Administración basta para imponer unilateralmente las decisiones de autoridad al objeto de no exponer a una presión indefendible por parte de terceros o, en su caso, que las pocas normas de procedimiento —por ejemplo, las relativas a participación, derecho de audiencia, derecho de información sobre el expediente administrativo— resultan suficientes para neutralizar las posiciones de poder de cada uno de los implicados (de los promotores de los proyectos, por ejemplo)”.

En igual sentido, el profesor Velasco (1998, pág. 70) sostiene que desde su formulación original, la teoría de las formas jurídicas contiene varios defectos:

-Deja de lado una serie de actuaciones que, si bien son ejecutadas por la Administración, no se amoldan a las formas pre-constituidas en el Derecho positivo²⁰⁵. Se trata de la llamada actuación material, técnica o informal, actuaciones que vinieron a ser incluidas, sin un análisis concienzudo, dentro de la categoría de “hecho jurídico”²⁰⁶.

-Tal y como se expuso, para el formalismo administrativo ligado a la ejecución de las formas jurídicas, se alza el control judicial como función clave del Estado de Derecho para verificar y mantener la coherencia del sistema normativo. Este control judicial está basado en un “juicio del acto” (Velasco, 1998, pág. 70), razón por la cual no serán objeto de control las actuaciones que no se ajusten a su molde.

-Por último, el estudio de otras instituciones del Derecho Administrativo pierde importancia, tal como sucede con la relación jurídica: “La relación jurídica ni se explica ni se estudia en sí misma, sino en tanto resultado de una determinada forma de actuación administrativa” (Velasco, 1998, pág. 70). De esta manera, las formas de colaboración y participación ciudadana en la actividad administrativa, no encuentran en esta teoría posibilidades de un análisis más allá de lo correspondiente a los efectos de la actuación administrativa reglada²⁰⁷. A propósito cabe citar el ejemplo del poco interés que para la doctrina administrativa colombiana despierta el estudio de las novedosas actuaciones

²⁰⁵ En igual sentido refiriéndose a otras formas de actuación que no han alcanzado el desarrollo del acto administrativo, como el caso de los reglamentos, estatutos y disposiciones normativas (Schmidt Assmann, 1993, pág. 15).

²⁰⁶ Sobre la justificación de la teoría del acto administrativo y la exclusión de otras actuaciones, ver: García de Enterría & Fernández (2008, pág. 523).

²⁰⁷ “Los iuspublicistas hemos centrado la atención del análisis de las relaciones jurídico-públicas en la subordinación del individuo frente al poder de la Administración (Otto MAYER o Georg JELLINEK); en otras palabras, la relación Estado-ciudadano ha sido considerada como una relación de poder y de sublimación del ciudadano. Sin embargo, bajo la vigencia de las Constituciones modernas no cabe entender que los particulares puedan ser considerados como meros súbditos que entablan relaciones jurídicas con un rango inferior a la Administración. La noción clásica de relación jurídico-pública, en primer lugar, debe matizarse porque en el orden jurídico-constitucional, Estado y ciudadano están sometidos al Derecho. En segundo lugar, esta afirmación se ha de complementar con la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, lo que ha permitido reformular la categoría de las relaciones jurídico-públicas desde una perspectiva igualadora, donde el administrado adquiere la naturaleza de ciudadano con base en los derechos fundamentales de los que es titular y en el principio *favor libertatis*” (Agudo, 2011a, pág. 25).

informales de concertación, *verbi gratia* en el Derecho ambiental, y su incorporación al sistema de actos jurídico-públicos²⁰⁸.

Además de la falta de desatención en la relación jurídica, la escasa atención al procedimiento administrativo es también un ejemplo de las debilidades de la teoría de las formas jurídicas, como herramienta para ejercer una actividad orientada a la eficacia y en la que frecuentemente se adoptan actividades de concertación en la toma de decisión²⁰⁹. Según el profesor Barnés (2006, pág. 280-281), las características del procedimiento administrativo contemporáneo serían: el ámbito subjetivo de la regulación del procedimiento se dirige exclusivamente a las administraciones públicas y entidades de Derecho Público cuando cumplan potestades administrativas, no se aplica a otras acciones; la toma de decisiones es el objeto propio del procedimiento, con lo cual, le interesa la actividad formalizada no la material; entre las distintas clases de procedimiento decisorio el acto administrativo es el «producto estrella»; el procedimiento cumple una función auxiliar, las otras funciones distintas a la aplicabilidad, las funciones creativas (como la obtención de la mejor solución técnica), ocupan lugares menos importantes; la comunicación entre el ciudadano y la Administración es concebida de manera limitada; -el flujo de información “carece de interés sustantivo”; por último, se descuidan las relaciones con el espacio europeo.

Así las cosas, la teoría de las formas jurídicas se basa en un modelo de gobernación vertical, en el cual la autoridad administrativa asume todo el control y desarrollo de las tareas públicas. La preeminencia de la teoría del acto administrativo es una prueba de ello, al centrar la dogmática en la actuación unilateral de la Administración y en el ejercicio de sus poderes exorbitantes. De este modo, la perfecta coherencia entre los postulados del formalismo jurídico y los de la teoría de las formas jurídicas, la percepción del Derecho como un sistema cerrado y autosuficiente, y la idea de una separación tajante entre el Estado y la sociedad, dan cuenta de un Derecho Administrativo que requiere una adaptación a la sociedad *postindustrial*. Existe entonces la percepción de que el Derecho Administrativo ha perdido su

²⁰⁸ Salvo algunos artículos que tratan tangencialmente el tema (Santaella, 2011), a pesar de llevar más de veinte años la concertación de Convenios de Producción más Limpia, la generación de Guías Ambientales y los procesos de concertación para la conservación de la biodiversidad, estos temas todavía se encuentran inexplorados por la dogmática administrativa.

²⁰⁹ En palabras de Barnés (2006, pág. 269): “El procedimiento ha sido concebido como un proceso de toma de decisiones...representa un «método». Ello explica que haya sido contemplado tradicionalmente como un mecanismo «formal», una «forma de producción», desconectada, por tanto, del Derecho sustantivo”.

función de dirección social, al quedarse anquilosado en las tradicionales formas de actuación, sin permitir su cuestionamiento y renovación²¹⁰.

Frente a este diagnóstico de la dogmática tradicional y el Derecho Administrativo general, los juristas de la corriente de la *nueva ciencia jurídico-pública* plantean nuevos fundamentos teóricos. Tales fundamentos están dirigidos a promover la revisión y transformación del Derecho Administrativo. Haciendo una gran síntesis de estos planteamientos dada la limitación de este trabajo, en un sentido general serían cuatro las ideas sobre las que se plantea el estudio de la reforma del Derecho Administrativo²¹¹: la idea de sistema abierto, la perspectiva de la ciencia de la dirección, la constitucionalización del Derecho Administrativo y el estudio de la parte general a través de los sectores de referencia²¹².

La teoría del *Derecho Administrativo como sistema* no se limita a un simple sistema conceptual o normativo. Se trata de un sistema abierto que permite el avance de la dogmática jurídica, mediante la relación con los llamados “sectores de referencia”, los conocimientos de

²¹⁰ Sobre el tema, el profesor Jorge Agudo (2011c, págs. 79-80) explica: “el Derecho Administrativo no solo ha de centrar su atención en los términos que se lleva a cabo la toma de decisiones por parte de la Administración (legalidad *versus* ilegalidad), sino también atender al resultado efectivo de la acción administrativa. El Derecho, por tanto, no constituye ya únicamente un límite causal y lineal para la Administración, sino que se concibe y orienta a la eficacia de la actividad administrativa. Esto significa, en definitiva, que la ciencia jurídico-administrativa debe orientar la construcción dogmática de categorías e instituciones hacia las condiciones reales de las conductas decisorias, procurando, por tanto, los presupuestos que hagan que el Derecho contribuya a la eficacia y eficiencia administrativa”.

²¹¹ El profesor Schmidt Assman (2012, pág. 43) señala solamente las tres últimas ideas como conceptos-clave para “establecer las nuevas coordenadas en las que situar los estudios y análisis sobre la reforma del Derecho Administrativo”. No obstante, se incorpora la idea de Derecho administrativo como sistema como un presupuesto metodológico fundamental para comprender la interrelación de los conceptos-clave citados.

²¹² Al respecto, el profesor Parejo (2012, págs. 182-184) señala que cualquier propósito de reforma del Derecho Administrativo deberá superar: a) La separación entre derecho material o sustantivo y Derecho de la organización, que coloca fuera de la atención científica la estrecha relación entre el tipo de organización y la efectividad de la programación normativa; b) El paradigma de la predeterminación normativa de la entera actuación de la Administración (...) que sitúa en la sombra y en todo caso en posición marginal-anormal otras formas de programación normativa y, en particular, la finalista (...) la actuación no vinculada a una norma concreta (en el marco del Derecho y no ejecutiva de una precisa Ley); la planificación y la programación administrativas; etc.; c) El centramiento del Derecho Administrativo en la tarea de la limitación del poder (reducción al Derecho). El objetivo aquí ha de consistir en la recuperación, de un lado, de los planos propios del Derecho objetivo y el contenido de las relaciones jurídico-administrativas para romper los estrechos límites impuestos por la visión subjetiva tradicional, y, de otro lado, de la Administración como instancia con contenido decisional y de actuación propio, cuya legitimación depende de factores múltiples; d) La teorización actual, claramente limitativa y reduccionista, de los términos de la transformación de los deberes-fines del Estado (la responsabilidad de éste respecto de las condiciones de vida en sociedad) en tareas administrativas y, en particular, de las categorías de potestad, competencia y atribución, de un lado, y formas de la actividad administrativa y formas de gestión de ésta, de otro lado”.

otras disciplinas científicas afines, y la orientación hacia la eficacia en la resolución de problemas complejos a los que se enfrenta el Derecho en la actualidad²¹³.

De esta manera, se considera al sistema como un conjunto de principios que le otorgan al operador jurídico un marco para la valoración en la resolución de los problemas prácticos. Estos principios aunque con la pretensión de ser permanentes no pueden ser atemporales o inamovibles. Al tratarse de un sistema abierto en constante construcción, la labor de los operadores jurídicos es reconducir constantemente los principios y las normas positivas que se derivan de los mismos de acuerdo con los desafíos que impone el caso particular y, por ello, sin pretender su total consolidación hasta la eliminación de toda contradicción²¹⁴.

Un sistema abierto como tal debe contener unas características específicas que permitan al Derecho el mantenimiento de su coherencia, posibiliten la praxis jurídica mediante la recepción de nuevos conocimientos y, por consiguiente, favorezcan el enriquecimiento mismo del sistema. La doctrina general y jurídica en la materia coinciden en establecer que los conceptos de unidad y orden son caracteres consustanciales a la noción de sistema y, por tanto, los que permiten al mismo su existencia y operatividad²¹⁵. Tales conceptos son explicados por Canaris (1999, pág. 20) del siguiente modo:

²¹³ De acuerdo con los planteamientos de (Larenz, 1994, pág. 167) uno de los grandes aportes de la idea de la “Jurisprudencia de conceptos” consistió en el desarrollo de un sistema abstracto-conceptual, basado en “la subordinación de conceptos siempre más especiales bajo otros de muy amplia extensión (ámbito de aplicación) pero de contenido siempre más reducido, y que debía permitir, no sólo asignar a cada concepto su “lugar” dentro del sistema total, sino también subsumir otros conceptos bajo ellos y finalmente, tanto hechos como consecuencias jurídicas concretas”. Este concepto de sistema es y continúa siendo fundamental para establecer la organización conceptual de la teoría jurídica y de las normas positivas; no obstante, tal idea de sistema pierde parte de su validez al ser confrontada con la práctica jurídica que impone la necesidad de juicios y valoraciones para responder a las lagunas y contradicciones existentes en la Ley. Así las cosas, su utilidad práctica actual no se presenta como una herramienta para el análisis, la valoración e interpretación de problemas jurídicos, sino para facilitar la identificación de la normativa aplicable al caso bajo estudio.

²¹⁴ “No podemos creer que ya sea posible un conocimiento científico definitivo incluso sólo de aquello que es justo “en sí” en las condiciones actuales, que es indubitablemente “recto”; podemos creer, en todo caso, poder tener a mano aquí y allí un cabo del hilo, cuyo fin está para nosotros en la oscuridad (Larenz, 1994, pág. 174)”.

²¹⁵ Canaris (1998, págs. 19-20). En su estudio sobre el Sistema en la Jurisprudencia, destaca que los conceptos de unidad y orden son caracteres fundamentales del sistema tanto en el concepto general, como en la literatura jurídica. Según el autor, “para Savigny, el sistema es «la interna interrelación que asocia en una gran unidad todos los institutos y reglas jurídicos», según Stammler es «una unidad plenamente articulada», según Binder «un todo de conceptos jurídicos ordenado con arreglo a puntos de vista unitarios», según Hegler es «la exposición de un sector científico en una estructura de sentido que se presenta a sí misma como orden unitario e interrelacionado», según Stoll es «un todo unitariamente ordenado» y según Coing es «un orden de conocimientos según un punto de vista unitario»”.

[El orden] se trata de una coherencia «interna» racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma. En lo que tiene que ver con la unidad, este elemento modifica el de orden por cuanto que dicha unidad no puede romperse en una serie de unidades individuales y desconectadas, sino que ha de reconducirse a unos pocos y determinantes principios básicos.²¹⁶

De acuerdo con la doctrina del Derecho *Administrativo como sistema*, la unidad y el orden están sujetos a la “estructura normativa de la Constitución” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 4). Son los principios y reglas constitucionales las que establecen los fines de la Administración y condicionan las formas de su actuación para alcanzarlos, fijándose los principios básicos que otorgan la coherencia al sistema²¹⁷. En palabras del profesor Rodríguez de Santiago (2007, pág. 44), la Constitución contiene “mandatos vinculantes de actuación a los poderes del Estado con eficacia objetiva”, concretados en los principios y fines impuestos, en donde no se discute su carácter vinculante, lo que precisa de concreción son las tareas específicas que se derivan de tales mandatos y la determinación de su alcance²¹⁸.

Con base en los argumentos anteriores, podría adelantarse que en los casos objeto de estudio de esta investigación, los principios constitucionales cumplen una función de integración sistemática de las diferentes actuaciones informales de concertación. Como se ha puesto de presente, por lo menos en uno de los ejemplos citados, la Corte Constitucional ha

²¹⁶ Este sistema con sus características consustanciales de unidad y orden definitivamente no se refieren al enfoque tradicional del Derecho como sistema normativo de acuerdo con la teoría de Kelsen (1982). En sentido contrario, se trata de un cierto sistema en el cual además de incluirse las normas jurídicas, se tienen en cuenta los sujetos que las crean y aplican, así como los instrumentos pertenecientes a otras disciplinas que coadyuvan en estas tareas. En la doctrina española puede citarse la definición de Santamaría Pastor (1975, pág. 296) de sistema normativo según la cual es “el conjunto de proposiciones lingüísticas o representaciones simbólicas dotadas de autoridad o fuerza formal de obligar, que son creadas por determinados sujetos del sistema jurídico (y que en algunos casos, se generan también en el seno de del sistema social) para ordenar el funcionamiento de uno y otro”.

²¹⁷ Como pieza fundamental del Derecho Administrativo como sistema y la función de su parte general como “idea ordenadora”, la Constitución se presenta como su principal condicionante. Para esta doctrina existen tres principios o “clases de vinculación” a los cuales está sujeta la Administración: la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la Ley y al Derecho, y la vinculación a la garantía de la tutela judicial (Schmidt Assmann, 2003, pág. 2). Estos principios orientan y obligan su observancia en toda la actividad administrativa, entendiendo por tal no solo la actuación unilateral de la Administración, sino también “a amplios sectores de la acción y organización privada de la Administración...y sobre todo en el plano de la cooperación entre el Estado y la sociedad” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 4); incluso la actividad informal en su condición de actividad administrativa está sometida a los vínculos constitucionales (Schmidt Assmann, 2003, pág. 30).

²¹⁸ Para el profesor Schmidt Assmann (2003, pág. 4), tres son los principios básicos o clases de vinculación de la Administración a la Constitución en el caso especial del ordenamiento alemán: la sujeción a los derechos fundamentales, el sometimiento a la Ley y al Derecho y la vinculación a la garantía de la tutela judicial. Estos tres principios abarca el “núcleo de la acción administrativa”, incluso la que tiene relación con la cooperación ente el Estado y la sociedad.

reconocido en los espacios de Consulta Previa una actuación informal de concertación. Tal actuación se considera informal por la ausencia de regulación procedimental en medidas legislativas, y aunque se perciba “desconectada” del sistema de actos jurídico-públicos, al ser interpretada a la luz de los principios constitucionales adquiere plenos efectos jurídicos. Es necesario resaltar que el enjuiciamiento de la actividad administrativa informal de la Administración conforme a los principios constitucionales no tiene como cometido, por parte de la Corte, la identificación solamente de una actividad contraria a Derecho, además, los principios sirven a la jurisprudencia para establecer las reglas procedimentales que en virtud de aplicación directa de la Constitución debe guiar la Administración para llevar a cabo las consultas previas. En consecuencia, habiéndose otorgado las pautas de una actividad conforme a Derecho, la actuación informal es reconducida al sistema jurídico²¹⁹.

En este orden de ideas, el Derecho Constitucional brinda una importante función en la sistematización del Derecho Administrativo²²⁰. Esta función se concreta en la reconducción de los cambios o evolución de las instituciones jurídicas administrativas a partir de la práctica en sus sectores de referencia, del mismo modo que los fines y garantías constitucionales²²¹. Se trata, entonces, de una práctica del Derecho ordenado a fines que encuentra su legitimación jurídica en la norma constitucional.

Así las cosas, la perspectiva del Derecho Administrativo como sistema se distancia de un formalismo jurídico radical, en tanto que si bien reconoce la importancia de las formas y el sistema para la operatividad del Derecho²²², admite la necesidad acoger criterios y conceptos

²¹⁹ Al respecto puede consultarse la amplia jurisprudencia constitucional identificada en los Cuadros 4 y 5, anexos a este trabajo de investigación, o remitirse a la cita de este capítulo de la Sentencia C-030 de 2008 (Corte Constitucional, 2008).

²²⁰ El profesor Parejo (2012, págs. 184-185) sostiene el término de *Re-constitucionalización* como una de las tareas pendientes de la reforma del Derecho Administrativo. Por tal entiende, que el Derecho Administrativo habiendo pasado el proceso de los primeros años de constitucionalización, se deben superar las ideas de aplicación directa del orden constitucional sin requerir el “replanteamiento sistemático del Derecho Administrativo”.

²²¹ “A través del análisis de los respectivos sectores especiales habrá que observar las líneas de evolución y los cambios que experimentan las competencias y las funciones que en cada tiempo se le encomiendan a la Administración; sus ámbitos de actuación y las estructuras organizativas de que se sirve, y poner todos estos aspectos en relación con las finalidades y los objetivos normativizadores que subyacen a las garantías constitucionales” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 4).

²²² “La teoría general del Derecho Administrativo constituye una valiosa ayuda para la práctica cotidiana de la Administración y de los tribunales contencioso-administrativos, puesto que les descarga de trabajo, en la medida que actúa como almacén o depósito, o, si se prefiere, como una suerte de memoria. Téngase en cuenta, en efecto, que tanto la Administración como los tribunales se enfrentan con frecuencia a una multitud de cuestiones o asuntos que en última instancia cuentan con igual o análogo fundamento. Es claro en ese sentido que la Parte

más amplios como los valores y los principios constitucionales para la interpretación del Derecho positivo y su adecuación a la realidad²²³. De otra parte, la doctrina del *Derecho Administrativo como sistema* permite analizar las transformaciones de sus principios y reglas de actuación tradicionales, no solo como causa de su sujeción a los fines y principios constitucionales, sino también a la misma especialización de sus normas, cuya consecuencia ha sido la formación de nuevas áreas de regulación específica, llamadas sectores de referencia, y que han alcanzado su propia constitucionalización.

La perspectiva sistemática no es estática, aunque su reflexión reconduzca a unos ciertos principios y valores, estos deben ser flexibles y adaptables a los nuevos conocimientos. De esta manera, el Derecho Administrativo también se enriquece a través de un doble proceso inductivo y deductivo entre la parte general y la especial. La concreción de las tareas de la Administración se da a partir de la interpretación del Derecho Administrativo general y de sus campos especializados o *sectores de referencia*. Se trata de ámbitos que como el Derecho de los servicios públicos, el Derecho Urbanístico, el Derecho Minero y el Derecho Ambiental, entre otros, relacionan los principios e instituciones de la parte general con los hechos reales que implican su traducción jurídica y adaptación (Hoffman Riem, 1993, pág. 21).

Estas nuevas áreas del Derecho se han transformado en *sectores o ámbitos de referencia* que hacen alusión a un grupo de normas particulares dirigidas a establecer una serie de reglas y modelos aplicables a casos singulares que ayudan a complementar y fortalecer la teoría general del Derecho Administrativo. La constante relación entre la parte general y especial del Derecho Administrativo invita a la revisión, reconstrucción y creación de nuevos conceptos

general hace posible que puedan dictarse resoluciones en forma abstracta, o declaraciones en forma estandarizadas...Pero lo mismo puede decirse de aquellos casos que, por el contrario, presentan una notable novedad o una marcada singularidad: adquieren un perfil más ajustado a los requerimientos del Estado de Derecho si se insertan en el marco de un todo o conjunto coherente. En ese sentido, las técnicas jurídicas formales de que se sirve la acción administrativa desempeñan un importante papel” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 6).

²²³ “Con todo, la mayor virtualidad o significado que hoy posee el Derecho Constitucional reside justamente en su capacidad de fortalecer e impregnar al *sistema* del Derecho administrativo, su reforma y evolución. En este sentido, el Derecho Constitucional ha de operar, de un lado, como marco en cuyo seno verificar la constante revisión de los dogmas tradicionales y, de otro, como receptor de las nuevas tendencias. Los interrogantes por resolver saltan a la vista: ¿Resulta actualmente el Derecho Administrativo lo suficientemente flexible como para hacer frente a las nuevas situaciones y escenarios de riesgo que la sociedad presenta? ¿son apropiadas las categorías jurídicas de que dispone para ahormar y disciplinar razonablemente las cambiantes técnicas de dirección y de producción del Estado moderno de acuerdo con los dictados y las exigencias de la cláusula del Estado de Derecho? ¿Cómo se pueden compensar y equilibrar las distintas exigencias o requerimientos - constitucionales y europeos- de legitimidad democrática de la Administración pública?” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 17).

generales y abstractos del Derecho Administrativo. Cabe resaltar, que dentro de los sectores de referencia se han creado partes generales especiales que actúan como principios, teorías o construcciones a modo de transición o de puente que poseen una gran relevancia para servir de conexión entre la parte general y especial, dado que ilustran un panorama general completo del sector de referencia (Schmidt Assmann, 2003, págs. 11-14). En la construcción del Derecho Ambiental ha sido fundamental la reflexión e inclusión de un gran número de principios plasmados en declaraciones y convenios internacionales que han contribuido a la formación de este Derecho en los ordenamientos nacionales, entre ellos, el principio de participación y la necesidad de una gobernanza ambiental²²⁴.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que la parte general del Derecho Administrativo no se concibe solamente como un conjunto de normas que reúne a la parte especial, sino como “idea ordenadora” que garantiza que cada figura o institución especial se encuentre adaptada al sistema general, y a la inversa. La clave, entonces, “es la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presentan cada uno de los sectores del Derecho Administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones generales a principios generales” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 2)²²⁵. Un planteamiento teórico como el que propone esta investigación, en el que a partir de la experiencia y conocimiento que brindan los casos de actuaciones informales de concertación en el Derecho Ambiental, plantea nuevos retos de ordenación de la realidad y sistematización del Derecho Administrativo general.

Por último, el enfoque de un Derecho Administrativo dinámico e integrador de sus áreas especializadas, flexible y adaptable a las nuevas situaciones sociales exige una concepción especial de la Administración y su actividad. En la perspectiva de sistema, la actividad administrativa se concibe desde su eficacia, lo que implica un control de los resultados de su actuación en la consecución de los fines del Estado. La orientación hacia la eficacia del

²²⁴ Cabe mencionar la incorporación de los primeros principios del Derecho Internacional Ambiental en la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1972 que posteriormente fueron en gran parte adoptados internamente por la comunidad internacional.

²²⁵ Sobre la investigación desde los sectores de referencia, Vosskuhle (2012, pág. 183) señala que “La finalidad de esta estrategia consiste en plantear de nuevo y con más fuerza las cuestiones generales en el seno de los sectores especiales, esto es, ante las particulares especialidades y preocupaciones de la Parte Especial del Derecho Administrativo. Lo primero que ha de hacerse en ese sentido es examinar si las experiencias y conocimientos adquiridos en cada sector son susceptibles de generalización y si la innovación que se produce en el sector especial puede contrastarse con las categorías básicas de la Parte General”.

Derecho Administrativo le otorga su carácter de “ciencia de dirección y vertebradora”, lo cual requiere una nueva visión del sistema dogmático y del método tradicional para su construcción (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 37-38). Se trata de un enfoque del Derecho Administrativo dirigido al análisis del resultado de sus decisiones, con igual importancia por el proceso de su adopción, a partir de una mirada más compleja, que involucra a todos los actores relacionados, y no sólo a la Administración, así como a las reglas formales o informales observadas²²⁶.

Según lo dicho, la perspectiva de la *ciencia de la dirección* en el Derecho Administrativo supone el reconocimiento y análisis de los siguientes elementos:

...un sujeto que ejerce la dirección y que interviene (sean agentes individuales o corporativos); un objeto de esa dirección, sobre el que pretende influir; un objetivo o finalidad a alcanzar mediante la dirección; y, finalmente, un instrumento de dirección. Es necesario además manejar algunas ideas y nociones acerca de las relaciones consecuenciales (o de causa y efecto) entre actividades y resultados, en el marco de esta teoría de la dirección (Vosskuhle, 2012, pág. 154)²²⁷.

Para efectos de este trabajo, el análisis de los sujetos, el objeto, la finalidad y las formas de la actividad administrativa en términos de dirección es fundamental para la comprensión detallada del fenómeno de la informalidad en los espacios de concertación de la Administración y la ciudadanía. Este planteamiento nos sitúa ante uno de los conceptos relacionados con la *teoría de la dirección* que debe ser objeto de estudio en aras de establecer las actuales formas de actuación de la Administración como objeto y sujeto de dirección. Nos referimos al concepto de *gobernanza*, entendida como “una nueva forma de gobernar distinta

²²⁶ De acuerdo con Hoffman Riem (1993, págs. 25-26), El Derecho debe entenderse “desde el prisma de una ciencia que trata del control y dirección de comportamientos como una ciencia de dirección. Esto vale también para el Derecho Administrativo. Un aspecto central de la discusión sobre la reforma lo ha de representar, pues, la cuestión de si se ha conseguido, y en qué medida, configurar a la ciencia del Derecho Administrativo (también) como una ciencia de dirección que se ocupa de las condiciones de incidencia de las normas jurídicas en sus destinatarios dentro y fuera de la Administración, así como de las condiciones de incidencia de las medidas administrativas sobre el comportamiento de sus destinatarios y de terceros afectados. Los instrumentos del Derecho Administrativo han de orientarse de acuerdo con las necesidades actuales de dirección en el Estado y la sociedad y con las posibilidades reales en ese mismo orden”.

²²⁷ Ruffert (2007, pág. 12) establece el centro de las investigaciones de la reforma del Derecho Administrativo en un cambio de la perspectiva de “control” hacia un enfoque de dirección (Steuerung). A través de este enfoque, el Derecho Administrativo debe proveer los mecanismos necesarios para una implementación eficaz de los principios y reglas jurídicas.

del modelo de control jerárquico, un modo más cooperativo en el que los actores públicos y privados participan en redes mixtas público-privadas, y toman sus decisiones en consenso” (Cerrillo, 2005, pág. 12)²²⁸.

Como se tendrá oportunidad de exponer en este trabajo de investigación, la gobernanza actúa como un concepto clave para explicar las características de la actividad administrativa y de sus diferentes interrelaciones con los ciudadanos en procesos de participación y concertación de asuntos ambientales. Fenómeno que se presenta con mayor frecuencia en la práctica, y que desde la dogmática tradicional administrativa y el Derecho positivo no es posible explicar y descomponer en todos sus elementos con capacidad de crear efectos jurídicos.

El uso del concepto de la *gobernanza* como concepto clave para apoyar los estudios de la reforma del Derecho Administrativo tiene como uno de sus propósitos explicar que “el Estado no es el único actor en la arena política y de que, con frecuencia, no es ni siquiera el actor dominante o principal, puesto que también los son otras instancias soberanas que actúan en un sistema multinivel (europeo, por ejemplo); así como empresas, asociaciones, grupos de intereses y otros representantes de la sociedad civil” (Schmidt Assmann, 2012, pág. 49).

Esta perspectiva del estudio del Derecho Administrativo es fundamental sobre todo en sectores de referencia como el Derecho Ambiental, en el que la Administración contemporánea hace grandes esfuerzos para alcanzar consensos con todos los actores involucrados y potencialmente afectados por las decisiones administrativas (Hoffman Riem, 1993, págs. 51-52). En consecuencia, si se trata de la toma de decisiones cada vez más necesitadas de consenso, como forma de lograr más eficacia en la actividad de la Administración, necesario tener en cuenta los actores que en ella influyen y la diversidad de intereses presentes, para lo cual, el contenido de la *gobernanza* es bastante útil²²⁹.

²²⁸ Los postulados de la gobernanza, tales como las nuevas formas organizativas, instrumentos de Administración pública y toma de decisiones otorgan el contexto práctico sobre el cual se está ejerciendo la acción de la administración y por tanto, sobre el que debe evaluarse la eficacia del Derecho Administrativo que la preside.

²²⁹ De manera ilustrativa Kooiman (2005, pág. 61) señala la necesidad de una perspectiva de gobernanza para la solución de problemas por los gobernantes: La frontera entre las responsabilidades públicas y privadas se convierte en un objeto de interacción. Frecuentemente, estas interacciones están en sí mismas basadas en el reconocimiento de las (inter) dependencias. Ningún actor por sí solo, público o privado, tiene el conocimiento y la información necesarios para solventar problemas complejos, dinámicos y diversificados. Ningún actor tiene

C. INFLUENCIA DEL FORMALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En general los ordenamientos administrativos latinoamericanos tienen su inspiración normativa y doctrinal en el Derecho francés²³⁰. Teniendo en cuenta que su desarrollo histórico no necesariamente siguió la misma evolución francesa, es posible identificar rasgos característicos del Derecho Administrativo de la región²³¹. En los Estados latinoamericanos existe una “caracterización común” de la organización y distribución de los poderes públicos en lo que respecta a los asuntos competenciales y territoriales²³². No puede afirmarse la uniformidad de sus ordenamientos jurídicos, pero una característica general es su tradición administrativa continental, por lo que permiten una comparación con el Derecho Español (Soler, 2003, pág. 399) por supuesto, sin desconocer la reciente influencia del Derecho anglosajón, sobre todo en el Derecho Constitucional²³³.

En consecuencia, algunas de las consideraciones que se han hecho sobre la pervivencia del formalismo jurídico y de las ideas del Estado Liberal en los ordenamientos europeos son transmitidas a los ordenamientos latinoamericanos. Incluso ya para el año de 1978, el profesor Agustín Gordillo²³⁴, en la conferencia “*Presente y futuro del derecho administrativo en*

una perspectiva suficiente para utilizar eficientemente los instrumentos necesarios. Ningún actor tiene un potencial de acción suficiente para dominar de forma unilateral. Estos aspectos conciernen, básicamente, a la relación entre gobernanza y gobierno.

²³⁰ Sobre el tema en los países latinoamericanos: Argentina (Dromi, 1995; Gordillo, 2014), México (De los Santos, 2012); Colombia (Vidal Perdomo, 1992; Santofimio, 1996; Montaña, 2014; Rodríguez Rodríguez, 2005); Venezuela (Araujo Juárez, 1998); y Chile (Ferrada, 2007).

²³¹ Incluso el catedrático Santiago González Varas de la Universidad de Alicante destaca la existencia de un Derecho Administrativo iberoamericano con rasgos comunes que posibilita los estudios de derecho comparado. Al respecto consultar la introducción del libro: *El Derecho Administrativo Iberoamericano* (2005).

²³² Soler (2003, pág. 400) destaca dos formas principales de organización del poder territorial: Estado unitario y el Estado federal, teniendo presente los matices en las variantes que se presentan en las formas de Estado, con la inclusión de principios como la desconcentración administrativa y la descentralización territorial. Entre los estados unitarios se destacan Chile y Colombia (en los cuales se aplican los principios de descentralización administrativa); el prototipo del Estado federal sustenta la organización del poder de Argentina, México, Brasil y Venezuela.

²³³ De acuerdo con Soler (2003, pág. 403) en los países latinoamericanos: “El Derecho Administrativo se ha caracterizado por su rigidez y formalismo...que ha tenido como consecuencia perversa, su generalizado incumplimiento; requiere al contrario, formulación de reglas generales, una aplicación continuada de las mismas e, incluso, una nueva cultura administrativa respetuosa con los planteamientos organizativos y de gestión de lo público, diseñados desde el poder legislativo”.

²³⁴ El profesor Agustín Gordillo fue profesor y decano de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Es reconocido como uno de los principales exponentes de la doctrina del Derecho Administrativo latinoamericano. La conferencia que se cita fue realizada con motivo del curso internacional “El derecho administrativo en Latinoamérica” entre el 24 y 28 de julio de 1978 en la Universidad del Rosario de Bogotá.

Latinoamérica”, destacaba la pervivencia de las ideas liberales y su vinculación con el pasado²³⁵.

En la citada conferencia, el profesor Gordillo llamó la atención sobre la todavía posición dominante del acto administrativo como decisión unilateral ejecutoria y su presunción de legitimidad, en desconocimiento de un mayor equilibrio entre el rol del Estado y la libertad de los individuos, tema que ya empezaba a ser parte del debate en Europa²³⁶. Para la época, en los ordenamientos latinoamericanos era inimaginable la participación de los administrados en la toma de la decisión administrativa²³⁷. En este mismo sentido, criticaba la falta de evaluación de la eficacia de la actuación de la Administración y la necesidad de incorporar el consenso de los gobernados, como una propuesta a futuro porque en el presente la veía inalcanzable.

Las cuestiones de reforma que advirtiera el profesor Gordillo en 1978 se vienen discutiendo desde hace unos pocos años. Un ejemplo de ello puede encontrarse en la revisión de la literatura y encuentros de discusión académica que sobre el Derecho Administrativo iberoamericano han tenido lugar desde mediados de la primera década del siglo XXI. *Verbi gratia*, el estudio de la obra colectiva “*El Derecho Administrativo Iberoamericano*” publicado en 2005 (González Varas, 2005) advierte que, en general, en Latinoamérica no se han abordado por la doctrina los temas pendientes de reforma o de innovación, que ya venían siendo discutidos por la doctrina europea. En esta obra los tratadistas de los diferentes países latinoamericanos²³⁸ exponen las características generales de los ordenamientos administrativos internos. En los temas a tratar se aprecia la ausencia de un acápite dirigido a las necesidades de reforma de estos ordenamientos, por el contrario, los temas relevantes

²³⁵ “... aún en Estados Unidos, Inglaterra, Europa, existen bastantes rasgos del derecho administrativo que para mi modo personal de ver son un vestigio del estado de policía y entonces un poco anacrónicos en el Estado de Derecho. Por ello formulo una reflexión, que por cierto no es corriente ni dominante en la doctrina, y la reflexión es que este presente del Derecho Administrativo en Latinoamérica y en el mundo está todavía un poco atado al pasado” (Gordillo, 1978, pág. 25).

²³⁶ Un ejemplo de la revisión de la relación Estado y sociedad en el Derecho administrativo se halla en la publicación en 1980 de la monografía de Sánchez Morón “La participación del ciudadano en la Administración pública” (Sánchez Morón, 1980).

²³⁷ Tomando como ejemplos el caso francés o inglés de las comisiones mixtas, Agustín Gordillo (1978, pág. 31) afirmaba: “el tema de la participación del administrado en la toma de la decisión administrativa es sumamente importante que espero con optimismo exista en nuestros países alguna vez en el futuro. Digo en el futuro, pues es evidente para mí que en el presente no existe participación ni la posibilidad de darla. Fíjense cuán pesimista soy del presente”.

²³⁸ Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. La obra por supuesto incluye a España y Portugal.

continúan siendo el acto y el contrato administrativo, la actividad interventora y sancionadora del Estado, la responsabilidad estatal, el control judicial, la expropiación y el servicio público. Algo novedoso que debe destacarse para los textos de Derecho Administrativo es la inclusión de un acápite sobre la protección ambiental. Desde luego, no hay tratamiento alguno de la actividad material o informal de la Administración.

En esta dirección, un aspecto que merece subrayarse está en la descripción del procedimiento de la formación de la voluntad del acto administrativo. Ninguno de los tratadistas menciona etapas de participación, negociación o de actuación de la Administración anterior a la toma de decisión, muchos menos, destacan otras formas de actuación, como las materiales o informales. En este sentido, el profesor argentino Juan Carlos Cassagne (2005, pág. 55) afirma que no existe en su ordenamiento una regulación de la estructura técnica del procedimiento de la formación del acto, en clara influencia de la llamada *tesis sustancialista* italiana, según la cual, los diferentes actos integrantes del proceso de formación de la voluntad administrativa carecen de autonomía, integrándose en la decisión final.

Una tendencia distinta se observa ya a finales de la década en la que se destaca la integración de grupos académicos para el estudio del Derecho Administrativo en Iberoamérica²³⁹, quienes se encargan de organizar eventos y publicaciones que inician la reflexión de temas sobre la reforma de la disciplina²⁴⁰. Es así como, en los libros “*Reforma del Estado y transformaciones del Derecho Administrativo*” y “*La reforma de las administraciones públicas*”, que compendia las conferencias de las VI y VII Jornadas

²³⁹ Entre los grupos académicos a los que se hizo mención cabe citar el Grupo de Investigación ‘Derecho público global’ de la Universidad da Coruña (UDC), el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, quienes a su vez han creado redes académicas para la organización de eventos como las Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano, que en 2015 celebró su octava versión con la participación de las universidades latinoamericanas de Argentina, Nicaragua, Uruguay, Costa Rica, Venezuela, México, Colombia, Brasil, Ecuador, y Paraguay. En este caso, en 2013 y 2014, las VI y VII Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano trataron el tema de la reforma del estado y de las administraciones públicas. Sobre la actividad de estas redes académicas puede consultarse la página del Grupo de Derecho público global (2015).

²⁴⁰ Sobre el estado del Derecho Administrativo en Iberoamérica, Jaime Rodríguez Arana (presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), asegura que “La Administración pública en Iberoamérica es, hoy, una realidad en permanente transformación, con luces y sombras, como cualquier realidad humana. Para comprender su evolución y los desafíos actuales, conviene tener en cuenta algunas consideraciones que ayudan sobremano a comprender las reformas y nuevos planteamientos que empiezan a alumbrarse en el continente americano, muchas de gran calado y actualidad” (Rodríguez Arana, 2014, pág. 11).

Iberoamericanas de Derecho Administrativo en 2013 y 2014 ²⁴¹, respectivamente, se identifican temas que antes no eran objeto de discusión en la región, tales como: la vinculación de la reforma del Derecho Administrativo y los derechos humanos, la perspectiva de género y la participación ciudadana, el derecho a la buena administración, la modernización de la contratación pública y la globalización y el medio ambiente (Aymerich & Pernás, 2013; Pernás & Rodríguez, 2014).

El contexto citado en la región iberoamericana coincide con el estado actual de la cuestión en Colombia. Hasta la primera década del presente siglo es escasa la doctrina jurídica dirigida al estudio crítico del Derecho Administrativo y la necesidad de su transformación²⁴². Los estudios recientes, al inicio de la segunda década de este siglo, destacan que la literatura clásica administrativa presupone que la evolución del Derecho Administrativo nacional se ha ajustado a un desarrollo “natural y obvio” a partir del Derecho Administrativo francés, al cual debe su origen e inspiración (Alviar, 2007; Peña, 2007)²⁴³. Por clasicismo se ha entendido en

²⁴¹ Dirigidas por el Grupo Derecho Público Global entre los días 22 y 25 de abril de 2013 (VI versión) y 31 de marzo y 4 de abril de 2014 (VII versión) en el Pazo de Mariñán, A Coruña, España (Derecho Público Global, 2015).

²⁴² Algunos aportes que se destacan de la doctrina nacional con posiciones distintas sobre la transformación y crisis del Derecho en general o, lo que también, se ha llamado *nuevo Derecho* en la primera década de este siglo se encuentran en: SÁCHICA (2007), LÓPEZ MEDINA (2000; 2004) y MONTAÑA (2010). Posteriormente, a finales de la década, se identifican foros académicos que abordan la *discusión* sobre los temas de la reforma del Derecho Administrativo, así por ejemplo, la Universidad Externado de Colombia organiza las *Jornadas de Derecho Administrativo* desde el año 2000, en las cuales hasta el año 2010 inician las reflexiones sobre los temas de reforma y necesidad de su estudio en Colombia, con invitados internacionales importantes en estas temáticas como los profesores Schmidt Assmann y Javier Barnés. Cabe resaltar la publicación de los dos últimos foros de 2013 y 2014: *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo "Justificación, retos y aportes al Derecho administrativo"* (Montaña & Ospina, 2014a) y *La Constitucionalización del Derecho administrativo* (Montaña & Ospina, 2014b). De igual manera, se identifica la conformación de líneas de investigación en los grupos de investigación de las Universidades cuyo tema se enfoca en la reforma del Derecho Administrativo. Este es el caso de la Línea de Investigación: *Tendencias y perspectivas del derecho administrativo* del Grupo de Derecho Público de la Universidad del Rosario con publicaciones como *Globalización del derecho administrativo colombiano* (Restrepo, Escobar, & Rodríguez J., 2010) y *Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos* (Restrepo, Escobar, & López, 2012).

²⁴³ La profesora Helena Alviar (2007, págs. 19-20) describe como “visión clásica” del Derecho Administrativo, la posición de los doctrinantes nacionales que se caracterizan por la forma tradicional de explicar esta rama del Derecho como: “el conjunto de principios y normas cuyo objetivo principal es regular la actividad de una administración pública moderna y eficiente, administración pública que incluye la descentralización administrativa y territorial, así como los procedimientos que garantizan la protección del individuo frente al poder del Estado... según las aproximaciones clásicas, este conjunto de normas y principios establece un marco que al mismo tiempo limita y empodera al Estado. Lo limita por medio de la consagración de tres pilares fundamentales para el Estado de derecho: igualdad ante la Ley, igualdad que incluye al soberano; separación de poderes y principio de legalidad. Por otra parte, lo empodera al otorgarle las herramientas necesarias para instaurar, organizar y fortalecer un modelo: el Estado de derecho liberal del siglo XIX, el Estado de bienestar de la primera mitad del siglo XX y el Estado social de derecho de finales del siglo pasado”. Entre los autores

la doctrina interna un “tipo de formalismo legalista” derivado de la escuela de la exégesis francesa y del conceptualismo *iusprivatista* alemán, que a partir de los años 40 fue fortalecido con la recepción de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen (López Medina, 2004, págs. 134-135)²⁴⁴.

Teniendo presente que el Derecho Administrativo colombiano tiene su origen en el sistema francés²⁴⁵, para esta doctrina tradicional, el Derecho alemán comparte con este último su fundamento en la división tripartita de poderes y, por tanto, su autonomía; la coherencia normativa con fundamento en el principio de legalidad; la consagración de garantías de los derechos individuales frente a las acciones del Estado; y un control jurisdiccional especial diferenciado de la jurisdicción común de los jueces. Estas bases del Derecho Administrativo interno han facilitado la ausencia del desarrollo de una reflexión doctrinal sobre la influencia de la historia social nacional y, sobre todo, de los diferentes procesos de colaboración y participación ciudadana en la toma de decisiones, sean estos formales o informales, como hechos que han venido transformando la práctica jurídico-administrativa.

En otras palabras, los estudios sobre la estructura del Estado se han fundamentado en una visión meramente normativista, esto es, desde la descripción y explicación exclusiva de las normas jurídicas, por lo que no se consideran las condiciones reales sociales (culturales, políticas y económicas) que influenciaron la creación de tales normas (López Medina, 2007, pág. 5; Peña, 2007, pág. 3)²⁴⁶. En consecuencia, la doctrina administrativa nacional se

llamados clásicos se incluye a Jaime Vidal Perdomo, Gustavo Penagos, Orlando García Herreros, Libardo Rodríguez Rodríguez y Diego Younes Moreno.

²⁴⁴ “El formalismo jurídico en Colombia se ha ido construyendo lentamente a lo largo de los siglos XIX y XX. Hoy el formalismo local está formado, en una mezcla compleja y quizá inestable, por la recepción de tres trasplantes *iusteóricos* distinguibles: primero, la recepción en Colombia del *Code Napoléon* y una tecnología formalista de lectura del mismo predominante en el siglo XIX francés (...); segundo, el impacto que tuvo el trasplante de los métodos romanistas y privatistas alemanes del siglo XIX(...); y tercero, ya bien entrado el siglo XX, la recepción, transformación y asimilación de la más influyente de todas las teorías positivistas europea: la Teoría Pura del Derecho de Hasn Kelsen” (López Medina, 2004, pág. 130).

²⁴⁵ En general, el profesor López Medina (2004, págs.135-137) afirma que la “consciencia jurídica *contemporánea*” inicia en el país con “la importación de Europa del Código Civil Francés de 1804”, aunque si bien no se desconoce que las concepciones jurídicas anteriores al código hayan permanecido en el ordenamiento, se refiere al derecho español de la colonia y el derecho indiano, lo cierto es que “el código civil nacional pretendió hacer *tabula rasa* con la historia jurídica anterior. Se constituyó, en efecto, en punto de partida completamente nuevo para el derecho estatal que buscaba una identidad jurídica estable”. Esta situación también se explica como una forma de “declarar independencia jurídica definitiva frente a España”. En el mismo sentido Montaña (2014, pág. 67). Sobre la influencia del Derecho español y el Derecho de Indias véase Malagón (2007).

²⁴⁶ El profesor Santofimio (1996, pág. 23) discrepa de esta visión del Derecho Administrativo: “No estamos más frente a un derecho administrativo de corte estrictamente liberal, simple defensor de intereses subjetivos e individuales con escaso contenido sustancial...Entender el derecho administrativo en sentido estrictamente

caracteriza por basar sus estudios jurídicos esencialmente en el formalismo jurídico, desde las ideas de neutralidad y coherencia del Derecho²⁴⁷. En este contexto teórico, como se mencionó, el estudio sobre nuevas formas de actuación administrativa, como las informales de concertación no han sido de interés de la doctrina clásica interna, dada la irrelevancia que presentan frente a los presupuestos del formalismo jurídico²⁴⁸.

De acuerdo con esta visión de la doctrina interna, el Derecho Administrativo colombiano puede explicarse según dos versiones: un Derecho liberal e individualista y un Derecho basado en el bienestar. Según López Medina (2007, pág. 9), la visión formalista de la estructura del Estado en Colombia “desarrolla sistemáticamente el punto de vista de los «administrados»”. De conformidad con esta postura, en primer término, el Derecho Administrativo colombiano se basa en un sistema de principios y reglas sustantivas y de procedimiento dirigidas a salvaguardar a los particulares de la arbitrariedad del Estado. En un segundo momento, a partir del siglo XX, este Derecho se transforma en el sistema normativo base para la intervención del Estado en aras de garantizar el bienestar social²⁴⁹. No obstante, éste último, sigue ocupando un lugar marginal frente al Derecho de inspiración liberal e individualista²⁵⁰.

Como consecuencia propia de todos los ordenamientos administrativos basados en el formalismo jurídico, las formas jurídicas no sólo constituyen el objeto principal de la regulación, la garantía de seguridad jurídica y la contención de la arbitrariedad de los

formal, esto es, meramente normativo y tan solo estructural sería negarles a quienes ejercen las funciones administrativas del Estado el papel estelar, que según la Constitución deben protagonizar en la permanente búsqueda de la satisfacción de los intereses generales y colectivos”. No obstante, la mayoría de los manuales en la materia de la época y aún los más recientes, no incluyen las reflexiones del profesor Santofimio. Estos temas, como se citó atrás, son tratados en libros especiales resultado de investigación o congresos sobre tópicos como la constitucionalización del Derecho Administrativo, con lo cual, todavía no permean suficientemente la discusión de la transformación del Derecho en las aulas y de allí en la jurisdicción.

²⁴⁷ “Como lo sostiene Kennedy en los países de tradición jurídica francesa no ha existido una crítica interna al derecho, un equivalente del “virus” de la teoría jurídica estadounidense” (Rodríguez Garavito, 1999, pág. 33).

²⁴⁸ Sólo recientemente se han publicado algunos estudios que se acercan al tema como el de Pérez (2012) sobre el análisis jurídico de la reserva de instrucción en la legislación territorial, en el que se hace una aproximación desde las normas de derecho blando. No obstante, no se identifican estudios sobre las actuaciones informales en materia de acuerdos y su relación con el Derecho Administrativo.

²⁴⁹ Para el profesor Vidal Perdomo (1992, pág. 242) este momento se ubica en la reforma constitucional de 1936 y más tarde en la reforma administrativa de 1968, con los instrumentos de acción estatal como la planificación.

²⁵⁰ En palabras de López Medina (2007, pág. 9): “En la lucha académica de visiones y teorías, sin embargo, parece seguro decir que la “ciencia de la administración” (como típica manifestación del derecho administrativo del bienestar) siguió siendo una manifestación muy parasitaria si se le compara con el derecho administrativo de la defensa del individuo que domina la doctrina colombiana”.

gobernantes para con los “administrados”, sino que son el centro de la discusión y desarrollo doctrinal. En tal sentido, la doctrina interna se ha especializado en la teoría y descripción exhaustiva de la normativa del acto administrativo y del contrato, con muy poca atención en otras formas de actuación.

En esta doctrina meramente normativista o formalista no se abordan por tanto las relaciones entre las formas de actuación y la realidad social que las contextualiza, como tampoco se interesa por identificar, incluso a partir de las mismas fuentes jurídicas como la jurisprudencia, la creciente actividad informal de la Administración, la transformación en la relación de la Administración y los ciudadanos, así como sus consecuencias en el procedimiento administrativo. En este punto, es importante resaltar que la doctrina clásica nacional a la que se aludió en un principio, ha mantenido una tajante separación entre la doctrina del Derecho Administrativo general y el especial.

En efecto, los autores tradicionales no afrontan en sus manuales y tratados de Derecho Administrativo la reflexión sobre el desarrollo de nuevos campos o “sectores de referencia” y, mucho menos, los aportes de éstos a la renovación de la parte general. Así las cosas, en el caso especial del Derecho Ambiental, las referencias son inexistentes²⁵¹. Al respecto, es también significativo que en la doctrina jurídica ambiental interna existe una tendencia a negar el Derecho Administrativo como fuente y base, sustancial y procedimental, del Derecho Ambiental²⁵². En este sentido, Santander Mejía (2002, pág. 23) afirma que el “Derecho Ambiental se alimenta y relaciona con todas las otras ramas del derecho existentes, pero no forma parte ni se desprende de ninguna de ellas”²⁵³.

Esta tendencia doctrinal a negar las bases del Derecho Ambiental en el Derecho Administrativo y, en cambio, a limitar como su fundamento el reconocimiento del derecho a un ambiente sano y de la función de garantía y protección de este derecho por el Estado en la

²⁵¹ Se puede comprobar esta afirmación, entre otros, en los textos de Derecho Administrativo colombiano de: Solano (1997); Pinzón (2008); Giraldo (2010); Rodríguez Rodríguez (2013); y Santofimio (2003).

²⁵² Otro factor que evidencia esta separación entre Derecho Administrativo y Ambiental están en los currículos de pregrado y las especializaciones en materia de Derecho Administrativo de las facultades de Derecho, en los cuales no se incluye el estudio del Derecho Ambiental.

²⁵³ En igual sentido: González Villa (2006, pág. 23): “El derecho del medio ambiente es un área del derecho autónoma. No es derecho administrativo, ni es derecho civil. Pero tiene raíces en ambas áreas”. Macías Gómez (1998) quien ve en la Constitución de 1991, el origen de del Derecho Ambiental como una nueva rama del ordenamiento jurídico, y no como un proceso de constitucionalización de sectores de referencia del Derecho Administrativo.

Constitución, ha llevado a “relajar” la discusión dogmática tanto de la función y actividad administrativa, como del procedimiento en que se sustenta para tramitar los asuntos ambientales. En consecuencia, la literatura jurídica se limita al estudio normativo, con alguna mención de la jurisprudencia como criterio de interpretación de la Ley y del excesivo conjunto de reglamentos que caracteriza a la parte especial.

Con la anterior afirmación no se pretende negar el carácter orientador y fundamental de la Constitución en el Derecho Ambiental, al contrario, en el país, al reconocimiento constitucional de los derechos colectivos y del ambiente se debe el desarrollo del ordenamiento ambiental y la importancia que el Estado y las personas le atribuyen. La cuestión central es la invisibilidad que este tipo de enfoques implica para el estudio de la eficacia de la actividad administrativa en el trámite de los asuntos ambientales.

En consecuencia, la constitucionalización del Derecho Ambiental si bien ha permitido un importante desarrollo doctrinal de la teoría de los derechos colectivos, e incluso de las acciones judiciales constitucionales para su protección²⁵⁴, no ha supuesto que la dogmática administrativa haya integrado temas vitales a la hora de evaluar su verdadera eficacia en la práctica. Son varios los asuntos que no han tenido una profunda atención:

- a) El excesivo protagonismo del reglamento, frente a un muy pobre ejercicio de la regulación legal, con una clara pérdida de la función orientadora de la Ley en la actividad del ejecutivo.
- b) Como consecuencia del hecho anterior, se percibe una débil concepción de la vigencia y aplicación del principio democrático y del principio de legalidad en la producción del Derecho Ambiental.
- c) El concepto de Administración y de Derecho Administrativo que debe guiar la actuación ambiental. Un Derecho Administrativo orientado a la eficacia y abierto a asimilar nuevas formas de gobernación.
- d) La debilidad de los instrumentos de comando y control, o de la actividad autorizatoria, en la conducción de la actividad privada sobre el ambiente.
- e) La influencia y límites de la técnica en la regulación y solución de asuntos ambientales²⁵⁵.

²⁵⁴ Sobre el concepto de constitucionalización del Derecho Ambiental en Colombia ver: Amaya (2011); y el concepto de constitucionalización del ambiente ver: Álvarez Álvarez (2002).

²⁵⁵ Para el caso específico del Derecho colombiano, cabe citar que la única obra que aborda el tema es la publicada por el profesor Santaella (2008) Normas técnicas y derecho en Colombia.

- f) El procedimiento administrativo ambiental como mecanismo garante de los derechos colectivos e individuales. Se ha sobredimensionado la importancia del acto administrativo como resolución final de un caso o trámite de permisos, restando valor al procedimiento y a las actividades de seguimiento y control del cumplimiento del acto.
- g) La actividad informal de la Administración que se manifiesta en actividades de mera información, asesoría, negociación y consenso, previo y durante los procedimientos de autorización ambiental, o por fuera de éstos.
- h) Limitación del control judicial a la actividad conforme a Derecho, con la omisión del estudio y reforzamiento de las garantías y eficacia del procedimiento administrativo.

Sin el ánimo de exhaustividad, estos son temas que deben ser el punto de partida para un estudio jurídico-dogmático del Derecho Administrativo Ambiental. Sin duda se trata de temas que permiten establecer la necesaria conexión, entre el Derecho Administrativo y Ambiental (además del Derecho Constitucional que constituye el fundamento de los dos). Esta conexión se basa en una relación bidireccional, en la cual, el primero otorga las instituciones jurídicas y las claves del procedimiento por las que se desarrolla el segundo. Por su parte, el Derecho Ambiental alimenta el Derecho Administrativo con nuevos principios y permite su evolución en la búsqueda de soluciones a casos complejos que obligan la inclusión de novedosas fórmulas para oxigenar la tradicional relación jurídico-administrativa y las formas de actividad de la Administración.

CAPÍTULO SEGUNDO

GOBERNANZA Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: CONSIDERACIONES PARA UN NUEVO ENFOQUE DOGMÁTICO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

El aumento de actuaciones de la Administración con inclusión de escenarios participativos evidencia la transformación de cómo el Derecho positivo entiende la actividad administrativa en la práctica. El Derecho Ambiental es uno de los sectores de referencia, no el único, en los que más se constata este fenómeno.

A la luz de la evidencia anterior, la dogmática jurídica enfrenta el reto de revisar y adaptar los conceptos dogmáticos tradicionales que explican la actividad administrativa desde esta perspectiva²⁵⁶. El considerable número de normas, de todo orden y tipo, que promueven la participación en asuntos en los que tradicionalmente no ha sido prevista, hace prudente no eludir la reflexión teórica sobre la inexistencia, la falta de relevancia o la ilegalidad de tales actuaciones desde un enfoque formalista que parte de los conceptos dogmáticos tradicionales²⁵⁷.

La tesis central de este capítulo sugiere que para abordar este fenómeno es necesario acudir a corrientes dogmáticas diferentes a las del formalismo jurídico administrativo que, tal como se trató en el capítulo anterior, representan un enfoque estático anclado en el ideario del Estado Liberal²⁵⁸. En este caso es la *nueva ciencia jurídico-pública* el marco teórico de

²⁵⁶ Es pertinente la cita de Troncoso (1999, pág. 96): “La dogmática, si no quiere perderse en el cielo de los conceptos jurídicos como afirmaba Ihering, tiene que estar en la tierra, lo que significa que tiene que ser un instrumento para explicar la realidad y no para distorsionarla. Son las categorías las que se deben adaptar a la realidad y no viceversa, y son éstas las que mueren cuando esta realidad cambia”.

²⁵⁷ Al respecto, Vosskuhle (2012, págs. 147-148) describe los cambios suscitados a finales de los años ochenta a favor de una nueva orientación metodológica del Derecho Administrativo que destaca la crisis del modelo del Derecho regulador de la actividad de policía caracterizado por actuaciones principalmente prohibitivas, sancionatorias y autorizatorias. En especial la crisis tuvo que ver con la constatación de que en el Derecho Ambiental “padecía de un enorme déficit en cuanto a su cumplimiento e implementación en lo que a la práctica se refiere. La segunda porque, sorprendentemente, se evidenció que la Administración y el mundo empresarial y los ciudadanos, cooperaban activa y constantemente en la búsqueda de soluciones de consuno, frente a los problemas jurídicos que se suscitaban”.

²⁵⁸ Ya desde 1962, Martín Retortillo L. destacaba que un “defecto común” de los grandes juristas del Derecho Administrativo fue “que, arrancando de la Pandectística, consiguen plasmar verdaderas formulaciones, pero que, con el afán de excluir todo elemento ajurídico en su sistema, nos dan una visión excesivamente formalista del

referencia para el estudio de la actuación informal de concertación, dado que como se expuso anteriormente, es a partir de esta corriente jurídico-administrativa que se introducen enfoques más amplios sobre la realidad administrativa a partir de los aportes de otras ciencias y el análisis de los sectores de referencia²⁵⁹.

En efecto, una división estricta de poderes que identifica la función administrativa con la mera aplicación de la Ley –como lo entendiera el formalismo jurídico-administrativo–, centrada en la garantía de las libertades individuales a través de una intervención restringida en el ámbito social, no permite explicar la diversidad de la actuación administrativa hoy en día. Antes de iniciar este análisis, es necesario aclarar qué se entiende en este trabajo por “diversidad del actuar administrativo”.

Por “diversidad” no se hace mención propiamente a la expansión de tareas de la Administración gracias a la influencia del Estado Social de Derecho. Se refiere a la “innovación” que en la práctica se presenta en las diferentes modalidades de la actividad administrativa²⁶⁰ y a la presencia de actuaciones distintas a las formas prediseñadas por la Ley que, en este trabajo, se denominan informales²⁶¹, cómo se explicará en detalle en el Capítulo 3²⁶².

Derecho, prescindiendo en general del aspecto dinámico, fundamental en las instituciones jurídicas” (1962, pág. 61).

²⁵⁹ En la búsqueda de una necesaria adaptación del Derecho Administrativo a la realidad actual, se le encarga a la investigación jurídica trascender el enfoque de la doctrina tradicional y optar por un “enfoque desde el exterior” a fin de encontrar las incoherencias entre la realidad y el Derecho, y plantear los cambios necesarios para su transformación (Schmidt Assmann, 2007, pág. 276). En este mismo sentido: Ruffert (2007); Hoffmann Riem (2007); Caillosse (2007).

²⁶⁰ Por ahora se hace mención de las categorías tradicionales de actividad de policía, servicio público y fomento.

²⁶¹ Es necesario reiterar que en este trabajo se entiende por actuación informal aquella manifestación práctica de la Administración que no se ajusta ni se relaciona con los llamados actos jurídico-públicos, cuyos atributos, creación y ejecución se encuentran estrictamente regulados, tales como: el reglamento, el acto y el contrato. Pese al tratamiento que le ha dado la doctrina tradicional, la práctica demuestra que la informalidad hace parte del conjunto de actuaciones que como el acto, el reglamento o el contrato le permiten a la Administración cumplir con su función y que, como se constata en este trabajo, se asume con una clara intención de derivar efectos jurídicos. En palabras de Schmidt Assmann (2003, pág. 332): “La acción de la Administración no se ha efectuado de manera exclusiva dentro del camino canonizado de las formas jurídicas, ni se hará tampoco en el futuro (...) Junto a la acción con forma jurídica está la acción de la Administración material, que se realiza a través de acciones informales, jurídicamente poco estructuradas y dirigidas prioritariamente a obtener efectos fácticos”.

²⁶² La palabra diversidad proviene del latín *diversitas* y significa tanto variedad, diferencia como abundancia (Real Academia Española, 2015). Se ha usado el término para destacar también como los atributos que definen lo ambiental, como la *bio*-diversidad, pueden ser también de ayuda para comprender la complejidad social y sus creaciones intangibles como el Derecho, como parte de su cultura (de ahí también el término diversidad cultural). Así la *bio*-diversidad enseña el constante cambio y diferenciación que mantiene la naturaleza para

En segundo lugar, es preciso concretar que por “innovación”²⁶³ se alude a las manifestaciones prácticas de una Administración que, además de verificar la legalidad de su actuación, está interesada en procesos participativos y de concertación con los ciudadanos en aras de alcanzar los fines estatales (Calvo García, 2005)²⁶⁴. Esto encuentra su fundamento en la filosofía del Estado Social de Derecho, en el que la función administrativa es “concreción y por ende acción teleológica del Estado” (Montaña, 2010, pág. 124)²⁶⁵.

En este orden de ideas, como fin del Estado Social de Derecho²⁶⁶, la garantía de la participación ciudadana implica una adaptación del fundamento teórico de las formas de la

adaptarse a su entorno. Tal adaptación se da en términos de interacción constante, una dinámica compleja de inclusión y diferenciación. El Derecho como creación humana no escapa a la dinámica de la diversidad y por ello, se le impone un constante ajuste y acoplamiento a los cambios que pretende regular. No puede negarse que como lo expresara Marx (2014): “La naturaleza es el *cuerpo inorgánico* del hombre; la naturaleza, en cuanto ella misma, no es cuerpo humano. Que el hombre *vive* de la naturaleza quiere decir que la naturaleza es su cuerpo, con el cual ha de mantenerse en proceso continuo para no morir. Que la vida física y espiritual del hombre está ligada con la naturaleza no tiene otro sentido que el de que la naturaleza está ligada consigo misma, pues el hombre es una parte de la naturaleza”.

²⁶³ Innovación proviene del latín *innovāre* (Real Academia Española, 2015) y significa “mudar o alterar algo, introduciendo novedades”. Con el término se quiere resaltar tanto la necesidad de cambio de una práctica como la creatividad que necesariamente incluye la palabra novedad.

²⁶⁴ En este capítulo nos referiremos a los fines del Estado Social de Derecho usando indistintamente las denominaciones de fines estatales o fines constitucionales.

²⁶⁵ Las referencias abundantes en este capítulo al Estado Social de Derecho se fundamentan en lo que Porras Nadales (2014, pág. 26) denomina una segunda etapa histórica de este modelo de Estado, en especial influenciado por su crisis de legitimación: “El Estado Social inaugura así el ciclo histórico de una nueva fase, la democracia avanzada, donde el ejecutivo y la Administración deberán operar en base a consensos con el tejido social”. En igual sentido, se habla de una re-conceptualización de la primera versión del Estado Social y se identifica como un Estado Garante en el cual ya no es el prestador director de servicios, sino que traslada tal función a particulares conservando la responsabilidad de garantizar su atención eficaz (Esteve Pardo, 2007, 2014b; Muñoz Machado, 2012; Barnés, 2014a). Así este trabajo es consciente de la crisis del modelo estatal y sus críticas, sin embargo, se apoya en la idea de que tal modelo a partir de las crisis que ha enfrentado, es en la actualidad, el generalizado en los Estados democráticos y en su dimensión jurídica todavía no realizado totalmente por lo menos en la región latinoamericana. En este último aspecto, se trata de un modelo de Estado que ha implicado una interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de acuerdo con unos fines y principios mínimos que buscan la realización de la justicia social. Siguiendo las reflexiones de Uprimny (2002, pág. 68), se consideran las críticas de las posiciones políticas neoliberales, neoconservadoras y marxistas al Estado Social de Derecho, lo cierto es que si bien “...muchas de esas objeciones son pertinentes; así, es cierto que las políticas benefactoras generan dificultades fiscales, en ocasiones son inequitativas, y provocan intervenciones burocráticas alienantes que erosionan el dinamismo de las sociedades democráticas. Hay que tomar en serio las críticas contra el Estado benefactor pero sin abandonar los ideales de justicia social del ESD”. Por las razones anteriores, y sin entrar en discusiones de origen político-económico que no son objeto de esta investigación, este capítulo propone una construcción dogmática en el marco del modelo de Estado imperante, asumiendo que su dimensión jurídica hacía la garantía de una justicia social, todavía es un propósito a realizar en este mundo globalizado.

²⁶⁶No obstante, se reitera aquí que los fines o valores del Estado Social de Derecho no se presentan de manera abstracta e inmutable, estos corresponden en cada caso a las condiciones sociales, históricas y políticas concretas (García Pelayo, 1987, págs. 26-27). En todo caso, puede afirmarse como lo expone García Pelayo, que el Estado Social no desconoce los valores del Estado Liberal, sino que los pretende más efectivos. Como síntesis de la tesis de García Pelayo, Díez Moreno (2004, pág. 184-185) explica: “Así, la libertad no puede ejercerse si no va acompañada de unas condiciones de existencia mínimas, de manera que de considerarse la libertad como una

actividad administrativa²⁶⁷. Ello encuentra su justificación en que tales formas no pierden su función de explicar de manera simplificada y adecuada la realidad del actuar de la Administración, sobre todo, en la resolución de los problemas sociales.

En aras de una mejor comprensión de la realidad, la tesis planteada conduce a un enfoque distinto sobre la función y actividad administrativa con base en un marco teórico conformado por las Ciencias Jurídicas y las Ciencias Políticas y de la Administración²⁶⁸. Sobre esta cuestión, la teoría de la *nueva dogmática jurídico-administrativa*²⁶⁹ es pertinente para efectos del estudio de la incidencia de la participación ciudadana en la actividad administrativa, dado que centra su interés en dos premisas fundamentales: primera, el Derecho está orientado a la eficacia en la resolución de conflictos sociales y, segunda, a la Administración le es propio el papel de dirección de esta función²⁷⁰.

En definitiva, y como ya se ha reiterado a lo largo de estas páginas, la eficacia actúa como idea que ordena y articula el material jurídico²⁷¹. La Administración es importante no sólo por

exigencia de la dignidad humana, ahora se estima que la dignidad humana es condición para el ejercicio de la libertad; la propiedad se ve limitada por los intereses generales pero también por los sectores que la hacen productiva; la seguridad formal o jurídica debe ir acompañada de una seguridad material frente a las certidumbres o a las desgracias; la igualdad no puede lograrse sin una corrección de las desigualdades; y, finalmente, la participación política debe ser complementada con una participación en el producto social a través de la distribución”.

²⁶⁷ La Constitución Política de Colombia en su artículo 2 además de garantizar como fines esenciales “la efectividad de los principios, derechos y deberes”, en donde se incluye la participación, reconoce expresamente como fin: “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”. La participación ciudadana constituye uno de los fines que la doctrina identifica como propio del Estado Social de Derecho, no obstante la previsión de hacer siempre mención a un contexto social y político concreto. Así, García Pelayo (1987, pág. 48): “Pero, si por Estado social hemos de entender no sólo una configuración histórica concreta, sino también un concepto claro y distinto frente a otras estructurales estatales, hemos de considerarlo como un sistema en el que la sociedad no sólo participa pasivamente como recipiendaria de bienes y servicios, sino que, a través de sus organizaciones, toma parte activa tanto en la formación de la voluntad general del Estado, como en la formulación de las políticas distributivas y de otras prestaciones estatales. Dicho de otro modo, cualquiera que sea el contenido de lo social, su actualización tiene que ir unida a un proceso democrático, más complejo, ciertamente, que el de la simple democracia política puesto que ha de extenderse a otras dimensiones”. En igual sentido, Díez Moreno (2004, pág. 190) y Calvo García (2005, pág. 26).

²⁶⁸ Se admite con Ponce (2014, pág. 21) y Capo (2005, pág. 464) que “el Derecho es una ciencia social que necesita de otras ciencias sociales, así como aquéllas deben tener en cuenta a éste”

²⁶⁹ La conveniencia de asumir el enfoque de la “Teoría de la Dirección” parte de su interés en el estudio de la eficacia del Derecho y su “capacidad real para la resolución de los problemas” (Schmidt Assmann, 2006b, págs. 150-151). Cabe citar que dado que el origen de la Teoría de la Dirección o *Steuerungstheorie*, Mayntz (2003, págs. 28-29) se halla luego de la Segunda Guerra Mundial, ésta es influenciada por la aspiración de los gobiernos de “dirigir el desarrollo social y económico de sus países hacia objetivos precisos”.

²⁷⁰ Estas ideas tienen pleno fundamento en el Estado Social de Derecho, en el cual la Administración se legitima por su actuación eficaz, que implica un control de los resultados en la consecución de los fines programados por este modelo de Estado.

²⁷¹ Aunque con un enfoque distinto al actual, la eficacia como concepto que dialoga con conocimientos extrajurídicos como los de las ciencias políticas y las ciencias de la Administración ha sido objeto de reflexión

lo que es, sino por lo que hace (Ponce, 2010, pág. 92) y, en concreto, en cómo la ejecución de sus tareas tiene efectos eficaces en la realidad²⁷².

Adicionalmente, la *nueva ciencia jurídico-pública* advierte que la construcción sistemática del Derecho debe preservar la función integrativa de los conceptos de la parte general del Derecho Administrativo en tanto éstos otorgan: “simplificación, claridad y predictibilidad de los heterogéneos materiales jurídicos”; así como previenen las “contradicciones entre los valores que subyacen a los distintos sectores especiales” (Schmidt Assmann, 2006b, pág. 182). La revisión de las funciones citadas de los conceptos generales no es posible sin un análisis de los sectores especiales o de referencia. Tal análisis se presenta como una especie de “*proceso dialéctico de deducción e inducción*”²⁷³, en el cual la parte general aprende de los valores y formas de resolver los problemas a los que la Administración se enfrenta en la práctica y, a su vez, la parte especial puede ser reconducida por la parte general de manera más ajustada a la realidad.

Como se adelantó anteriormente²⁷⁴, en la práctica el sector de referencia del Derecho Ambiental ha demostrado que cuando se trata de adoptar decisiones, una forma apropiada de hacerlo es a través de procesos participativos y de concertación entre la Administración y la ciudadanía interesada, sobre todo, en temas como la gestión de riesgos en la que hacen presencia diversidad de intereses. De igual manera, en este sector se reconoce la informalidad

desde los inicios de la ciencia jurídico-administrativa. De acuerdo con Cerrillo (2013, pág. 4), la “primera generación de administrativistas estuvo menos preocupada por el Derecho que de llevar a cabo una reflexión más referida a la eficacia de la creación de un Estado moderno desde la Ciencia de la Administración, limitándose a presentar los rasgos generales de la legislación de la época llevando a cabo más una reflexión política referida a la eficacia de la creación del estado moderno”.

²⁷² “Al respecto la Corte Constitucional colombiana ha considerado que: La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-068 de 1998, 1998).

²⁷³ “La finalidad de esta estrategia consiste en plantear de nuevo y con más fuerza las cuestiones generales en el seno de los sectores especiales, esto es, ante las particulares especialidades y preocupaciones de la Parte Especial del Derecho Administrativo. Lo primero que ha de hacerse en ese sentido es examinar si las experiencias y conocimientos adquiridos en cada sector son susceptibles de generalización y si la innovación que se produce en el sector especial puede contrastarse con las categorías básicas de la Parte General” (Schmidt Assmann, 2006b, pág. 183).

²⁷⁴ *Vid.* Capítulo 1-A.

como uno de los fenómenos que identifica parte de su actuación²⁷⁵ y que se presenta en procesos de concertación con la ciudadanía²⁷⁶. Prueba de ello en el ordenamiento colombiano son los casos sobre participación de comunidades étnicas y organizaciones ciudadanas en la toma de decisiones para la conservación de la biodiversidad, la consulta previa y la concertación de procesos de producción más limpia²⁷⁷.

En la evolución en esta dirección del Derecho Ambiental han tenido una importante influencia las directrices de orden internacional, regional y comunitario que han construido fuertes argumentos sobre la necesidad y obligación de acoger una forma de gobernación menos autoritaria por una más consensuada con todos los sectores sociales²⁷⁸. Tales directrices refieren directamente a la **gobernanza**, concepto afín con la Teoría de la Dirección, como modo de comprender la interacción y “el reparto de responsabilidades entre la Administración y la ciudadanía” en aras de una mejor y más apropiada manera de asumir los asuntos ambientales (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 43; Agudo, 2011a, pág. 17)²⁷⁹.

²⁷⁵ “Al ocuparse de nuevos campos de referencia, en especial el Derecho Ambiental, el Derecho Administrativo, ha llamado la atención sobre una serie de fenómenos, para los cuales la normalidad descrita no se aplica sin más: se trata de la acción informal de la Administración” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 333). En el mismo sentido, Bohne (1990, pág. 217).

²⁷⁶ Ciertamente, la actuación informal no surge en el Derecho Ambiental como un fenómeno antijurídico, al contrario, se presenta como una fórmula para hacer más eficaz el cumplimiento de sus preceptos en la práctica. En tal caso, habrá que identificar las características de esa nueva realidad práctica y los retos que le plantea al Derecho en aras de su intervención eficaz.

²⁷⁷ Sobre una ilustración general de estos procesos de concertación informal véase el Capítulo Primero.

²⁷⁸ La Declaración de Río de 1992 en el principio 10, afirma que la mejor manera de tratar los asuntos ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, proporcionar información, y acceso efectivos a los procedimientos administrativos. Posteriormente, la Declaración de Johannesburgo de 2002 reconoce la necesidad de incluir en todos los niveles de decisión la participación de todos los sectores y reafirmó el compromiso de fortalecer y mejorar la gobernanza en todos los planos para lograr la aplicación efectiva del Programa 21. De igual manera, los Programas de Acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente asumen el enfoque estratégico, fundado en una serie de novedosos instrumentos para influenciar las decisiones de los ciudadanos y la propia Administración. Se afirma la ineficacia y crisis de los mecanismos de comando y control como única herramienta para administrar los asuntos ambientales. Al respecto consultar Agudo (2004, pág. 318) y Fortes (2004, pág. 88).

²⁷⁹ En el ámbito de la gobernanza ambiental se citan como relevantes las estrategias de trabajo cooperativo entre entidades públicas de todos los órdenes (nacional, internacional y regional) y entre personas privadas: el GRI (Guías para la elaboración de memorias de sostenibilidad); Iniciativa del CERES (Coalition for Environmentally Responsible Economies) y el PNUMA; el programa de responsabilidad social del Consejo Empresarial Mundial para el Desarrollo Sostenible, una red de 160 empresas internacionales de más de 30 países promovida por el empresario suizo Stephan Schmidheiny durante el período previo a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales, líneas directrices de 1976 que fueron revisadas en 2000 y contienen recomendaciones en aspectos sociales y ambientales por 33 Gobiernos más Argentina, Chile y Brasil; el Programa de Responsabilidad Social Corporativa Europea (CSR Europe) es una red de ámbito europeo creada en 1995 por 48 empresas europeas con el nombre de European Business Network for Social Cohesion; y por último, la iniciativa del Pacto Mundial de las Naciones Unidas creada en Davos (Suiza) en 1999, en la que se decidió involucrar a las empresas con el

Este contexto nacional e internacional de promoción de la participación ciudadana en todos los niveles de actividad pública hace viable la propuesta de una reforma del Derecho Administrativo *ex parte civium*. Si bien no se trata de descartar la dimensión hasta ahora dominante de su fundamento en la prerrogativa pública (Bogdandy, 2013, pág. 321), lo cierto es que la legislación y práctica de sectores de referencia como el ambiental, demuestran una tendencia a la construcción del Derecho desde el ciudadano, a partir de la garantía y defensa de su participación en la toma de decisiones de todo orden²⁸⁰.

Esta orientación hacia la acción eficaz a través de procesos de una mayor apertura de la actividad administrativa ambiental a la participación, el Derecho Administrativo ha sido receptivo, probablemente de forma intuitiva e incluso involuntaria, a integrar las ideas que promueve la gobernanza a la toma de decisiones. Tales ideas previenen, entre otras cosas, al Derecho de la existencia de variedad de actores con distintos intereses en las decisiones públicas, la conformación de espacios informales que reclaman participación y, por tanto, la necesidad de representación institucional. Con base en estas ideas, el presente estudio evidencia cómo el Derecho Administrativo ha incorporado elementos finalistas como la garantía de la participación y defensa de los derechos de los ciudadanos y de grupos que programan la actividad administrativa. Tal programación finalista exige unas reglas o parámetros de conducta que direccionen la actuación de a la Administración y que son construidos, en parte, a partir de los procesos de interacción con la ciudadanía.

De acuerdo con la introducción precedente, en este capítulo se proponen los fundamentos teóricos que permiten la readecuación conceptual de las manifestaciones de la actividad administrativa gracias al crecimiento de los diferentes escenarios participativos. **A partir del enfoque metodológico otorgado por la nueva ciencia jurídico-pública, primero, se presenta un estudio sobre la gobernanza que, a través de los planteamientos de la Teoría de la Dirección, hace aportes para la adaptación teórica de la actividad administrativa a**

cumplimiento de 10 principios en los que se encuentra la protección ambiental. El pacto ha sido importante por el diálogo entre los diferentes sectores sociales, las empresas y los representantes del Gobierno (United Nations, 2015).

²⁸⁰ Al respecto, Santaella (2013, págs. 397-422) concluye que no obstante todos los cambios que se han dado en la relación Estado-sociedad y el surgimiento de fórmulas de cooperación, la figura de la *puissance publique* no ha desaparecido, incluso ha sido rediseñada como idea que permite asegurar la prevalencia del interés general sobre el particular.

la práctica. En especial, se hace énfasis en la gobernanza ambiental con el objeto de resaltar la influencia que esta teoría ha tenido en el sector de referencia del Derecho Ambiental.

Segundo, **se analiza la función y actividad administrativa como objeto de un nuevo Derecho Administrativo en aras de hacer la reconstrucción conceptual del concepto de actividad administrativa**²⁸¹. Para este estudio se efectúa una breve revisión de los diferentes criterios teóricos que han abordado el tema. En este apartado se propone que en el actual modelo de Estado Social de Derecho, el criterio teleológico de la función es el más idóneo para armonizar la relación entre el concepto dogmático, el Derecho positivo y la práctica de la realidad administrativa.

Tercero, el capítulo finaliza **con un análisis que integra los planteamientos de la gobernanza y de la teoría de la función teleológica de la actividad administrativa como dos marcos conceptuales que se integran para explicar y proponer un nuevo entendimiento de las funciones del concepto de actividad administrativa y que implica un enfoque alternativo para comprender sus modalidades y formas de actuación.** En este análisis se plantea de manera general la cuestión sobre la actuación informal de concertación, cuyo estudio específico se reserva para el Capítulo 3.

En todo el capítulo, **la mención al Derecho Ambiental y al ordenamiento colombiano es transversal.** Se parte de la premisa metodológica que afirma el estudio de los **sectores de referencia** como una fórmula para promover la renovación del Derecho Administrativo en general y de una reflexión situada en un contexto normativo concreto, para evitar el trasplante asistemático de teorías y conceptos al ordenamiento jurídico al que sirve esta investigación²⁸².

²⁸¹ Sobre la reconstrucción conceptual como instrumento metodológico empleado en este trabajo de investigación, véase la Introducción/II.

²⁸² Se adoptan las consideraciones de Nohlen (2011, pág. 3) ningún acontecimiento puede explicarse desde las ciencias sociales como algo aislado, siempre está en interacción de situaciones complejas. La importancia de una investigación situada o en contexto: “El contexto abarca las condiciones de la investigación en ciencias sociales que influyen o pueden influir en su diseño, proceso y resultado. Al generar o aplicar teorías, en el marco de una relación causal, el contexto puede marcar la diferencia respecto al efecto que la variable independiente tiene sobre la dependiente, el resultado que exhibe en un caso y varía en otro. Cuando se aplica el conocimiento generalizado sobre los efectos que ejercen determinadas variables en casos disímiles, el contexto puede explicar tal vez por qué se afirma una teoría en algunos casos y en otros no”.

A LA GOBERNANZA Y SUS APORTES PARA UNA REDEFINICIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. ESPECIAL MENCIÓN AL SECTOR DE REFERENCIA DEL DERECHO AMBIENTAL

Como se ha adelantado en las páginas anteriores, el enfoque dirigido a la eficacia de la actividad administrativa a partir de los postulados del Estado Social de Derecho ha promovido y reforzado el carácter directivo de los procesos sociales que posee la Administración. De forma similar, en los últimos años, las Ciencias Políticas y de la Administración han centrado su interés en el estudio de la capacidad y eficacia directiva de los gobiernos, desplazando su reflexión sobre el sujeto o persona de gobierno al proceso de gobernar, en el cuál la Administración pública se destaca como componente esencial (Peters & Pierre, 1998, págs. 223-225; Aguilar, 2007, pág. 1; Porras Nadales, 2014, págs. 15-36).

Esta constatación resalta una coincidencia en el cambio de enfoque sobre el objeto de estudio tanto de la ciencia jurídico-administrativa, como de las Ciencias Políticas y de la Administración. En las dos disciplinas se presenta una importante tendencia a la reflexión sobre la dimensión activa de la Administración, como función y proceso de gobierno, trascendiendo posturas organicistas o subjetivas que se caracterizan por el predominio de análisis estáticos.

De otro lado, la teoría de la gobernanza, al considerar en su ámbito de estudio las nuevas formas organizativas, instrumentos y toma de decisiones de la Administración pública, otorga una dimensión muy relevante del contexto práctico sobre el cual se ejerce la actividad administrativa. Esta información es útil para la dogmática jurídico-administrativa por cuanto indica el contexto de la realidad sobre el que debe analizarse la adaptación del Derecho Administrativo, sobre todo, en lo atinente a la interacción de la Administración y los diferentes actores interesados.

A partir de este enfoque funcional, esto es, desde el hacer cotidiano de la Administración, la gobernanza se presenta como un concepto capaz de describir las diferentes relaciones entre las autoridades y los ciudadanos en el cumplimiento de los fines constitucionales (Prats,

2005a, págs. 129-133). En otras palabras, la gobernanza explica la forma en la que se organiza el reparto de responsabilidades entre el sector público y privado en la actualidad²⁸³.

En este punto es importante destacar que si bien la gobernanza no es un concepto jurídico no puede desatenderse su utilidad para describir el entorno en el que se desenvuelve la Administración y, en especial, su interacción con la ciudadanía²⁸⁴. La gobernanza como concepto externo al Derecho es útil para describir y comprender, sobre todo, en ámbitos como el ambiental, que los fines y tareas públicas dirigidas a la protección del ambiente no se le atribuyen de forma exclusiva a la Administración, sino que cada vez más se radican en el trabajo conjunto de las autoridades y los ciudadanos (Steele, 2001; Ibáñez Méndez, 2003; Sánchez Sáez, 2004; Schmidt Assmann, 2006; Cortada, et al., 2008)²⁸⁵.

²⁸³ En este contexto teórico y para efectos metodológicos, la gobernanza es asumida como un *concepto clave* en el sentido dado por Schmidt Assmann (2006b, pág. 176-179), como “conceptos que viven y se localizan en un campo intermedio, entre el análisis sociológico y la dogmática jurídica”. Entre sus funciones para los estudios dogmáticos se encuentra la de acercar al objeto de estudio, con un importante acervo de información para la comprensión de la realidad, “un verdadero aprendizaje en el plano político y social”; indican diferentes perspectivas de estudio sobre un mismo fenómeno, otorgando ideas para la construcción de nuevos escenarios teóricos: “los conceptos-clave están llamados a la concreción y al desarrollo ulterior, no dan una respuesta unívoca, sino que muestran el camino que ha de seguir el pensamiento científico”.

²⁸⁴ Para Schmidt Assmann (2006a, pág. 49): “aun cuando no haya adquirido un perfil claro y definido para el Derecho, no por ello puede pasar desapercibido en modo alguno en el debate sobre la reforma del Derecho Administrativo y la ciencia de dirección. Constituye de entrada una «fórmula descriptiva», que sirve para poner el acento en la multiplicidad de contextos o mecanismos de dirección que conviven entre las instancias nacionales y supranacionales, de un lado y entre los actores públicos y privados, de otro. Esta expresión – gobernanza– se sintetiza desde luego otros relevantes fenómenos que ya se venían contemplando en el referido debate. Tal es el caso, por ejemplo de la «distribución» o «reparto de responsabilidades» («Verantwortungsteilung») entre la Administración y los ciudadanos, esto es, de tareas o funciones entre la esfera social y la pública”.

²⁸⁵ En la literatura es muy frecuente identificar varios términos para referirse a la actividad que ejercen las autoridades públicas o, en general, el Gobierno. Los autores usan indistintamente estos términos, pero sus significados son distintos. En este trabajo es preciso identificar el significado y alcance de estos términos dado que son objeto de reflexión. Primero, según el Diccionario de la RAE (Real Academia Española, 2015) se define la **Gobernación** como “1. Acción y efecto de gobernar o gobernarse.” || 2. Ejercicio del gobierno.” Sobre esta definición, Prats (2005a, pág.162) expone que “El concepto de gobernación es bien clásico. Comprende tanto las instituciones de gobierno como las acciones dirigidas a la definición y realización de los intereses generales (dirección política, políticas públicas, legislación, administración)”. Por su parte, la **Gobernabilidad** es definida por el Diccionario de la RAE como “Cualidad de gobernable”, concepto que a la vez implica la facultad de alguien para gobernar, como lo apunta más específicamente Vargas (2005): “Gobernabilidad es la capacidad política de gobierno para intermediar intereses, garantizar la legitimidad y gobernar. La gobernabilidad se relaciona con el ejercicio del poder del gobierno”. Por último, la **Gobernanza** se presenta de manera general por la RAE (2015) como “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. Así las cosas, la Gobernanza sería un modo de gobernación opuesto a otros modelos como el de gobierno vertical.

Desde una perspectiva etimológica, el traductor Amadeu Solá (2000) expone el origen del término gobernanza y su inclusión en el idioma español: así el término *governance* procede del francés antiguo *gouvernance* “una palabra francesa tan en desuso como su equivalente «gobernanza» en castellano; una y otra tenían el mismo

I. BREVE CONTEXTO DEL ORIGEN DEL CONCEPTO DE GOBERNANZA

La literatura especializada resalta que desde sus inicios la gobernanza se presenta como un *concepto descriptivo* de los cambios políticos y sociales presentados a final del siglo pasado, lo que ha implicado una transformación de las formas de dirección de la sociedad²⁸⁶. Así lo expone Aguilar (2006, pág.84):

En su denotación primera el concepto de gobernanza es un concepto descriptivo que muestra el cambio que al final del siglo XX han experimentado las relaciones entre gobierno y sociedad en muchos Estados para poder reconstruir el sentido y la capacidad de dirección de la sociedad. Lo distintivo del concepto desde su origen ha sido mostrar el hecho de que la dirección de la sociedad trasciende la acción gubernamental, puesto que los gobiernos, para reconstruir la posibilidad de que sus sociedades no entraran en decadencia y alcanzaran sus metas en el campo económico y social, tuvieron que integrar a su deliberación y acción agentes económicos y sociales independientes cuyas acciones además no se apegan a lógicas políticas.

Es necesario destacar que, como concepto originado a partir de las crisis económicas de finales del siglo XX (Prats, 2005b, pág. 152; Lacroix, 2012, págs. 20-22), la gobernanza

significado (gobierno) cuando la primera se introdujo en el inglés en el S. XIV (cf. español: J. Corominas; inglés: *Oxford English Dictionary*; francés: *Dictionnaire historique de la langue française*, París, 1993)". Al respecto ver también a Pierre Calame (2009, pág. 15).

²⁸⁶ Entre los años 50 y mediados de los años 70 se impone en Europa la "agenda política socialdemócrata" cuyo fin primordial era responder a los devastadores efectos de la Segunda Guerra Mundial. Siguiendo a Prats (2005a, pág. 56), en síntesis esta agenda se distinguió por los objetivos del Gobierno de alcanzar el pleno empleo, la protección económica de los ciudadanos contra los efectos del mercado, dar oportunidades a las personas con rentas bajas y medias, la eficiencia económica basada en mecanismos de dirección de corte Keynesiano, la universalización de las prestaciones y el desarrollo de las burocracias del bienestar, entre otras características: "Son los tiempos en que los Estados eran considerados el principal motor del desarrollo y el sector público gozaba de gran prestigio y legitimidad. La economía política insistía en los fallos del mercado y veía en el Estado el corrector imparcial de los mismos". Este modelo mostró sus limitaciones cuando se produjo la crisis económica de los años 70, con lo cual aparece una nueva agenda política entre los años 80 y 90, que ha venido a llamarse "Neoliberal". Como reacción a la agenda socialdemócrata, el neoliberalismo propuso: la globalización de los mercados, la liberación de las fuerzas del mercado, la revalorización de la cultura empresarial y de la competencia, la flexibilización del mercado de trabajo, la reducción de las prestaciones sociales, entre otras. Este modelo de gobernanza cuya bandera fue la eficiencia demostró rápidamente sus carencias, que entre otras causas fueron consecuencia de la comprensión de "que la gestión pública no se justifica sólo por la provisión eficaz y eficiente de servicios públicos, pues implica también valores más profundos directamente deducibles del orden constitucional en que la gestión pública debe enmarcarse. En tal sentido, la idea de la independencia profesional del servicio civil para asegurar la continuidad no partidista de las políticas públicas se expresa más efectivamente en la cultura del servicio civil que en las relaciones principal-agente. Cambiar los sistemas de incentivos de los servidores civiles podría socavar inadvertidamente esta independencia profesional o algún otro valor fundamental del bien, como la habilidad de los servidores civiles para trabajar colectivamente" (Prats, 2005b, pág. 152).

registra las debilidades de una acción gubernativa centrada en la persona del gobernante y fundamentada en un modelo de control jerárquico de la sociedad (Knill, 2004, pág. 353; Cerrillo, 2012, págs. 137-138; Porras Nadales, 2014, pág. 67-69). En este contexto, se hizo evidente que no bastaba con la dotación de amplios poderes apoyados en un conjunto de capacidades financieras, institucionales, jurídicas y administrativas a los gobiernos, esto es, «capacidad directiva», para lograr un gobierno eficaz «eficacia directiva del gobierno» (Aguilar, 2006, pág.68)²⁸⁷.

Desde esta perspectiva, la teoría de la gobernanza no solo se ha concentrado en la descripción de las debilidades de la forma tradicional de gobernación, como concepto poscrisis (Aguilar, 2006, pág. 80), sino que explica las transformaciones que han surgido hacia una gobernación más horizontal basada en la interacción entre la organización pública y los ciudadanos. En palabras de Cerrillo (2005, pág. 12):

El surgimiento de la gobernanza supone un cambio en las maneras tradicionales de proceder por parte de los poderes públicos. La asignación imperativa, la dirección jerárquica y el control de los procesos políticos están siendo sustituidos por nuevas formas de regulación basadas en la negociación y la coordinación e, incluso, la persuasión, mediante las cuales los responsables públicos tratan de movilizar recursos políticos dispersos entre actores públicos y privados²⁸⁸.

De esta manera, el concepto de gobernanza se origina con la descripción de los cambios en los modelos de gobernar de finales del siglo pasado, para adquirir la condición de concepto

²⁸⁷ “...la creencia del gobierno como actor central suficiente para hacer funcionar sus sociedades comenzó a debilitarse en las sociedades industrializadas a partir de los años setenta debido a los problemas de crecimiento que enfrentaban y en nuestros países a fines de los años sesenta ante el estancamiento crónico del desarrollo ISI, que provocó levantamientos políticos de variado tipo y desaffo. La tesis terminó por desmoronarse con el colapso de los sistemas económicos y políticos de los Estados centralmente planificadores, económicamente intervencionistas y políticamente controladores, mediante mando directo o mediante negociación impuesta a sus ciudadanos, artes de gobierno que proliferan nos sólo en América Latina (...) se descubrió que no todas las capacidades requeridas para la gobernación del país-particularmente en el campo del crecimiento económico y el desarrollo social- se encuentran en el ámbito del gobierno y las que posee el gobierno, aun si extraordinarias (legislación, coacción, imposición fiscal, servicios sociales universales...), son insuficientes frente a la magnitud de los nuevos y viejos problemas de la sociedad. Se reconoció además que el gobierno ya no puede disponer de esos recursos que necesita para su tarea directiva y que están en manos privadas y sociales, dictando como antes órdenes a sus poseedores, planificando y sobreregularando sus comportamientos, intimidándolos con expropiaciones o juicios penales o atrapándolos suavemente con mecanismos oscuros de complicidad, acciones todas que provocarían resistencias, conflictos y desórdenes: desgobierno” (Aguilar, 2006, págs.72-73).

²⁸⁸ Sobre los cambios surgidos en la forma de gobernar ver: Kooiman (2003); Prats (2005a; 2005b); Rodhes (2005, págs. 99-122); Mayntz (2005, págs. 83-98); Aguilar (2007); Moreau (2011); Chevallier (2011) y Porras Nadales (2014).

que indica la forma de gobernación que se considera más apropiada o eficaz según la complejidad de la sociedad actual (Aguilar, 2006, pág. 80)²⁸⁹. Esta transformación del concepto se explica por el contexto de la crisis financiera de la década de los años 80 y 90 en el que la gobernanza surgió. La crisis hizo que la gobernanza se presentara como un modelo atractivo básicamente por tres razones (Peters & Pierre, 2005, págs. 40-41): primero, con la integración de particulares y/o intereses organizados en la prestación de servicios públicos, se podía continuar respondiendo, por parte del Estado, a las demandas sociales impuestas en los modelos de gobernación pasados y enfrentar el déficit presupuestario.

Segundo, el carácter participativo de la gobernanza permite hacer más aceptable a los ciudadanos las consecuencias de una deficiente gestión pública y la atención se concentra más en las funciones y retos que debe afrontar el Estado. Bajo el enfoque de la gobernanza, la participación se comprende como un mecanismo que permite la colaboración en el diálogo necesario para la toma de decisiones públicas.

Este enfoque difiere de una concepción de la participación como simple escenario para la transferencia de información desde la Administración y desde el sector privado como un espacio de resistencia y oposición²⁹⁰. En contraposición, la gobernanza promueve el reconocimiento de la participación como un mecanismo valioso en el que la Administración se beneficia de la información y propuestas de la ciudadanía que, en muchos casos, no es de su dominio y, a su vez, esta última asume su papel como parte responsable en la adopción de las decisiones administrativas, a través de su reconocimiento como una importante fuente de conocimiento útil para resolver los diferentes conflictos sociales²⁹¹.

²⁸⁹ En la Introducción general de este trabajo se hizo una breve reseña de las características de la actual sociedad *post industrial* y también llamada *Sociedad del Riesgo* a tal complejidad nos referimos durante todo este capítulo.

²⁹⁰ En este sentido, cabe citar a Mir Puigpelat (2010, pág. 334) quien destaca la diferencia entre los espacios en que se está en presencia de una participación que contribuye al fortalecimiento del principio democrático y cuando es solamente la aplicación de una regla de Derecho. Tomando como ejemplo el procedimiento administrativo, habrá una participación *de naturaleza defensiva* cuando las partes hacen uso de su derecho de defensa dentro del procedimiento para defender sus intereses personales. En cambio, una participación conectada al principio democrático tiene lugar cuando “it takes place in administrative procedures leading to discretionary decisions that might affect many people”, lo particular en este caso es el número alto de personas involucradas, la presencia de discrecionalidad administrativa, derivada de la falta de una decisión predeterminada por el legislador.

²⁹¹ En este caso, la participación en el ámbito de la gobernanza puede identificarse con una de las dimensiones de la teoría de la deliberación, que de acuerdo con Steele (2001, pág. 417) que, en el ámbito de la toma de decisiones ambientales, se identifica como: “the idea of deliberation focuses on citizens as a valuable source of knowledge and values, and associates participation with *problem-solving*”. De igual parecer, Scott & Trubek (2002, pág. 6) quienes consideran que la deliberación es útil para mejorar las capacidades para solucionar los problemas y

Por estas razones, la gobernanza se relaciona con la idea de la democracia deliberativa²⁹² desde un enfoque funcional y realista²⁹³. La teoría de la deliberación admite procesos de participación flexibles que resaltan la importancia del diálogo entre la ciudadanía y los gobernantes, más allá de la simple adhesión, y cuyo resultado final constituye “un producto superior al de la simple agregación (por otro lado imposible) de los intereses individuales. Y que al mismo tiempo tal resultado exprese, al menos en parte, el interés general” (Ibarra Güell, 2011, pág. 105).

Por último, la tercera razón se relaciona con un aspecto de legitimidad en la producción y prestación de servicios públicos, justamente porque al involucrar al sector privado y sus estrategias de gestión, de alguna manera, se ataca esa percepción de ineficiencia del Estado: “además, la noción del Estado actuando de común acuerdo con los actores sociales, en vez de imponiéndoles su voluntad, se corresponde bien con el “*esprit du temps*” político de los años noventa, orientado al mercado” (Peters & Pierre, 2005, págs. 40-41)²⁹⁴.

proporcionar legitimación democrática de los procesos participativos. En este sentido, Vosskuhle (2009, pág. 212) considera que es necesario desarrollar reglas adecuadas de información y comunicación que permitan una interacción duradera entre el conocimiento privado y público, en aras de institucionalizar procedimientos de aprendizaje colectivo. Con ello, la Administración asegura no perder el potencial del conocimiento privado que deja de obtener en simples procesos de delegación de ciertos servicios públicos.

²⁹² Desde una primera corriente clásica, esta teoría asume el proceso de deliberación democrática como “un proceso a través del cual todos y cada uno de los distintos actores implicados por una decisión política, construyen, a través de una reflexión racional, una nueva propuesta y toman una nueva decisión, situados en ambos casos más allá de los intereses privados y previos de cada participante” (Ibarra Güell, 2011, pág. 95). De acuerdo con Ibarra Güell, el enfoque clásico de la democracia deliberativa corresponde principalmente a Habermas (1996). Puede estudiarse ampliamente en Elster (1998), Dryzek (2002) e Innerarity (2006).

²⁹³ Conforme con un enfoque funcional de la deliberación, según las teorías llamadas realistas, analizadas por Ibarra Güell (2011, pág.103-107), la gobernanza no exige espacios decisorios que excluyan otros procesos de decisión, entre ellos el tradicional representativo; no requiere que los actores en la deliberación estén libres de todo prejuicio o de intereses privados; no se pretende que estén presentes todos y cada uno de los actores implicados, aunque, por lo menos, se promueve que existan espacios abiertos sin restricciones, con la misma legitimidad e igualdad para todos los presentes, y que se puedan representar, de ser posible, todos los intereses; y, por último, no exige la adopción de un perfecto consenso. Así “si sólo se otorgase validez a los debates hechos en perfectas condiciones de racionalidad, estricta argumentación, radical reconocimiento e igualdad, etc., el espacio deliberativo quedaría limitado a debates sobre cuestiones de nula relevancia política (Ibarra Güell, 2011, pág. 105).

²⁹⁴ Además de estas razones, la aparición de la nueva gestión pública, esto es la transformación del servicio público basado en las directrices del mercado, fue un gran impulso para la aparición de la gobernanza. Sin embargo, no puede decirse que son enfoques totalmente opuestos, pues como exponen Peters y Pierre (2005, pág. 50-51): “La nueva gestión pública y la nueva gobernanza comparten algunas similitudes, pero también difieren en aspectos importantes. La principal semejanza entre ambas filosofías es el argumento de que la fuerza formal-legal de los Estados es cada vez menos importante y que acuerdos institucionales más o menos temporales entre público-privado facilitan la influencia institucional y la coordinación. Tal vez la diferencia más importante entre la nueva gestión pública y la nueva gobernanza reside en su diferente conceptualización del Estado. La nueva gestión pública es bastante despectiva con el papel del Estado: a decir verdad, este modelo ve al Estado - al menos en términos de proveedor de servicios- más o menos obsoleto. La mayoría de los expertos

II. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA EN LAS INSTITUCIONES INTERNACIONALES: LA “BUENA GOBERNANZA”

Asociado a las anteriores razones que muestran la transformación del uso meramente descriptivo del concepto de gobernanza hacia un uso más propositivo Addink, Anthony, Buyse & Flinterman (2010, pág. 22) explican que debido a que por sí mismo el término de gobernanza no contiene un carácter prescriptivo, la literatura cuando refiere esta dimensión del concepto, prefiere el término “Buena Gobernanza”, tal y como ha sido usado por las organizaciones internacionales²⁹⁵. En este contexto teórico, la publicación del Libro Blanco sobre La Gobernanza Europea, en julio de 2001, marcó un importante hito que si bien fue dirigido al ámbito europeo, es un precedente mundial importante que ilustra sobre los principios de la Buena Gobernanza que deben seguirse a fin de alcanzar la apertura en el proceso de elaboración de las políticas públicas y la actividad administrativa que se deriva de éstas (Parejo, 2004)²⁹⁶. Su principal objetivo se dirigió a la inclusión de un mayor número de personas y de sus organizaciones con el objeto de dar más transparencia a los procesos políticos y otorgar mayor responsabilidad a quienes participen (Europa-Fundación Galicia, 2001, pág. 4).

Entre los cambios propuestos a partir de un enfoque de gestión pública desde la gobernanza, se destaca “*un mayor grado de participación y apertura*” que supone facilitar información actualizada y oportuna sobre el proceso de elaboración de políticas, incluyendo las ambientales, así como la de reforzar la interacción con las organizaciones de la sociedad

en el campo de la gobernanza -aunque no todos-, por otro lado, tienen una visión mucho más positiva del Estado como representación del interés colectivo y su función facilitando y coordinando la gobernanza. Sin embargo, existe cierta afinidad entre ambas perspectivas y parece claro que el interés reciente por la gobernanza ha sido, en parte, desencadenado por una creciente popularidad de la nueva gestión pública y la idea de alguna forma genérica de control social”.

²⁹⁵ Sobre el concepto de buena gobernanza en las organizaciones supranacionales, historia, definiciones y casos, véase: Hewitt (1998), (Weiss, 2000), Doornbos (2004) y Grindle (2007).

²⁹⁶ La reforma de la gobernanza europea se plantea en el Libro Blanco como una prioridad para enfrentar los problemas de falta de participación o de déficit democrático que vive la UE. Existe una brecha que cada vez se ensancha más entre las personas y la UE, ésta se manifiesta en la percepción de las personas de que la Unión no tiene la capacidad para actuar eficazmente en problemas específicos como el desempleo, la inseguridad o los conflictos que se presentan en sus fronteras. No se reconocen tampoco los logros de la UE en la mejora de los derechos y calidad de vida de los ciudadanos; no existe una comunicación acertada de los Estados miembros a sus ciudadanos de la labor de la UE por sus derechos y no aceptan su propia responsabilidad; y muchos de los ciudadanos no conocen las funciones y las diferencias entre las instituciones europeas, por lo que no perciben que tales instituciones puedan canalizar sus demandas. (Europa, Fundación Galicia, 2001, pág. 8).

civil, tanto en el nivel regional, como local (Parejo, 2004, pág. 34). Debe subrayarse la importancia que se le otorgó a la celebración de “acuerdos de asociación que vayan más allá de las normas mínimas en determinados ámbitos y comprometan a la Comisión a un mayor nivel de consulta, a cambio de mayores garantías de transparencia y representatividad por parte de las organizaciones consultadas” (Fundación Galicia, 2001, pág. 5)²⁹⁷.

En la misma vía del Libro Blanco, aunque con varios años de antelación, importantes organizaciones internacionales, entre ellas el Banco Mundial, asumieron el concepto de buena gobernanza con el propósito de orientar reformas estatales²⁹⁸. Éste ha sido el caso en Latinoamérica, en el marco de la cooperación para el desarrollo, gracias a la gran influencia en la región de estas organizaciones, en lo que se refiere a la adopción de medidas estrictas por parte de los Estados para acceder a créditos monetarios o a diferentes tipos de ayudas de cooperación. En este contexto, se ha asumido, entre muchas de sus recomendaciones, un lenguaje nuevo que busca introducir el enfoque de la Buena Gobernanza.

El origen del concepto de gobernanza en las instituciones internacionales se inicia en noviembre de 1989 con el reporte del Banco Mundial sobre el gobierno y desarrollo en África, titulado: *El África subsahariana: de la crisis al desarrollo sustentable Una perspectiva a largo plazo* (Aguilar, 2006, pág. 82; Mkandawire, 2007, pág. 679)²⁹⁹. Más tarde en 1991 en la Annual Development Economic Conference, se discutió como tema la "Good

²⁹⁷ Luego del Libro Blanco se han elaborado dos comunicaciones de la Comisión: en 2003 *Gobernanza y Desarrollo* y, en 2006, *La gobernanza en el consenso europeo sobre la política de desarrollo. Hacia un enfoque armonizado en la Unión Europea*. Estas comunicaciones se centran en temas fundamentales que deben ser abordados por el enfoque de la buena gobernanza; se trata de la lucha contra la pobreza, la democratización y la seguridad mundial. Se mantiene el énfasis en la participación de todos los actores en la formulación y aplicación de las políticas públicas como condición necesaria para el desarrollo.

²⁹⁸ Debe resaltarse que los organismos internacionales han usado indistintamente los términos de gobernabilidad y gobernanza sin que exista claridad y acuerdo sobre su contenido y sus diferencias, a pesar de que la doctrina de la ciencia política y de la administración los haya precisado y no necesariamente coincidan en su contenido con la posición de los organismos internacionales. Al respecto: Campbell (2000), Prats (2001), Aguilar (2006), Launay & Bolívar (2010), y Lacroix (2012).

²⁹⁹ En este informe se destacaba que el problema del poco desarrollo africano se debía a la incapacidad de gobernar y la necesidad de “*a better governance*” por medio de una reforma política consistente en un mayor respeto de la Ley, la transparencia, la rendición de cuentas, mejor diseño de las políticas económicas y sociales y la lucha contra la corrupción). De acuerdo con Mkandawire (2007, pág. 679-680) la inspiración del concepto provino del círculo de intelectuales africanos que colaboró con el informe de 1989 del WB siendo el principal problema abordado las relaciones del Estado africano con la sociedad, necesitada de la promoción de la equidad y la inclusión como condiciones para la protección de los derechos humanos.

Governance", siendo incorporado en la agenda del Banco Mundial en vinculación con el desarrollo -*Governance and development*- (Nanda, 2006, pág. 272)³⁰⁰.

Para el Banco Mundial la "Good Governance"³⁰¹ defiende unos procedimientos para alcanzar una buena gestión del Estado en sus relaciones con el mercado y la sociedad, procedimientos que presume válidos y neutrales universalmente (Jiménez, Ramírez, & Roncancio, 2007, pág. 62; Nanda, 2006, pág. 274)³⁰². La definición del Banco Mundial identifica tres aspectos de este enfoque de gobernanza:

"Governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources. The World Bank has identified three distinct aspects of governance: (i) the form political regime; (ii) the process by which authority is exercised in the management of a country's economic and social resources for development; and (iii) the capacity of governments to design, formulate, and implement policies and discharge functions" (World Bank -WB-, 1994).

Esta definición es amplia, no ampara un tipo de gobierno en especial, su énfasis está puesto en uno de los aspectos de la gobernabilidad, la capacidad para gobernar, y su principal preocupación es la gestión de los recursos económicos y sociales como problemas que deben ser resueltos (Jiménez, Ramírez, & Roncancio, 2007, pág. 64; Grindle, 2007, págs. 563-566). La participación o la interacción del Estado con los diferentes actores de la sociedad no es una parte fundamental de la definición. Según Campbell (2000, pág. 9), la mención a la participación no se apoya en la preocupación por una participación efectiva, sino que se

³⁰⁰ En este punto es necesario diferenciar el enfoque de gobernanza que asumen organizaciones supraestatales como la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa), el Consejo de Europa y la Unión Europea, de organizaciones como el Banco Mundial. De acuerdo con von Bogdandy (2011, pág. 341) para las primeras, la gobernanza tiene un carácter supraestatal y multilateral por la calidad operativa de estas organizaciones "Esto impide que ella aparezca como expresión de los intereses hegemónicos de un Estado, de modo distinto, quizá, a la gobernanza ejercida por el Banco Mundial, que en no pocas ocasiones, se vincula a los intereses de los Estados Unidos", o podría agregarse, a los intereses de un modelo de desarrollo económico impuesto a los Estados dada la dependencia de créditos internacionales. Sobre este último enfoque, la buena gobernanza ligada al concepto de desarrollo y las instituciones internacionales véase: Doornbos (2004), Nanda (2006), y Grindle (2007).

³⁰¹ El Banco Mundial es incluso reconocido como quien se encargó de acuñar el término de buen gobierno o buena gobernanza (Allan & Rieu-Clarke, 2010, pág. 242).

³⁰² Según Cruz Fernández (2006, pág.22): "El Banco define buena gobernanza como el conjunto de tradiciones e instituciones por medio de las cuales la autoridad de un país se ejerce por el bien común. De esta manera el Banco promueve la buena gobernanza por medio de una relación institución-Estado. El objetivo en este caso refiere a la implementación de la agenda de buena gobernanza para proyectos de desarrollo, por lo que el Banco condiciona y determina la estructura del Estado para otorgar la ayuda financiera y asegurar el buen uso de la misma".

refiere a un concepto de “gerencialismo populista”³⁰³, como un discurso para legitimar reformas institucionales. Este mismo enfoque perdura en el informe del BM de 1997, “El Estado en un mundo en mutación” (Chibber, y otros, 1997).

Por su parte, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a partir de mediados de los años 90, adoptó un enfoque distinto de la gobernanza más centrado “en la importancia de los procesos de participación política y de las organizaciones de la sociedad civil que pueden hacerse escuchar, y destaca el papel del Estado en la promoción de un desarrollo humano y no sólo económico” (Haldenwang, 2005, pág. 37). El PNUD usa indistintamente en sus programas de acción el término gobernabilidad y gobernanza democrática. Según este organismo, estos términos se relacionan con la participación de las personas en la toma de decisiones políticas, la responsabilidad de las instituciones democráticas en la atención de las demandas de la ciudadanía, la lucha contra la corrupción, la protección de los derechos humanos, el fortalecimiento de la mujer y la rendición de cuentas (UNEP, 2014). Debe también resaltarse que el PNUD ha hecho precisión sobre el concepto de gobernanza, para señalar su diferencia con la forma en que la Administración ejercía el manejo de los asuntos públicos o aquellos asuntos relacionados con el desarrollo. Según cita Prats (2001, pág. 114), la nueva definición del PNUD consiste en: “el marco de reglas, instituciones y prácticas establecidas que sientan los límites y los incentivos para el comportamiento de los individuos, las organizaciones y las empresas”³⁰⁴.

De igual manera, otros organismos retoman la idea de buena gobernanza sin que exista una definición uniforme. Para la Organización de Estados Americanos (OEA), la gobernabilidad tiene un carácter pluridimensional en el que se identifican tres niveles de acción: los político-institucionales, los económico-sociales y los de seguridad. En el nivel político-institucional, se traza como propósito consolidar la democracia representativa, el manejo democrático de los conflictos, el fortalecimiento de la capacidad de los actores democráticos especialmente partidos políticos y sociedad civil para tramitar las demandas y construir acuerdos, así como

³⁰³“On comprend mieux ce manque de précision lorsque l'on se rend compte qu'il s'agit essentiellement de responsabilisation budgétaire et économique. Ainsi, peut-on lire dans le document de 1992: "Similarly, the Bank is rightly concerned with financial and economic accountability, but political accountability is outside its mandate". (C'est nous qui soulignons). C'est ce type de considérations qui nous amène à conclure que le concept d' « empowerment » utilisée par la Banque dans les années 80 et celui de « participation » dans les années 90 émanent non pas d'un souci de participation effective mais renvoient à un concept de « managérialisme populiste »” (Campbell, 2000, pág. 9).

³⁰⁴ Sobre esta materia ver: Rodríguez J. (2009).

el fortalecimiento del Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos (Organización de los Estados Americanos -OEA-, 2015)³⁰⁵.

Después de este resumen, cabe advertir que todos los organismos supranacionales se refieren al fortalecimiento de la gobernabilidad/gobernanza tanto como requisito para la consolidación de la democracia, como por planteamientos de orden de eficiencia económica ligados a los compromisos impuestos y/o adquiridos por los Estados gracias a su dependencia crediticia. En el marco de estas últimas obligaciones, la amplia participación ciudadana es un elemento instrumental para estas organizaciones crediticias, pero no necesariamente el centro de sus recomendaciones (Prats, 2001, págs. 103-148).

La vinculación de la gobernanza con el enfoque de desarrollo permitió que estas organizaciones internacionales trasladaran el concepto de gobernanza a los gobiernos de los Estados latinoamericanos en vía de desarrollo³⁰⁶. De esta manera, los Estados asumieron las recomendaciones (e imposiciones) derivadas del enfoque de la Buena Gobernanza, lo que explica no solo la recepción del concepto en Latinoamérica sino también la falta de una definición uniforme acogida por los gobiernos, así como una reflexión situada sobre las implicaciones políticas y jurídicas de la adopción de este modo de gobernanza³⁰⁷.

No obstante la falta de una precisión del concepto de gobernanza en Latinoamérica, lo evidente es que **los programas de gobierno y las diferentes políticas públicas han asumido**

³⁰⁵ En documento más reciente, la OEA (2014, pág. 8) define lo que entiende directamente por gobernanza: “Denominamos gobernanza al conjunto de valores, principios, reglas, órganos y procedimientos que permiten lograr las concertaciones necesarias -entre instancias estatales, el sector privado, las organizaciones intermedias y la sociedad civil -dentro de sus respectivos roles- para viabilizar, plasmar y sustentar la gobernabilidad. La gobernanza democrática requiere ciertos grados de confianza y previsibilidad social, así como espacios de consulta, participación, debate y concertación”.

³⁰⁶ “A lo largo de los 90 va diluyéndose el dogma anterior de la neutralidad política de la cooperación al desarrollo. Crecientemente se acepta la democratización como un objetivo legítimo de desarrollo. Las agencias multilaterales y bilaterales van estableciendo programas de ayuda o cooperación a la democratización. América Latina es un continente privilegiado en este sentido. Especialmente el PNUD América Latina impulsa proyectos de fortalecimiento de la gobernabilidad democrática. Otras Agencias preferirán adoptar como objetivo de su cooperación el concepto más neutral de *governance*, aunque abriéndose progresivamente a los contenidos democráticos” (Prats, 2001, págs. 107-108).

³⁰⁷ En Colombia, tal y como sucedió en los demás países latinoamericanos, el uso de los términos gobernabilidad/gobernanza tiene su origen en la adopción del lenguaje que el Gobierno asumió de las organizaciones internacionales con las que ha mantenido una constante relación. De acuerdo con Launay (2006): “...para disponer de créditos internacionales, el gobierno colombiano debe responder a algunos requisitos de “buena gobernabilidad” impuestos en particular por el Banco Mundial u otras instituciones internacionales como la Unión Europea. Hay que notar en este sentido que el gobierno aplicaría entonces la definición internacional de la gobernabilidad tratando de proponer algunas reformas: lograr más transparencia en los asuntos públicos, luchar contra la corrupción, fortalecer la organización administrativa del Estado”.

el enfoque de la Buena Gobernanza³⁰⁸. Un ejemplo son las políticas relacionadas con el tema ambiental en la región, en las cuales las organizaciones internacionales han tenido una gran influencia, tal como se verá más adelante.

En suma, conforme a la postura de Aguilar (2006, pág.87) puede asumirse que **lo que guardan en común tanto la dimensión descriptiva y propositiva del concepto de gobernanza es la necesidad de la interacción tanto del gobierno como de los actores privados en la toma de decisiones:**

El componente común que enlaza el concepto descriptivo de gobernanza con el normativo es la distinción que establecen respecto del mero actuar del gobierno, connotando que la gobernación de la sociedad implica en las actuales circunstancias más actores que el simple gobierno y que la acción y los recursos de los actores extragubernamentales son una condición necesaria para que la sociedad tenga sentido de dirección y capacidad de producir sus objetivos deseados de convivencia³⁰⁹.

De manera complementaria es conveniente agregar que la teoría de la gobernanza desde su nacimiento no ha buscado reemplazar la tradicional forma de gobernación, al contrario, persigue reequilibrar y complementar aquellos casos en que la acción pública no ha sido eficaz. Es, por esta razón, que la doctrina en la materia ha dejado clara la pretensión de no universalidad de la gobernanza, para afianzar así la perspectiva de complementariedad³¹⁰.

³⁰⁸ En el ámbito colombiano, los últimos cinco planes de desarrollo otorgaron un papel central al fortalecimiento de la gobernabilidad, término que según el período de Gobierno, se identifica con el “Buen Gobierno”, la “Gobernabilidad Democrática” o la “Gobernabilidad para el Desarrollo”. En todos los casos, la participación y la concertación con los actores interesados son fundamentales para la consecución de los fines gubernamentales. En tal sentido, a pesar de no usarse el término gobernanza, se identifica que el sector público es consciente de la necesidad de fortalecer los atributos principales de ésta, como la participación y la concertación, en aras de un modelo de gobernación imprescindible para alcanzar los fines constitucionales de la función pública, por lo menos los documentos de política así lo demuestran, aunque en la práctica no se hayan dado avances significativos de la inclusión de la ciudadanía en asuntos clave como el de la gestión ambiental. La escasa bibliografía sobre gobernanza en Colombia advierte que este concepto es poco usado y que existe un uso más frecuente del término de gobernabilidad, en el que, según la literatura en la materia, algunas veces puede comprenderse el significado de la gobernanza o estar desprovisto de ésta (Launay, 2006). Si bien no se encuentran referencias literales a este último concepto, prefiriéndose el de gobernabilidad, como se citó, los documentos de política si dan cuenta de aspectos centrales de la gobernanza.

³⁰⁹ “La mayor parte de los hacedores y usuarios del concepto destacan como su nota esencial que la conjunción del actuar del gobierno con los agentes del mercado y de la sociedad civil es el hecho observable de cómo se práctica hoy la dirección de la sociedad” (Aguilar, 2006, pág.87). Así el componente esencial de la definición de gobernanza es la interacción la distribución horizontal a partir de la coordinación entre todos los actores participantes: Peters & Pierre (1998, pág. 224), Hewitt (1998, pág. 105), Hill & Lynn (2004, pág. 6), Pettai & Illing (2004, pág. 348), Le Galès (2010, págs. 299-307) y Moreau (2011, pág. 53).

³¹⁰ Al respecto: Aguilar (2006, pág. 15): “La gobernanza incluye a la gobernabilidad, en tanto requiere la acción de un gobierno capaz y eficaz, pues sin esta condición cumplida no existiría una condición esencial para que pueda haber dirección de la sociedad antes y ahora, pero el gobierno competente es sólo uno de los actores

En suma, y adelantando algunas conclusiones, **debe resaltarse el aporte de la gobernanza como un concepto cuya capacidad para explicar la diversidad de fenómenos políticos y sociales ha permitido discutir el modelo de gobernabilidad vertical** –al interior de las Ciencias Políticas- **y proponer un nuevo contexto de estudio de la actividad administrativa que lo fundamenta** – a través de la Teoría de la Dirección y su influencia en el Derecho Administrativo-. Si bien, como se dijo, no puede asimilarse a un concepto jurídico con funciones prescriptivas concretas, lo cierto es que **los planteamientos de la buena gobernanza**, en especial sus principios, tal como se tratará más adelante, **invitan al debate sobre la actualidad y eficacia de la actuación unilateral de la Administración**, sobre todo en ámbitos tan complejos como el de la gestión pública ambiental, por la pluralidad de actores e intereses que intervienen y la incertidumbre sobre los impactos futuros de las decisiones que se adoptan.

III. EL CONCEPTO DE GOBERNANZA EN LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

La gobernanza ha evidenciado la insuficiencia de los mecanismos legales administrativos unilaterales para manejar la crisis ambiental³¹¹. Debido a la complejidad del tema objeto de estudio, el concepto se ha asumido como descriptivo de la interacción de las autoridades y la ciudadanía en la gestión de los diversos componentes ambientales³¹². Así, desde estos

requeridos para una dirección exitosa de la sociedad”; Cerrillo (2005, págs. 17-18): “Las relaciones entre la democracia y la gobernanza se deben plantear desde la perspectiva de la complementariedad y no de la sustitución. Esto significa que los principios democráticos deben inspirar las normas y valores de la gobernanza y que ésta debe permitir promover y potenciar los valores democráticos”; Práts (2005, pág. 171): “No creemos en la gobernanza como sustituto del gobierno, sino en la gobernanza con gobierno, como modalidad de gobernación. La gobernanza no puede diluir sino fortalecer y legitimar la autoridad democrática”; Desde una posición contraria: Mayntz (2005, pág. 92): “Retrospectivamente, sorprende el tiempo que la teoría democrática y la teoría de la gobernanza política (nacional) se han mantenido aisladas”.

³¹¹ En Latinoamérica y el Caribe se ha entendido como gestión pública ambiental “las actividades estatales necesarias para la implementación de las políticas públicas sobre la cuestión ambiental, o el gerenciamiento ecológico”, cuyos componentes principales son: “políticas macroeconómicas, políticas sectoriales, estructura institucional, normativa legal, estructura jurídica, tributaria, la participación de la empresa privada, planificación y financiamiento” (Negret, 2001, pág. 115). En este trabajo nos referimos en concreto a todas las actividades administrativas dirigidas a cumplir el fin constitucional de protección ambiental.

³¹² En este punto es importante resaltar la relación que el concepto de gobernanza ha tenido desde sus orígenes con los asuntos ambientales. Sobre el origen del término Amadeu Solá (2000) llama la atención que en los textos políticos, el término tiene como punto de referencia los documentos originados en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro de 1992, con lo cual se advierte la importancia de la gobernanza en relación con los fines globales de protección ambiental. De igual manera debe tenerse presente que, no obstante su aparición en el discurso político en los años 90, Amadeu Solá (2000) identifica el inicio académico del término en una publicación de 1985 de

componentes, se han elaborado definiciones que conciernen a la gestión de las áreas protegidas o la biodiversidad en general³¹³, el uso del suelo³¹⁴ y la gestión de las aguas³¹⁵, etc. En estas definiciones se destaca la influencia de organizaciones internacionales en materia ambiental tales como el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)³¹⁶, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)³¹⁷ y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)³¹⁸.

A pesar de la multiplicidad de definiciones que buscan adaptarse a aspectos ambientales específicos, se identifican como **elementos comunes de las definiciones** los siguientes: **el**

J.R. Hollingsworth y L.N. Lindberg titulada «The Governance of the American Economy: The Role of Markets, Clans, Hierarchies, and Associative Behaviour» (Hollingsworth & Lindberg, 1985). Posteriormente los mismos autores y J.C.L. Campbell hicieron una segunda publicación considerada una referencia básica: «*The Governance of the American Economy*» (Campbell, Hollingsworth, & Lindberg, 1991).

³¹³ Se deben destacar los estudios que la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN) ha hecho sobre la percepción del concepto de gobernanza ambiental en la Región, incluyendo en su observación a Colombia. En el diagnóstico regional, titulado “Gobernanza de los Sistemas Nacionales de Áreas Protegidas en los Andes Tropicales” se define la *Gobernanza Ambiental* como: “las decisiones (participativas) entre gobierno y sociedad civil que se toman en torno al uso, acceso, normatividad y beneficios generados por los recursos naturales y la biodiversidad” (UICN, 2006, pág. 9). De este concepto se deriva el de gobernanza de las áreas protegidas: “la gobernanza en áreas protegidas se define como los marcos jurídico-institucionales, estructuras, sistemas de conocimiento, valores culturales que determinan la manera en que las decisiones son tomadas, los mecanismos de participación de los diferentes actores y las formas en que se ejerce la responsabilidad y el poder”. La UICN identifica siete elementos que tienen como función identificar el estado de la gobernanza de los sistemas nacionales áreas protegidas. Estos son: marcos jurídico -institucionales; niveles de autoridad e instancias de toma de decisiones; mecanismos de participación; rendición de cuentas y transparencia; tenencia de la tierra y regímenes de propiedad; destrezas y necesidades de capacitación; y sostenibilidad financiera. Sobre la relación gobernanza y biodiversidad ver: Visseren-Hamakers, Leroy, & Glasbergen (2012).

³¹⁴ De acuerdo con la definición de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura), la gobernanza de la tierra “se refiere a las normas, procesos y organizaciones a través de las cuales se toman las decisiones sobre acceso a la tierra y su uso, la forma en que las decisiones son implementadas, y la forma los intereses el interés sobre la tierra son gestionados” (traducción propia). Sobre la misma definición, la FAO precisa que “Esta perspectiva supone un enfoque amplio para abordar el desafío de la administración de los recursos naturales, pues la noción de gobernanza va más allá del gobierno, para involucrar a todos los actores de la sociedad civil” (Sotomayor, 2008, pág. 9).

³¹⁵ “La gobernanza local del agua comprende un paquete de medidas que van más allá de la aprobación de leyes o la creación de instancias nacionales. Una buena gobernanza hídrica está también condicionada por el ejercicio equitativo de los derechos y deberes sobre los recursos por parte de todos los actores sociales y la consideración de los diferentes intereses y poderes sectoriales de los usuarios del agua” (Gentes, 2008, pág. 35). Sobre la gobernanza del agua véase: Allan & Rieu-Clarke (2010); Dellapenna, Gupta, Wenjing, & Schmidt (2013); Baumgartner & Pahl-Wostl (2013); Armitage, 2013; Lennart & Brian (2015).

³¹⁶ El programa de Gobernanza Ambiental tiene como objetivo: “ayudar a los gobiernos en la obtención de información ambiental para la toma de decisiones, en la mejora de la cooperación ambiental mundial y regional, desarrollo y aplicación de la legislación ambiental nacional e internacional, proceder con la implementación nacional y regional de los objetivos ambientales medioambientales, y conectar a los grupos principales y los gobiernos en el desarrollo de políticas y procesos de implementación” (UNEP, 2014).

³¹⁷ La UICN mediante el programa de Gobernanza Ambiental se traza como objetivo: “Promover la aplicación de acuerdos internacionales y regionales, políticas nacionales y principios para mejorar la gobernanza en la gestión de los recursos naturales en América del sur” (UICN, 2014).

³¹⁸ Programa gobernanza de la tierra (FAO, 2014)

énfasis en la participación ciudadana en la toma de decisiones conjuntamente con los actores gubernamentales y el reconocimiento institucional de los espacios en que se desarrolla tal interacción. En particular, es ilustrativa la descripción que de la gobernanza ambiental hacen Barriga, Campos, Corrales & Prins (2007, pág. 5):

Deducimos que la gobernanza ambiental no es un concepto referido exclusivamente al Estado o al sector público, sino que involucra de una forma mucho más compleja a actores políticos, privados y otros actores con influencia en la gestión ambiental a escala de paisaje. No existe una relación de subordinación entre unos actores y otros. Para facilitar la relación entre grupos de actores deben existir arreglos institucionales regulados por reglas y normas. Los actores tienen influencia en la conformación de estos elementos pero, a su vez, las reglas y normas determinan cómo se lleva a cabo la interacción entre grupos.

Al respecto se ha identificado que los espacios de una buena gobernanza ambiental deberían contar con los elementos necesarios para asegurar: la participación y deliberación de la ciudadanía, la representación de intereses, la rendición de cuentas, el empoderamiento y la representación institucional en todos los niveles de decisión (Lebel, y otros, 2006).

En este contexto, la implementación de la gobernanza en los asuntos ambientales ha venido siendo objeto de una amplia promoción global, en la que se destacan los programas de las organizaciones internacionales ambientales antes citadas; la política ambiental de la UE³¹⁹ y las directrices de los diferentes acuerdos multilaterales de medio ambiente³²⁰. En los diferentes ámbitos de influencia local, nacional, comunitario e internacional **estos instrumentos han contribuido a la evolución y fortalecimiento de la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones en asuntos ambientales** como forma más idónea de

³¹⁹ Estas políticas otorgan un lugar primordial a los procesos de intercambio de información y consulta con organizaciones ambientales, expertos e industriales en aras de establecer acuerdos sobre asuntos base para la aplicación de la normativa comunitaria. Nos referimos a los cuatro últimos programas de Acción de las Comunidades Europeas en materia de Medio Ambiente cuyos períodos han sido: Cuarto Programa (1987-1992); Quinto Programa (1992-1999); Sexto Programa (2002-2012) y Séptimo Programa “Vivir bien, dentro de los límites de nuestro planeta“ (2014-2020). Se destaca también la adopción del Convenio de Aarhus que amplió el alcance de la participación en los asuntos ambientales (Consejo de la Unión Europea, 2015).

³²⁰ Entre ellos la Declaración de Estocolmo de 1972, que en su principio 19, consignó la indispensabilidad de una ciudadanía bien informada y la necesidad de la labor educativa ambiental; la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 exhortó a la previsión de garantías para la participación de las personas en la toma de decisiones en materia ambiental; los principios proclamados por la Declaración de Río de 1992, ratificados por la Declaración de Johannesburgo en 2002 y más tarde, en la Conferencia de Río+20 en 2012. Así también lo resaltó el Examen de la gobernanza ambiental dentro del sistema de las Naciones Unidas (Inomata, 2008).

enfrentar los problemas frente a instrumentos más represivos o de comando y control³²¹. **Esta influencia no sólo propone formas y escenarios distintos de toma de decisión individual de la Administración, sino que transforma la propia forma de la decisión unilateral.**

Prueba de ello es la aparición a finales de los años 80 del enfoque de prevención y control integrado de la contaminación (en adelante PCIC) que, como fundamento de la intervención pública de lo ambiental, coincide con el auge de la gobernanza como nueva forma de gobernación. Este hecho evidencia la influencia y la relación que desde siempre las políticas de PCIC han guardado con los principios de la gobernanza; un ejemplo han sido los Programas de Acción de las Comunidades Europeas en materia de Medio Ambiente.

El Cuarto Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de Medio Ambiente (1987-1992), en el acápite sobre las orientaciones de política, contempló como primordiales los instrumentos económicos y de gobernanza para mejorar o mantener la calidad del ambiente, siendo uno de estos instrumentos los *acuerdos con los contaminadores*³²². Durante el Cuarto Programa se destacó la reflexión de las organizaciones con naturaleza investigativa interdisciplinar sobre cómo se deberían tratar los problemas ambientales desde el Derecho. Las primeras iniciativas sobre la materia provinieron de la organización norteamericana “Conservation Fundation” a mediados de los 80.

Según los informes de esta organización, la crisis ambiental requería modificar los métodos contra la contaminación, hasta ahora implementados y evidentemente ineficaces, por un enfoque integral y participativo (Revuelta, 2003, pág. 26). No obstante, la visión del manejo integral de la contaminación fue realmente atendida luego de la presentación del conocido Informe Brundtland, “Nuestro futuro común”, de la Organización de las Naciones Unidas en 1987. A partir de este informe se aprecia un cambio en la concepción sectorial de la intervención ambiental y se toma una conciencia de la dimensión planetaria que caracteriza la protección del medio ambiente.

³²¹ En este sentido, Scott & Trubek (2002, pág. 3) afirman la influencia a nivel global de la gobernanza en la operatividad de las medidas sobre protección ambiental.

³²² Vid. “2.5.1. Para mejorar o mantener la calidad del medio ambiente pueden utilizarse diversas medidas y procedimientos que incluyen, como es lógico, la regulación legal relativa a productos, procesos, emisiones y desechos, así como los diversos instrumentos económicos (tales como impuestos, cargas, ayudas estatales, permisos de vertido transferibles) y acuerdos con los contaminadores. La elección del instrumento o de los instrumentos más adecuados en cada caso particular dependerá de las circunstancias y del marco jurídico y administrativo, así como de la naturaleza del problema de medio ambiente de que se trate” (Subrayado fuera de texto). (Consejo de las Comunidades Europeas, 1987).

Esta nueva consciencia es apoyada por una serie de teorías holistas provenientes de las ciencias ambientales, entre ellas la ecología³²³. A pesar de la dificultad del diálogo entre las disciplinas de las ciencias naturales y las ciencias sociales, como la ecología y el Derecho³²⁴, hacia finales de los años 80 y durante la década de los 90 se desarrolló un gran proceso de reflexión mundial sobre la importancia de incluir en las políticas públicas, acciones de conservación con una perspectiva integral que incluye el enfoque de la gobernanza, esto es, más desde una perspectiva fundamentalmente participativa. En este proceso han influido los resultados de la Cumbre de La Tierra (Río de Janeiro, 1992), de la Cumbre de Johannesburgo de 2002 y de la Conferencia de Río+20 (2012).

Es necesario destacar que fue el Quinto Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible (1992-2000)³²⁵, el primer instrumento que desarrolló el enfoque de la PCIC y el principio de responsabilidad en un ordenamiento jurídico, como lo es el Derecho comunitario. En este Programa se destacó la importancia de los procesos de concertación con agentes económicos y ciudadanos, mediante una nueva

³²³ Con respecto a la integración de otras disciplinas e ideologías que han apoyado una visión global de lo ambiental, el profesor Julio Carrizosa (2001, págs. 18-19) hace un breve recuento de las escuelas de pensamiento más importantes: Citando a Jacques Monod (1971): “Los Holistas franceses proporcionan una definición integralista en la que: ”en último término la palabra *environnement* serviría para describir la sociedad toda: instituciones, cultura, naturaleza, ciudades, hábitat, economía, técnica...”. Con respecto a la izquierda, se cita a Engels quien definiría el ambiente como “el conjunto de interrelaciones entre sociedad y naturaleza sin tener en cuenta las aproximaciones más amplias y refinadas del joven Marx” y los ecólogos sistémicos plantean “el ambiente de un sistema es otro sistema que influye en el sistema considerado y recibe influencia de este”.

³²⁴ Sobre la dificultad para encontrar una visión integrada de lo ambiental por parte del Derecho, tomando los aportes de la ecología, se han expuestos las grandes limitaciones de la relación de estas dos disciplinas: “la ecología reclama unos conceptos globalizadores y unas condiciones evolutivas; el derecho responde con criterios fijos y unas categorías que distinguen segmentos de la realidad. La ecología habla en términos de ecosistema y de biosfera, el derecho responde hablando de mojones y fronteras; la primera despliega el tiempo largo, a veces muy largo, de sus ciclos naturales, el segundo impone el ritmo corto de las previsiones humanas. He ahí el dilema: o el derecho del medio ambiente es obra de juristas, y entonces no consigue captar últimamente unos datos demasiado complejos y variables; o se deja al experto que redacte la norma, y entonces el jurista se niega a reconocer a ese hijo bastardo, a ese «derecho de ingeniero», repleto de cifras y de definiciones inciertas, acompañado de listas interminables e incesantemente revisadas. No basta dirá el jurista decepcionado, con añadir algunas disposiciones penales a una norma puramente técnica para hacer obra de auténtico legislador” (Ost, 1996, págs. 91-92).

³²⁵ “Dado que los objetivos y metas presentados en el Programa, así como la finalidad última, el desarrollo sostenible, sólo pueden alcanzarse mediante una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán cooperar entre sí, el Programa combina el principio de subsidiariedad con el concepto, más amplio, de responsabilidad compartida. Este término implica no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de otro, sino, más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en los niveles adecuados, sin poner en cuestión la división de competencias entre la Comunidad, los Estados miembros, las autoridades regionales y las locales. En el caso de un objetivo o problema concreto, el énfasis (actores e instrumentos) recaerá sobre el nivel comunitario/nacional/regional, y el caso de otro, sobre el nivel regional/local/sectorial o el de empresas/público en general/servicios”. (Subrayado fuera de texto). Primera parte, capítulo 8. (Consejo de las Comunidades Europeas, 1993).

estrategia a favor del ambiente, cuyo centro estaría dado por la integración de todos los agentes, niveles de decisión y en general, todos los instrumentos normativos y de política a fin de prevenir la degradación ambiental³²⁶.

En la misma vía, el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea ratificó el enfoque integral expuesto en el Quinto Programa, al asumir el “enfoque estratégico” según el cual se deben superar las medidas meramente legislativas para involucrar a todos los actores, entre ellos los agentes económicos, en la toma de decisiones a través de diferentes instrumentos que influyeran de forma positiva los modelos de producción y consumo (Agudo, 2004, pág. 318)³²⁷.

Los anteriores instrumentos de política ambiental comunitarios evidencian la paulatina transformación del enfoque con base en el cual los Estados deben formular y aplicar mecanismos de protección ambiental. Indudablemente, **los documentos citados presentan un gobierno proactivo, menos impositivo y más incluyente de todos los actores interesados en la toma de decisiones que conciernen a la materia ambiental.**

Por su parte, en Latinoamérica y el Caribe un grupo de Estados ha venido trabajando por la formulación de un instrumento regional que fortalezca la gobernanza ambiental en la región³²⁸. Esta iniciativa surgió a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), realizada en Río de Janeiro en junio de 2012, en la que se adoptó la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el

³²⁶ Durante este Programa fue aprobada la Directiva 96/61/CE -Relativa a la prevención y control integrados de la contaminación- el 24 de septiembre de 1996. Esta Directiva incorpora los objetivos y principios de la política comunitaria sobre medio ambiente, entre los cuales destacan: “el favorecer los cambios de comportamiento social, mediante un compromiso entre todos los interesados (autoridades públicas, ciudadanos, consumidores, empresas, etc.)” y el “establecimiento de un reparto de responsabilidades” (Consejo de la Unión Europea, 1996). Como se aprecia, los principios de la buena gobernanza inician su tránsito hacia el Derecho positivo europeo a través del impulso de las políticas y sin duda, debido a la tendencia de la época hacia el desarrollo de la gobernanza ambiental global, alentada por la Cumbre de Río de 1992.

³²⁷ De acuerdo con la doctrina, el primer instrumento normativo comunitario que consigna los acuerdos medioambientales fue la Directiva del Consejo 85/339/CEE (DOCE L 176, de 6 de julio de 1985) relativa a los envases para los alimentos líquidos [derogada por la Directiva 94/62/CE (DOCE L 365/10, de 31 de diciembre de 1994)]. En esta Directiva se establecía la posibilidad a los Estados de diseñar medidas, entre ellas establecer acuerdos para alcanzar los objetivos de “reducir el impacto de los envases usados sobre el medio ambiente y fomentar la reducción del consumo de energía y de materias primas”. Ver al respecto: Plaza (2002, pág. 292).

³²⁸ En la Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10, llamada “Visión de Lima”, los países reunidos reconocen que un acceso adecuado los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales es esencial “para la gobernanza de los recursos naturales en la región y contribuye a la promoción del diálogo entre autoridades y ciudadanos en la gestión de los recursos naturales” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL-, 2015, pág. 2).

Medio Ambiente y el Desarrollo. En esta declaración, los firmantes se comprometen a implementar un plan de acción “con el apoyo de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) como secretaría técnica, para avanzar en la consecución de un convenio regional u otro instrumento para avanzar en la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia en asuntos ambientales.” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2015).

En el ámbito colombiano, aunque no exista para la región un instrumento obligatorio en materia de gobernanza ambiental, es evidente la influencia de ésta en la toma de decisiones. Así lo confirman los casos sobre gobernanza en la conservación de la biodiversidad citados desde el inicio de este trabajo, en particular, los procesos de conformación y celebración de acuerdos en el marco de los Memorandos de Entendimiento –Mde- y los Acuerdos de Régimen Especial de Manejo de áreas protegidas –REM-. Claramente se trata de instrumentos de gobernanza ambiental, en la medida que la autoridad ambiental asume la coordinación y promoción de acuerdos entre una diversidad de actores, propiciando los espacios institucionales de interacción y participación; es más, si bien no existe una regulación jurídica sobre los efectos vinculantes de los compromisos asumidos, éstos se adoptan por las partes a partir de la conformación de órganos *ad hoc* para su verificación.

Con esta nueva perspectiva de gobierno, los instrumentos de comando y control pierden parte de su importancia cediendo espacio a otras propuestas basadas fundamentalmente en procedimientos participativos que invitan a formas de cooperación con los particulares. Este radical cambio, que venía ya insinuándose en otros foros como el de los ecologistas, tiene su principal causa en las reflexiones que, paralelamente al desarrollo de las políticas ambientales, se hacían sobre las formas de gobernación tradicionales y su ineficiencia para tratar los problemas sociales reflejados en las crisis económicas mundiales.

Desde aquí surgen los planteamientos de la gobernanza como una propuesta fundamental para la gestión pública de los asuntos ambientales. Los planteamientos de la gobernanza ambiental se expandirán más allá de las propuestas del ordenamiento comunitario europeo, a través de los diferentes Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente y los programas de las diferentes organizaciones internacionales ambientales. De esta manera, vendrá a coadyuvar la formulación de los objetivos de las políticas ambientales y el diseño de nuevos mecanismos de actuación administrativa en Latinoamérica y en especial, en países como Colombia.

IV. EL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE GOBERNANZA

Habiendo señalado la importancia que la gobernanza ha asumido como concepto en el contexto político, es necesario identificar su contenido a los efectos útiles del análisis jurídico. Sobre este asunto existen diferentes posiciones doctrinales y diversas formas de entender los “modos” en que se manifiesta en la práctica la gobernanza.

Según Treib, Holger y Falkner (2005, pág.5) se identifican por lo menos tres dimensiones desde las cuales se puede entender el concepto de gobernanza: como modelo de gobierno u organización política (*polity*)³²⁹; como una forma de dirigir los asuntos públicos (*politics*)³³⁰; o como una forma de asumir el proceso de formular políticas públicas (*policy/policy-making*)³³¹. No obstante, frente a estas tres dimensiones Treib, Holger y Falkner (2005, pág.6) sostienen que es posible establecer una noción restringida de gobernanza como **una forma de gobierno no jerárquica que involucra actores públicos y privados en la toma de decisiones.**

En el mismo sentido, Scott y Trubek (2002, pág. 5-6) afirman que si bien no existe un concepto único de gobernanza es posible distinguir ciertas características que la diferencian de la forma tradicional y jerárquica de gobierno. Estas características incluyen **la ampliación de la participación de la sociedad civil en la formulación de políticas públicas y en la regulación jurídica; la coordinación de acciones entre varios niveles de gobierno y actores privados; la promoción de la deliberación ampliada como la mejor forma de resolver los problemas; la opción por reglas más flexibles y revisables como el *soft law*; y la experimentación y creación de nuevo conocimiento gracias a los mecanismos de**

³²⁹ Se citan tres modos de gobernanza: jerarquía versus mercado; autoridad central versus autoridad dispersa e interacciones institucionalizadas versus interacciones no institucionalizadas (Treib, Holger, & Falkner, 2005, pág. 9).

³³⁰ La gobernanza es considerada como un sistema de toma de decisiones que permite involucrar diferentes tipos de actores públicos y privados (Treib, Holger, & Falkner, 2005, pág. 8).

³³¹ En esta dimensión los modos de gobernanza se identifican como: obligatoriedad legal *versus soft law*; implementación rígida *versus* implementación flexible; presencia *versus* ausencia de sanciones; regulación material *versus* regulación procesal; y normas fijas *versus* normas maleables (Treib, Holger, & Falkner, 2005, págs. 7-8).

deliberación y coordinación en los diversos niveles de gobierno local, nacional, regional, y comunitario³³² etc.

En esta línea, la gobernanza puede ser entendida como “una nueva forma de gobernar distinta del modelo de control jerárquico, un modo más cooperativo en el que los actores públicos y privados participan en redes mixtas público-privadas, y toman sus decisiones en consenso” (Cerrillo, 2005, pág.12; Mayntz, 2003, pág. 27).

Desde un enfoque más centrado en lo procedimental, esto es, como un mecanismo de deliberación, Ibarra Güell (2011, pág. 134) describe la gobernanza como un espacio público en el que confluyen tanto actores colectivos, como también ciudadanos no organizados, para deliberar con representantes de organizaciones políticas o autoridades administrativas sobre políticas públicas y se toman decisiones³³³. Así lo explica el citado autor:

La gobernanza supone una respuesta a la incorporación de nuevas issues temáticas a los espacios decisorios; incorporación que genera nuevas complejidades decisorias. La gobernanza supone la descentralización y fragmentación de los espacios decisorios tradicionales. Supone así –una nueva complejidad añadida– que determinados problemas colectivos deben ser resueltos «construyendo» nuevas redes de actores institucionales, políticos y sociales, configuradoras de espacios decisorios ad hoc. (Ibarra Güell, 2011, pág. 254).

Las características de este espacio de deliberación³³⁴, según el autor, se concretan en que la iniciativa de su conformación está en las instituciones gubernamentales; por tanto, este

³³² Cada vez más se impone el concepto de red para gestionar los asuntos ambientales. Se entiende por red “estructuras de interdependencia que implican a múltiples organizaciones. Presentan cierta estabilidad estructural e incluyen, aunque van más allá, únicamente enlaces formales” (Laurence & O’toole, 2005, pág. 247) en el marco de estas estructuras se toman decisiones políticas y administrativas que antes estaban reservadas exclusivamente a la Administración (Natera, 2005, págs. 766-768). “Más concretamente, las redes incluyen empresas cooperativas entre agencias, estructuras de gestión de programas intergubernamentales, contratos complejos y patneriados público- privados. También incluyen sistemas de prestación de servicios que dependen de grupos de proveedores, entre los que se pueden encontrar agencias públicas, empresas privadas, ONG o, incluso, grupos de voluntarios, todos ellos relacionados por la interdependencia y algún programa de intereses compartidos”. En el mismo sentido, Laurence & O’toole (2005, pág. 247): “Es poco frecuente encontrar un sector de políticas públicas, unidad gubernamental u oficina administrativa que no esté afectada por una estructura entrelazada y una rutina que se extiende más allá de la propia agencia”. El concepto de red también se ha tomado como un nuevo mecanismo de la rendición de cuentas (Bignami, 2011).

³³³ “El espacio de gobernanza incorpora grupos sociales y políticos no en el poder, que deliberan junto con gobernantes sobre determinadas políticas públicas, que suelen ir más allá del nivel local” (Ibarra Güell, 2011, pág. 134). El concepto de red explica también estos espacios, como lo expone Cerrillo (2012, pág. 136): “las redes de gobernanza son estructuras en red en las que prima la cooperación y la suma de esfuerzos entre instituciones públicas, actores sociales y actores económicos, por encima de la toma y aplicación unilateral de decisiones por parte de los poderes públicos o el recurso a la prestación de servicios por el mercado”.

³³⁴ Ibarra Güell (2011, pág. 98) define espacio público deliberativo como: “El espacio público es ese territorio real o virtual en donde han quedado fuera las posiciones y los prejuicios previos de lo ciudadanos...es ese «sitio»

espacio es más estable y regular que otros procesos de participación ciudadana³³⁵; se integran nuevos actores sociales además de los políticos-institucionales tradicionales; de esta manera, se identifica la existencia de un interés institucional por otorgar una mayor presencia decisiva a los actores sociales³³⁶; por último, no se trata de “una genérica nueva forma de gobernar sino tan solo de una forma de establecer específicas políticas públicas a través de la participación de organizaciones sociales en todo o parte del proceso decisorio de esas políticas públicas” (Ibarra Güell, 2011, pág. 255).

Como se ha descrito hasta aquí, la doctrina sobre la gobernanza reconoce la diversidad de dimensiones de ésta y, por tanto, los diferentes rasgos definitorios existentes según sea el contexto político, jurídico y social en el que se estudie. En consecuencia, puede afirmarse que se trata de un concepto en constante construcción sin pretensiones de universalidad o abstracción dada la necesidad de su relación con la realidad que pretende explicar e intervenir.

Ahora bien, en este orden de ideas, la misma literatura revisada acepta que **existen unos atributos esenciales de la gobernanza** que la identifican y a partir de los cuales se construyen sus diferentes dimensiones. Tales atributos, también ya citados, serían la interacción entre actores públicos y privados³³⁷, la generación de reglas flexibles que propician una amplia interacción y la disposición de los espacios institucionales especiales para la construcción de acuerdos.

en donde se ignoran esas preferencias prefijadas; en donde a través de la deliberación se definen y redefinen esos intereses, esas identidades, esa voluntad política, individual y colectiva ciudadana”.

³³⁵ Existe un espacio estable cuando se encuentra institucionalizado, por ejemplo, como parte de una estrategia de una política pública, como es el caso de las agendas intersectoriales de la Política de Producción y Consumo Sostenible colombiana, sobre este tema se volverá en el Capítulo 5. En específico Ibarra Güell (2011, pág. 255) lo explica como: “aquellas situaciones en las que determinados actores colectivos sociales comparten junto con representantes de la administración un espacio estable de establecimiento de agenda, o debate de propuestas, o debate sobre resoluciones, o implementación o evaluación de determinadas políticas públicas (o todas o algunas de estas fases). Y cuando el resultado de tales deliberaciones, es en mayor o menor medida asumido en la resolución gubernativa correspondiente”. En igual sentido, y refiriéndose al ejercicio de redes, Cerrillo (2013, pág. 12): “La gobernanza se produce en entornos más o menos estables donde se institucionaliza la interacción y que son conocidos como redes de políticas públicas”.

³³⁶ “Y esa voluntad, ciertamente en ocasiones, puede ser una respuesta a la presión social, pero también es cierto que en muchas ocasiones existe un deseo explícito de dar mayor protagonismo en el proceso decisorio a esos actores sociales. Porque se cree que los ciudadanos también deben estar presentes en las decisiones políticas, o porque se cree que así es una forma de lograr una mayor legitimidad política o simplemente porque se piensa obtener una mayor funcionalidad en los procesos de implementación de políticas públicas” (Ibarra Güell, 2011, pág. 255). Un enfoque crítico sobre la gobernanza indica que esta puede devenir en la imposición de los intereses institucionales de una “élite” sobre la ciudadanía, como un proceso de arriba hacia abajo (Bevir, 2006, pág. 426).

³³⁷ La interacción entre todos los actores políticos se refiere tanto a los actores públicos como privados, los actores públicos entre sí e incluso entre los distintos niveles de gobierno.

De la misma manera, es viable deducir la dificultad de establecer unas fórmulas concretas, a modo de “reglas de juego”, a partir de las cuales se puedan establecer los tipos de interacciones entre actores públicos y privados que se ajustan a una definición general de gobernanza. Esto se debe a que la gobernanza explica un modelo de dirección de los asuntos públicos basado en el diálogo, en el cual sus participantes crean y concertan las reglas de su interacción. Es, tal vez, por esa razón, que el contenido fundamental de la gobernanza lo constituye un conjunto de principios mínimos orientadores de la interacción de los participantes en un proceso de toma de decisión (Cerrillo, 2005, págs. 19-20; Prats, 2005b, pág. 170)³³⁸.

La doctrina coincide en que si bien existen unos principios básicos de buena gobernanza, su denominación y contenido no es universal, dado que dependen del contexto socio-jurídico en el que operan (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010; Chiti, 1995). Es, por ello, que la literatura académica en la materia no formula un inventario de principios, sino que en cambio se prefiere la cita de algunos básicos con una explicación general³³⁹.

Como se ha podido mostrar, la identificación de principios de buena gobernanza ha tenido origen, particularmente, en el seno de organizaciones internacionales o supranacionales, las cuales promueven reformas en los modelos de gobernación con el objeto de alcanzar su adaptación a las necesidades sociales. Este es el caso de la Comisión de las Comunidades Europeas a través de la expedición del Libro Blanco³⁴⁰, la Organización de las Naciones Unidas y diferentes organizaciones internacionales como el Banco Mundial y las organizaciones de cooperación internacional en materia ambiental. Cada uno de los catálogos

³³⁸ Al respecto deben citarse las consideraciones de Aguilar (2010, pág. 66) sobre la imposibilidad de formular principios universales para la formación de acuerdos: “En los hechos, la dinámica de la formación del consenso entre los participantes en la elaboración de la gobernanza será variable según los intereses que los mueven, las situaciones que abordan en contextos particulares y, sin embargo, es acaso posible identificar ciertos elementos constantes, que podríamos llamar optimistamente lineamientos de la formación de acuerdos. De todos modos parece temerario y aun imposible estar en grado de formular reglas o principios universales de formación del acuerdo entre participantes situados en diversas circunstancias sociales y con planteamientos diversos, cambiantes y frecuentemente antagónicos. Más aún es muy probable que este asunto crucial no sea soluble enteramente con los métodos de la ciencia y técnica y deba incluir una dimensión *ética* de la política y del gobierno, que en los asuntos públicos es exigible, pero que es también debilitada por el comportamiento estratégico utilitarista que practican sus protagonistas”.

³³⁹ En este sentido: Cerrillo (2005); y Prats (2005b; 2005a, págs. 146-147).

³⁴⁰ Debe mencionarse que el Libro Blanco aspiró a que sus principios pudieran ser aplicados fuera de los límites comunitarios (Europa-Fundación Galicia, 2001, pág. 10): “No sólo son la base de la democracia y el Estado de Derecho en los Estados miembros, sino que pueden aplicarse a todos los niveles de gobierno: mundial, europeo, nacional, regional y local”

de principios de buena gobernanza enunciados por las citadas organizaciones responde al contexto social en el que poseen influencia política, de acuerdo con las finalidades y condiciones institucionales que la organización desea promover.

Conforme a la propuesta doctrinal, se acude a una clasificación general de principios básicos como participación, transparencia, rendición de cuentas y eficacia, con el objeto de intentar una selección de preceptos esenciales y orientadores de la buena gobernanza que permita, como se mostrará más adelante, hacer puentes con el análisis jurídico-dogmático que se propone en este trabajo. Del mismo modo, se pone de manifiesto que en su aplicación los principios son interdependientes, no se puede aislar el estudio y la eficacia de cada principio en la práctica sin reconocer que cada uno de sus elementos colabora entre sí para alcanzar la buena gobernanza³⁴¹.

En el **Cuadro 1** se presenta una selección de principios básicos construida a partir de documentos de diferentes organizaciones. Los principios citados y la aproximación a un contenido básico se construyó con base en la similitud que guardan en cada uno de los documentos revisados. A continuación, se pretende una mención de tales principios según la integración de distintas fuentes. Debe reiterarse que el propósito es exclusivamente académico y con el ánimo de encontrar coincidencias entre las diferentes propuestas, de modo que con ello no se persigue la imposición de un catálogo principial universal. Sobre éstos se volverá más adelante a fin de encontrar su integración en el ámbito jurídico y los subsiguientes efectos que ello acarrea.

³⁴¹ Al respecto Allan & Rieu-Clarke (2010, pág. 242) consideran la interdependencia entre por ejemplo principios de rendición de cuentas, transparencia y participación, siendo que tales principios pueden garantizarse solamente con la concurrencia de todos los interesados en condiciones institucionales apropiadas para la participación.

Cuadro 1. Principios de gobernanza según organizaciones internacionales.

Documento / Principio	Libro Blanco	Banco Mundial	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
Participación	<ul style="list-style-type: none"> -Inclusión de la ciudadanía en cada una de las fases de las políticas públicas. -Busca generar mayor confianza en las políticas y sus instituciones de las que emanan las políticas. -Necesidad de un enfoque integrador de las Administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la UE³⁴². 	<ul style="list-style-type: none"> -Permite el conocimiento de las personas afectadas sobre los planes de desarrollo. -Refuerza la rendición de cuentas. -Permite el debate y negociación de la ciudadanía sobre proyectos y políticas públicas. - Mejorar el flujo de información, la rendición de cuentas y el debido proceso³⁴³. 	<ul style="list-style-type: none"> -Todos los hombres y mujeres deben tener voz en la toma de decisiones, ya sea directamente o a través de instituciones intermedias legítimas que representen sus intereses. Esa amplia participación se basa en la libertad de asociación y de expresión, así como en la capacidad de participar de manera constructiva. 	<ul style="list-style-type: none"> -Diálogo social y acuerdos colectivos sobre los objetivos y estrategias de gestión de áreas protegidas sobre la base de libertad de asociación y expresión sin discriminación en función de género, etnia, modos de vida, valores culturales u otras características.
Transparencia	<ul style="list-style-type: none"> -Las Instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y 	<ul style="list-style-type: none"> -Asegura el acceso a la información. -Es un requisito previo para el éxito de la participación de los beneficiarios en el diseño y ejecución de programas.³⁴⁵ 	<ul style="list-style-type: none"> -La transparencia se basa en el libre flujo de información. -Acceso directo a los procesos, las instituciones y la información por parte de los 	<ul style="list-style-type: none"> - Asegurar que toda la información relevante esté disponible para los grupos implicados.

³⁴² “**Participación**. La calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas. Una participación reforzada debería generar una mayor confianza en los resultados finales y en las Instituciones de las que emanan las políticas. La participación depende esencialmente de la adopción de un enfoque integrador de este tipo por parte de las Administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la UE” (Europa-Fundación Galicia, 2001, pág. 4).

³⁴³ “La participación es intrínseca a la buena gobernanza. De hecho, el desarrollo participativo puede ser pensado como una reflexión a nivel local de la buena gobernanza. Las medidas a nivel nacional para mejorar la eficacia y eficiencia del Patronato tiene paralelos directos en el nivel micro también. La transparencia permite a las personas afectadas por los planes de desarrollo conocer las opciones disponibles para ellos. La rendición de cuentas de las estructuras de gobierno y de los funcionarios de organizaciones locales (por ejemplo, los consejos y comités de aldeas civiles) refuerzan en el nivel macro la rendición de cuentas. El debido proceso de audiencias públicas y consulta a nivel local asegura que las personas afectadas por las actividades de desarrollo puedan expresar su preocupación, debatir alternativas, y negociar una compensación. Finalmente, la efectiva voz de la población local, en particular los pobres, se puede aumentar mediante reformas de las políticas a nivel nacional que permitan una mayor libertad para unirse a las organizaciones no gubernamentales, sindicatos y otros organismos para comprender mejor e influenciar decisiones que les afectan. Así la participación pública ayuda a mejorar el flujo de información, la rendición de cuentas, el debido proceso, y por lo tanto mejora la gestión del sector público” (World Bank -WB-, 1994, págs. 42-43).

Documento	Libro Blanco	Banco Mundial	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
Principio	sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar un lenguaje que resultara accesible para el público en general ³⁴⁴ .		interesados y provisión suficiente de información para su comprensión y monitoreo.	
Rendición de cuentas	-Las Instituciones de la UE deben explicar su acción en Europa y asumir la responsabilidad -Mayor y responsabilización de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles. ³⁴⁶	Responsabilidad de los gobiernos por sus acciones. -Implica la descentralización, la participación y la competencia, lo que permite a la ciudadanía influir en la calidad y cantidad de un servicio. ³⁴⁷	-En la toma de decisiones las organizaciones gubernamentales, el sector privado y la sociedad civil son responsables ante el público, así como ante las instituciones interesadas. Esta rendición de cuentas varía en función de la organización y si es interna o externa a una organización.	-Tener claras líneas de responsabilidad y asegurar la información y comunicación adecuadas de todos los grupos implicados acerca del cumplimiento de sus responsabilidades

³⁴⁵ “Los temas de la transparencia y la información impregnan el buen gobierno y reforzar la rendición de cuentas. El acceso a la información para los diferentes actores del mercado es esencial para una economía de mercado competitiva. Transparencia mejora tanto la disponibilidad como la exactitud de la información de mercado y por lo tanto reduce los costos de transacción... Además, la transparencia es un requisito previo para el éxito de la participación de los beneficiarios en el diseño y ejecución de programas” (World Bank -WB-, 1994, pág. 29).

³⁴⁴ Este principio en el Libro Blanco se conoce como el principio de apertura (Europa, Fundación Galicia, 2001, pág. 11).

³⁴⁶ El principio de rendición de cuentas puede asimilarse al principio de responsabilidad del Libro Blanco: “**Responsabilidad.** Es preciso clarificar el papel de cada uno en los procesos legislativo y ejecutivo. Cada una de las Instituciones de la UE debe explicar su acción en Europa y asumir la responsabilidad que le incumbe. Pero también se precisa una mayor claridad y una mayor responsabilización de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles” (Europa-Fundación Galicia, 2001, pág. 4).

³⁴⁷ “la rendición de cuentas está en el corazón de un buen gobierno y tiene que ver con gobiernos responsables de sus acciones” (World Bank -WB-, 1994, pág. 13).

Documento Principio	Libro Blanco	Banco Mundial	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza
Eficacia	Implica medidas oportunas dirigidas por objetivos claros. La aplicación de las políticas de la UE sea proporcionada y en el nivel adecuado. ³⁴⁸		Los procesos e instituciones deben producir resultados que satisfagan las necesidades al hacer el mejor uso de los recursos. ³⁴⁹	Conservar eficazmente la biodiversidad a la vez que responder a las preocupaciones de los grupos de interés y realizar un uso inteligente de los recursos. ³⁵⁰

Como se desprende del Cuadro 1, **entre los principios de la buena gobernanza y los principios jurídicos de la actividad administrativa se encuentran similitudes en la denominación, los sujetos y los ámbitos de acción a los cuales se dirigen**³⁵¹. No obstante, **la diferencia entre ellos radica en que los primeros enfatizan la interacción de los actores presentes, públicos y privados, y las condiciones institucionales idóneas para alcanzar acuerdos.**

El profesor Cerrillo (2005, pág. 19) insiste en que los principios de la gobernanza involucran la relación de todos los actores que intervienen en la toma de decisiones y no solamente toman en cuenta a los gobernantes como sucede con los principios jurídicos. En consecuencia, los principios de la buena gobernanza orientan procesos participativos en los que se cumplan los siguientes requisitos: “que estén todos los actores que han de estar, cada uno de ellos asumiendo el rol que les corresponde; los actores tengan las condiciones necesarias y suficientes para poder tomar las decisiones que les correspondan; y se puedan tomar decisiones” (Cerrillo, 2005, pág. 19). Con lo anterior es claro que la gobernanza no

³⁴⁸ “**Eficacia**. Las medidas deben ser eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia acumulada. La eficacia requiere también que la aplicación de las políticas de la UE sea proporcionada y que las decisiones se tomen al nivel más apropiado” (Europa-Fundación Galicia, 2001, pág. 4)

³⁴⁹ Traducción propia del Documento de Política: “Governance for sustainable human development” (United Nations Development Programme, 2014, pág. 5).

³⁵⁰ En materia ambiental, entre las organizaciones internacionales, es la UICN quien ha hecho un estudio a profundidad de las principios de la buena gobernanza y su aplicación especial en el ámbito ambiental, en especial en el tema de las áreas protegidas (UICN, 2014; Graham, Amos, & Plumptre, 2003).

³⁵¹ Incluso ya con recepción en del Derecho positivo. Así, el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo colombiano- CPACA- (Ley 1437 de 2011) establece como principios de la actividad administrativa, entre otros, la participación, la eficacia, la transparencia y la responsabilidad -rendición de cuentas- (Congreso de la República, Ley 1437 de 2011, 2011).

busca el reemplazo de la gobernabilidad, al contrario, su objetivo es complementarla allí donde ésta encuentra sus fallas. Es, por tal razón, que su objetivo primordial es fortalecer el gobierno democrático.

Esta función dirigida al fortalecimiento del gobierno democrático, para efectos de la investigación dogmática, se puede apreciar claramente en la utilidad que los principios de la buena gobernanza poseen como criterios que complementan las funciones interpretativa y heurística de los principios jurídicos (Díez Sastre, 2015, pág. 120), en tanto le confieren a estos últimos, nuevos elementos del contexto social a tener en cuenta. De una manera más gráfica, la interpretación de la actividad administrativa a partir de los principios jurídicos, *v. gr.*, la participación y la rendición de cuentas, se limita a una percepción “unidireccional” o centrada en la Administración, sin tener en cuenta la influencia y aportes de los procesos de interacción de ésta con la ciudadanía, lo que deja un amplio espacio de acción administrativa fuera de su alcance. Téngase en cuenta la concertación informal de la Administración con comunidades étnicas o los sectores productivos en la discusión de mega proyectos o actividades de conservación ambiental, si la mirada de los principios permanece en la Administración, éstos pierden su capacidad para interpretar debidamente el alcance y consecuencias jurídicas del reparto de responsabilidades asumido a partir de la firma de compromisos conjuntos.

En el caso de la consulta previa, los convenios de producción más limpia, o las estrategias de conservación –Mde y REM-, ante la falta de regulación jurídica, son los principios los llamados a actuar como criterios orientadores de la toma de decisiones. Así, el principio de participación es útil no sólo para indicar el deber de la Administración de entregar información oportuna y veraz a la ciudadanía, sino también para orientar cómo la información y conocimiento entregado por la ciudadanía en los espacios participativos, involucra a la Administración y constituye un importante insumo para la toma de decisiones³⁵². Cabe

³⁵² La jurisprudencia constitucional colombiana en materia de consulta previa es un buen ejemplo de la interiorización de los principios de la buena gobernanza, inspiradores del Convenio 169 de la OIT, en la interpretación jurídica en ámbitos sin regulación expresa de la actuación administrativa. En la Sentencia SU-039 de 1997, anterior a la reglamentación de la consulta previa a comunidades étnicas en licencias ambientales por medio del Decreto 1320 de 1998, la Corte Constitucional interpretó el principio de participación, buena fe y eficacia más allá de lo consignado en la legislación administrativa a la luz del Convenio 169 de la OIT. Cabe citar lo dicho por la OIT con respecto del Convenio: “El espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones. El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que

mencionar que, por lo general, en los procesos de concertación informal, la participación ambiental adopta un matiz distinto con respecto a los mecanismos regulados, en tanto que estos últimos se ponen en práctica a partir de la iniciativa de los ciudadanos. En cambio, en los espacios de diálogo informal, la Administración no es un actor pasivo que debe responder a lo solicitado por los interesados, al contrario, es ella quien convoca, promueve y coordina los procesos participativos. En otras palabras, **se va más allá de lo que la Ley -en el ordenamiento colombiano- ha entendido como participación ambiental, y se corresponde más con lo que la teoría de la gobernanza concibe por participación**³⁵³.

Al respecto es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana cuando al referirse al campo de acción del principio democrático señala su carácter universal y expansivo, con lo que resalta la relación estrecha entre los principios y la realidad para encauzar los conflictos sociales e, incluso, para fortalecer su capacidad de aplicación a nuevos ámbitos donde son pertinentes que, en el caso de esta investigación, bien podría ser en el ámbito de la actuación informal de concertación. En palabras de la Corte Constitucional (Sentencia C-089 de 1994, 1994):

estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan. *Los principios de consulta y participación en el Convenio núm. 169 no se relacionan únicamente con proyectos de desarrollo específicos, sino con cuestiones más amplias de gobernanza, y la participación de los pueblos indígenas y tribales en la vida pública*” (Organización Internacional del Trabajo, 2015). En la Sentencia SU-039 de 1997 (1997), la Corte ordenó a la Administración la coordinación y vigilancia de procesos de consulta que deben ir más allá de la simple información y asistencia a audiencias públicas por las comunidades, y que de no darse libremente un acuerdo entre la comunidad y los dueños del proyecto, la autoridad ambiental debe adoptar una decisión motivada que incluya los argumentos de la comunidad: “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

³⁵³ Véase los mecanismos de participación ambiental de la Ley 99 de 1993 artículo 69 y siguientes. Estos mecanismos son en su totalidad a iniciativa de la ciudadanía, y si bien amplían la participación en ámbitos administrativos en los que la legislación general no habilita la intervención, no obligan a tomar en consideración los aportes de los ciudadanos en la decisión final. Sobre estos mecanismos se tratará en el Capítulo 3.

El principio democrático que la Carta prohíja es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción. La interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de primar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito.

Nótese que los elementos universal y expansivo conectan al principio democrático directamente con el contexto social y político, resaltando el carácter dinámico y la función de los principios de adaptación del Derecho positivo. En palabras de Heller (1942, pág. 248), tal ajuste “se realiza gracias a los principios jurídicos cambiantes, que vienen a ser la puerta por donde la realidad social valorada positivamente penetra a diario la normatividad estatal”. En otras palabras, **el contenido dinámico de los principios jurídicos se nutre del conocimiento social y político en un contexto concreto. Este conocimiento se halla especialmente en las ciencias políticas, en el caso del objeto bajo estudio, en la síntesis teórica que del contexto socio-político ha hecho a través de la formulación de los principios de la buena gobernanza, ilustrando la existencia y cada vez más relevante actividad de concertación informal de la Administración como base de la toma de decisiones.** Sobre el tema se volverá más adelante al tratar la gobernanza como concepto clave.

B. LA FUNCIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO OBJETO DE UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

El estudio anterior sobre la gobernanza, en su dimensión descriptiva, puso de presente que gracias a las crisis económicas de finales del siglo XX, se vienen propiciando cambios en las formas de gobernación política. Estos cambios, como se expuso, dicen sobre una mayor

participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y una tendencia de las Administraciones públicas a crear espacios de diálogo y concertación. De igual manera, los citados cambios identificados y estudiados por la teoría de la gobernanza, coinciden con la transición del Estado Liberal al llamado Estado Social de Derecho. Modelo estatal, en el que el ciudadano adquiere una mayor participación directa en la toma de decisiones y en el que se prioriza el rol activo de la Administración, en tanto su capacidad para dirigir los cambios sociales necesarios para el cumplimiento de los fines proclamados en los textos constitucionales. En consecuencia, la Administración se transforma en un sujeto de dirección al que se le impone una labor eficaz y, por consiguiente, el conjunto de normas que concretan su actividad debe corresponder en su texto, interpretación y aplicación con este mandato³⁵⁴.

En el caso particular del Derecho Ambiental, la Administración ha asumido una actitud más participativa y concertadora de sus decisiones. Este cambio de actitud se evidencia en un gran número de normas que incluyen mecanismos participativos en instancias administrativas y actuaciones de la Administración que promueven el diálogo y la concertación ciudadana, en salvaguarda del fin jurídico de la protección ambiental (*Vid.* Cap. 2.E). Mientras los citados cambios de paradigma se suceden tanto en las Ciencias Políticas y de la Administración, como en la Teoría del Estado, el Derecho Administrativo conserva instituciones jurídicas que requieren de una nueva reconfiguración, so pena de mantener su inadaptación. Como se ha expuesto en este trabajo, tal reconfiguración es posible a través de los aportes otorgados por la gobernanza, pero también ya en el Derecho positivo, por el sector de referencia del Derecho Ambiental.

Entre las instituciones jurídicas que merecen ser analizadas bajo el lente de una nueva realidad social, política y ambiental, se halla la actividad administrativa. Como se expresó anteriormente, la mirada sobre la Administración ya no se centra tanto en su estructura institucional, sino en su capacidad de acción y dirección social. En este trabajo se dirige la atención a la actividad administrativa porque ha sido a través de la observación de la realidad

³⁵⁴ En palabras de Schmidt Assmann (2003, pág. 26): “En suma, pues, el Derecho Administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa”.

de la práctica administrativa en donde se identifican fenómenos innovativos basados en la concertación, que llevan a una necesaria revisión del marco teórico que la fundamenta³⁵⁵.

En el ordenamiento interno, se ha considerado tradicionalmente que el Derecho Administrativo es el Derecho de un tipo específico de Administración, en el que gracias a razones históricas, ha primado más su identificación como "sustantivo", que como "verbo" (Montaña, 2010, pág. 62)³⁵⁶. Esta percepción, no ha comprendido la vinculación de la ciudadanía en procesos de diálogo y concertación para el cumplimiento de los fines estatales, sin que por ello esta última pase a ejercer función administrativa, no obstante la necesidad de establecer su encuadre y efectos en el Derecho Administrativo. Con apoyo en estas consideraciones, se plantea la necesidad de un enfoque distinto de este Derecho, orientado en la dirección de la actividad administrativa y la inclusión de nuevos actores en el cumplimiento de sus cometidos.

A fin de sustentar los planteamientos anteriores, se presenta una breve revisión de la doctrina tradicional sobre el objeto del Derecho Administrativo para explicar el lugar que ha tenido la actividad administrativa en la reflexión y con ello dar pie a un intento posterior de reconstrucción conceptual. Asimismo, se adelantarán algunas razones de la conveniencia de un mayor desarrollo de una corriente material como objeto del Derecho Administrativo, para comprender fenómenos participativos y de concertación, entre ellos los informales, en la gestión pública de lo ambiental.

³⁵⁵ Con esta información no se quiere afirmar que desde el estudio de la organización administrativa no se hayan producido avances interesantes, solamente se enfatiza el objeto de estudio en la práctica administrativa más participativa e incluyente de los diferentes sectores sociales. Si bien se ha resaltado el "carácter estático de la dogmática tradicional del Derecho de la organización", también se destacan innovaciones que tienen su reflejo en la legislación de los sectores de referencia (Schmidt Assmann, 2003, pág. 256-257). Tomando como ejemplo uno de los sectores que cita Schmidt Assmann, resaltan *las formas organizativas de la regulación del mercado* en tanto la transformación de la organización a través de entes especializados y la colaboración con el sector privado. Al respecto los trabajos de Esteve Pardo (2010; 2012), Betancor (2010) y la obra colectiva dirigida por Santiago Muñoz Machado y Esteve Pardo (2009) son importantes para la comprensión de este fenómeno en Europa y su relación con el ordenamiento anglosajón; igualmente en Colombia: Lizarazo (2004) Restrepo, Escobar, & López (2012) y Perdomo Villamil (2014).

³⁵⁶ Esta apreciación plantea para el profesor Montaña (2010, pág. 62) una dificultad teórica debido a que "si el derecho Administrativo es el Derecho de la Administración Pública ¿cómo se explica la aplicación de regímenes normativos jurídico administrativos a sujetos distintos de las Administraciones en el sentido formal apenas aludido? Y ¿cómo se explica, en este mismo sentido, la inaplicación del Derecho Administrativo a comportamientos de las administraciones públicas?". Sobre el tema, más propiamente sobre la importancia de la relación Derecho público y Derecho privado para explicar el Derecho contemporáneo, veáse Velasco (2014, págs. 22-23).

I. BREVE REVISIÓN DOCTRINAL SOBRE EL OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO MARCO TEÓRICO DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA³⁵⁷

Gracias a la influencia de la doctrina del Estado Liberal, desde un principio la Administración ha sido considerada el objeto de interés del Derecho Administrativo en tanto el conjunto de órganos a los cuales les corresponde la función ejecutiva (Muñoz Machado, 2006, págs. 57-58)³⁵⁸. La causa de la adopción de esta teoría se encuentra en la evolución histórica del Estado Liberal y su organización, en la que, gracias a la versión original del principio de separación de poderes, predomina la concentración del poder público en el ejecutivo, “en cuya unidad podía reintegrarse sin mayor dificultad el conjunto de la organización y la acción administrativas” (Souviron, 2000, pág. 120). Esta teoría privilegia la normativa dirigida a las reglas de organización con base en la identificación del poder ejecutivo con la Administración en su dimensión subjetiva u orgánica (Descalzo González, 2011, pág. 25; Mir Puigpelat, 2003, pág. 63).

Esta corriente doctrinal se agrupa en los criterios orgánico-funcional, orgánico-personalista y orgánico-institucional (Santofimio, 1996, pág. 33). El criterio orgánico-funcional se fundamenta en la teoría clásica de la tridivisión de poderes del Estado y las tareas específicas otorgadas a cada poder. Así, el objeto del Derecho Administrativo se concentra en las tareas atribuidas al poder ejecutivo, identificándolas con la función exclusiva de ejecutar la Ley (Muñoz Machado, 2006, pág. 57-58)³⁵⁹.

Por su parte, el criterio orgánico-institucional identifica el objeto del Derecho Administrativo con la existencia de la organización administrativa. En la posición inicial de

³⁵⁷ Esta revisión corresponde a la reconstrucción conceptual del concepto dogmático de Actividad Administrativa de conformidad con la metodología anunciada en la Introducción de la presente investigación.

³⁵⁸ Al respecto Parejo (1984, pág. 73) encuentra el origen de estas posturas en el principio autoritario del régimen absoluto y no en las ideas revolucionarias. De igual parecer el profesor Santofimio (1996, pág.34) quien expone: “Se trata de una primaria formulación realizada por los administrativistas europeos del siglo XIX, fundada en consideraciones de preponderancia del poder ejecutivo, razón por la cual se le considera como un rezago del Estado autoritario, matizado, dentro del Estado constitucional, en la medida en que se somete a sus restricciones y controles”.

³⁵⁹ Partidarios de la teoría organicista en la doctrina española han sido: Colmeiro (1865); y Santa María de Paredes (1894). En la doctrina Francesa, Macarel (1846) y Gandillot (1835) citados por Sánchez González (2001, pág.71). Este criterio ha sido criticado por doctrinantes como García de Enterría (1960) y Boquera Oliver (1963), quienes han resaltado su insuficiencia para explicar la realidad de la Administración y, por tanto, su limitación al plano teórico o ideológico.

Garrido Falla (1952), el autor sostiene que no puede asimilarse la Administración con las funciones del Estado y tampoco es correcto determinar la función administrativa de manera negativa, como exclusión de las actividades de los demás poderes³⁶⁰. La Administración pública será entonces el complejo orgánico que detenta la actividad administrativa³⁶¹. En consecuencia, Garrido Falla (1952, pág. 12) identificará el objeto del Derecho Administrativo en la Administración en sentido subjetivo³⁶².

Por último, cabe mencionar el criterio orgánico-personalista cuyo principal representante es el profesor García de Enterría, quien sostiene la personalidad jurídica de la Administración a partir del Derecho positivo español, al reconocerse la personalidad jurídica exclusiva del poder ejecutivo³⁶³.

Desde un enfoque distinto, pero con una misma percepción estática de la Administración, las teorías normativistas identifican el fenómeno administrativo a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico. Dentro de estas teorías sobresale la construcción doctrinal de Adolf Merkl, para quien la actividad administrativa será aquella que resulte de excluir todo

³⁶⁰ De igual parecer es el profesor Entrena Cuesta (1960, pág. 66) cuando afirma que “la Administración pública es un complejo orgánico y una serie de entes... encuadrados en el poder ejecutivo” y solo ésta cumple la función administrativa. Sobre la delimitación negativa del objeto de la Administración un ejemplo se encuentra en la definición de Jellinek (1958, pág. 499). “puede designarse como Administración toda la actividad del Estado que queda, una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional”.

³⁶¹ “No hay por qué dilucidar si tales funciones son sustancialmente de carácter legislativo, ejecutivo o jurisdiccional, pues es evidente que a través de estos tres tipos de funciones se realiza la actividad administrativa...” (Garrido Falla, 1952, pág. 12).

³⁶² Esto es: “...más que tratamiento de todas las funciones ejercitadas por las autoridades administrativas y no de las funciones de índole administrativa atribuidas a cualquier autoridad” (Garrido Falla, 1952, pág. 12). Según los estudios sobre las tendencias doctrinales en la materia, este ha sido el criterio dominante en España (Descalzo González, 2011, pág. 25; Muñoz Machado, 2006, pág. 63; Santamaría Pastor, 1991, pág. 38). Del mismo parecer en la doctrina francesa según Eisenmann, e italiana por Benvenuto y Giannini, citados por Santofimio (1996, pág. 36).

³⁶³ Así, se cita la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone en el artículo 3.4 que todas las administraciones públicas actúan con personalidad jurídica única. En igual sentido, el artículo 2 consigna igual disposición para la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades de las Administraciones locales, entre otras entidades públicas. Esta teoría ha tenido importantes críticas de juristas como Gallego Anabitarte (1979) quien crítica la falta de una concepción integral, vinculada a una teoría jurídica del Estado. Muñoz Machado (2006, pág. 65) destaca que las críticas se dirigen a evidenciar la existencia y ejercicio de funciones administrativas por otros poderes públicos como en el caso de las Cortes Generales o el Consejo General del Poder Judicial, a las cuales, el profesor García de Enterría ha respondido que se trata de simplemente funciones auxiliares y no de la tarea principal de estos órganos.

aquello que corresponda al fuero de lo legislativo y judicial, a partir de un método de interpretación normativa del entramado de funciones públicas³⁶⁴.

Esta breve ilustración de las corrientes orgánicas sobre el objeto del Derecho Administrativo, refleja el interés que buena parte de los juristas le ha concedido a la Administración como organización y a su fundamento en el principio de división de poderes. A partir de esta doctrina se explica la importancia que desde su origen ha representado la construcción de unas formas jurídicas exclusivas de la actuación administrativa, como recurso para otorgarle estatus propio a la Administración frente a los demás poderes públicos, en especial el legislativo, por lo que en un principio estas formas se definieron de manera negativa con respecto a la Ley³⁶⁵. Ello manifiesta la centralidad que adquirió el acto administrativo en el Derecho francés, como concepto que permitió delimitar la competencia de los órganos administrativos y fundamentar la exclusión de la actuación administrativa del control de los jueces ordinarios, no obstante el cumplimiento de un estricto principio de legalidad³⁶⁶ (Riveró, 1984, pág. 12; Vedel, 1980, pág. 17; Santamaría Pastor, 1975, págs. 226-228)³⁶⁷.

³⁶⁴ Merkl (1975, pág. 228) consideraba que la actividad administrativa, en cuanto a sus formas y contenidos, está inmersa en un sistema jurídico jerárquicamente estructurado y escalonado, conformado por la Constitución que delega en la Ley, y ésta a su vez en la ordenanza, y ésta en los actos individuales como los administrativos meramente ejecutivos. “Todas las acciones de la administración, por lo mismo que se hallan necesariamente delegadas por un precepto jurídico, son acciones dentro de esta estructura escalonada, acciones que corresponden a un plano determinado de la misma”. Esta corriente doctrinal es la base del estudio de Martín Retortillo S. (1958, pág. 13), en el que considera que hasta la fecha de su artículo, las elaboraciones teóricas sobre el concepto de Administración, que él denomina clásicas, se han basado exclusivamente en la dogmática y en consecuencia en fundamentos abstractos: “esto es, la individualización de la Administración pública dentro del Estado se alcanza generalmente a través de una distribución conceptual de funciones o de poderes, al margen del derecho positivo, hasta el punto que puede parecer que tal construcción acaso pertenece más al campo especulativo de la Ciencia Política que al tecnicismo propio de una construcción jurídica”.

³⁶⁵ Sobre el tema, Velasco (1998, pág. 61) resalta que “*El tránsito al Estado administrativo del siglo XIX aporta una explicación netamente política de los actos públicos*; y por tanto de los «actos administrativos»: Por un lado, y siguiendo el modelo revolucionario francés, se marca una clara distinción entre Ley (y en Cádiz también Decreto de Cortes) y los «actos» o «hechos» administrativos”...acto administrativo no aparece en el Estado del siglo XIX como un concepto propio, sino como una descripción negativa, por referencia a la Ley”.

³⁶⁶ Producto del modelo del Estado Liberal, el acto administrativo con el tiempo pasó de identificar exclusivamente el criterio de competencia negativo de los jueces ordinarios, para convertirse en mecanismo de contención de la arbitrariedad de la Administración. Así lo describe Jean Riveró (1984, pág. 25): “El liberalismo político exige, en primer término, que el ciudadano sea protegido contra el poder”. El acto administrativo sería reconocido entonces más como una figura vinculada a un principio estricto de legalidad, que como expresión del principio de división de poderes.

³⁶⁷ Sobre la influencia de esta doctrina del Derecho francés en España consultar el recuento histórico de Velasco (1998, págs. 59-68); Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach (2001, págs. 24-25); Muñoz Machado (2006, págs. 57-59), su influencia en la evolución del Derecho Administrativo alemán puede revisarse Otto Mayer (1949,

El surgimiento del acto administrativo como garantía de sujeción y limitación del poder a la Ley³⁶⁸, afectó en parte una reflexión teórica amplia sobre la diversidad e innovación de formas en las que podría manifestarse la actividad administrativa, más allá de un enfoque limitado de ejecución de la Ley³⁶⁹. Debe añadirse que el estudio del acto administrativo, por su misma concepción estática, también limitó un desarrollo más prolijo de la doctrina sobre el hacer administrativo³⁷⁰.

En el marco de estas reflexiones, destacan los planteamientos de las teorías materiales u objetivas de la Administración, las cuales tienen en común la identificación del objeto del Derecho Administrativo con las actividades en aplicación de la función administrativa y no centralmente en la organización³⁷¹. En estas teorías se reúnen las construcciones que han asumido la función administrativa como el ejercicio de prerrogativas públicas, la prestación de servicios públicos, la procura existencial o la realización del fin o del interés público.

De acuerdo con Muñoz Machado (2006, págs. 59-63) las primeras elaboraciones dogmáticas más importantes fueron las de la doctrina francesa entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Éstas, fundamentadas en la urgencia de separar los asuntos de la Administración del control de la jurisdicción ordinaria con el fin de lograr mayor libertad de su actuación, elaboraron una serie de teorías cuyo punto central fue la identificación de una

págs. 27-75), y en el ámbito jurídico italiano Sabino Cassese (1994, págs. 63-65). En el caso latinoamericano es de interés el estudio de los distintos ordenamientos jurídicos hecho por Julio Prat (1978, págs. 37-41).

³⁶⁸ No obstante sus inicios como expresión de las prerrogativas de la Administración. De acuerdo con el jurista Georges Vedel (1980, págs. 15-17), desde antes de la Constitución francesa de 1958 e incluso durante el siglo XIX en Francia: “La Administración se lleva a cabo normalmente bajo un régimen de potestad pública mediante prerrogativas o sujeciones exorbitantes del Derecho común”. Debe también tenerse en cuenta que como lo afirman Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach (2001, pág. 24), no puede afirmarse que el acto administrativo “sea una reliquia procedente de formas autoritarias de Administración”, dado que esta forma jurídica se ha ajustado a los fines del Estado social moderno en virtud de la Administración prestadora.

³⁶⁹ Sin embargo, debe tenerse presente que como destaca Muñoz Machado (2006, págs. 58), la limitación de la Administración al poder ejecutivo en España según los primeros administrativistas españoles, posición que coincide con la doctrina general de la época: “No obstante esta coincidencia, la evolución inmediata de la relación entre los poderes del Estado, el rápido desarrollo de la jurisdicción contenciosa-administrativa, y la inmediata ampliación de los fines de la Administración Pública en el marco de la política de fomento que se impulsa desde el tercer decenio del siglo XIX, habían concurrido a hacer perder toda su capacidad explicativa a la indicada definición”.

³⁷⁰ Al respecto es conveniente citar la explicación sobre el concepto clásico de acto administrativo de Merkl (1935, pág. 231): “Al enunciar acto administrativo no se ha de entender el hacer, sino lo hecho, no el trabajo, sino la obra. Acaso sea difícil marcar la separación, en cada caso concreto, porque los llamados actos están constituidos por una infinidad de momentos parciales que, en realidad, sólo se destacan un poco menos claramente que el acto mismo; pero en principio se puede distinguir muy bien el acto”.

³⁷¹ Cabe citar la opinión de Forsthoff (1958, pág. 25): “Es cierto que el término Administración implica también algo estático –las autoridades e instancias, por ejemplo, que realizan las funciones administrativas- pero, en primera línea, significa actividad, y actividad es tanto como movimiento cambio”.

actividad pública que por sus especiales características era y debía ser ejercida por la Administración, correspondiéndole igualmente un control especial diferente al de los tribunales civiles. De esta manera, el objeto de un régimen jurídico de la Administración es la particularidad de una función dirigida al cumplimiento de un servicio público (Duguit, Jèze, Bonnard, Rolland y Règlade), o la imposición de su autoridad para el logro de sus cometidos, con base en el concepto de prerrogativas (Hauriou, y Laferrière). Por su origen histórico, las diferentes corrientes aludidas representaron un avance frente a la fundamentación del Derecho Administrativo más allá de su identificación subjetiva.

El criterio de las prerrogativas públicas fue especialmente considerado por Maurice Hauriou, para quien la prerrogativa o poder público exorbitante es la idea central que justifica la existencia del Derecho Administrativo. Se trata, entonces, de una serie de poderes especiales atribuidos a la Administración que la sitúan en una posición privilegiada desde la cual puede cumplir con los fines estatales, tales como el interés general o los servicios públicos (Hauriou, 1976, págs. 51-52).

Por las mismas condiciones históricas, posiciones doctrinales como la de las prerrogativas públicas, si bien justifican objetivamente el Derecho Administrativo en una forma de actuar, no se deslindan totalmente de su vinculación subjetiva. La limitación histórica, en la que predomina la necesidad de configuración del Derecho Administrativo frente al Derecho Civil, no permitió que esta teoría desarrollara más profundamente la atribución de funciones públicas a los particulares y el hecho de que la Administración no siempre actúa de manera impositiva, sino también a través del fomento a la actividad privada o en concertación de los diferentes asuntos públicos (Montaña, 2010, pág. 46).

Las corrientes objetivas también se han entendido como parte del desarrollo de un criterio funcional-finalístico. Se trata de una visión moderna del criterio funcional fundamentalmente teleológico, que explica la Administración como objeto del Derecho Administrativo, a partir de la vinculación de su función al principio del Estado Social (Santofimio, 1996, pág. 63).

La justificación teleológica del Derecho Administrativo no se separa de la concepción de Estado y de sus finalidades. Así, Montaña (2010, pág. 47) destaca que en estas corrientes doctrinales las justificaciones del Derecho Administrativo "van desde el "bien común" o la "justicia conmutativa", hasta el "interés general" o el "servicio público", para citar algunas

manifestaciones”. En estas corrientes doctrinales, se destacan la teoría del servicio público y de la procura existencial.

Según la teoría del servicio público, la Administración justifica su existencia por la gestión, organización y ejecución de servicios públicos. De esta manera, para su principal exponente, León Duguit, de la reconocida Escuela de Burdeos, el Derecho Administrativo se presenta como el ordenamiento que regula la actividad de la Administración en tanto ejecutora de servicios públicos³⁷².

Por último, la tesis de la procura existencial defendida por Ernst Forsthoff, parte del cambio que supone en las funciones de la Administración, la transformación del Estado Liberal, en el que el concepto de *libertad* era el centro de la relación con los administrados, y donde la Administración es un “mero ente regulador”; en el Estado moderno, la Administración debe asumir las “exigencias del Derecho en el sentido de la justicia distributiva y conmutativa” (Forsthoff, 1958, pág. 15)³⁷³. El Estado no cumple sus finalidades con la mera garantía de los derechos individuales, ante los avances tecnológicos y los riesgos que el progreso económico representa para la sociedad, debe procurar las prestaciones vitales a cada ciudadano para asegurar la máxima protección por parte del Derecho³⁷⁴.

³⁷² “Al ejercicio de la función administrativa corresponde el Derecho Administrativo, que comprende el conjunto de reglas que se aplican a los efectos de los actos administrativos, así como al funcionamiento de los servicios públicos” (Duguit, 1926, pág. 43). En igual sentido, Gastón Jèze (1946, pág. 65), que consideraba el servicio público como “la piedra angular del Derecho Administrativo francés”.

³⁷³ Masucci (2011, págs. 20-21) explica este cambio de enfoque en el Derecho alemán: “En el mundo teórico del *imperium* que caracterizaba entonces la cultura administrativista alemana, se examinó una nueva modalidad de actuación administrativa. Junto a la teorización de la administración imperativa (*Eingriffsverwaltung*) se sondea la noción de administración de prestación (*Leistungsverwaltung*). Ernst FORSTHOFF, en la monografía *Verwaltung als Leistungsträger*, publicada en 1938, introduce el concepto fundamental de «*Daseinsvorsorge*», procura existencial. A este concepto se conectaban todas las prestaciones (*Leistungen*) que el Estado garantizaba a su comunidad nacional. Se trataba de una obligación del Estado que no venía garantizada sólo mediante «*öffentlich-rectliche Verpflichtungen*», obligaciones de Derecho público, sino también mediante *öffentliche Rechte*, derechos públicos subjetivos”. Una revisión sobre la configuración jurídica de este concepto en Martín Retortillo L. (1962).

³⁷⁴ “La moderna realidad social, determinada decisivamente por la técnica, la economía y-como consecuencia de ellas- por la masificación, imponen al Estado el deber de planificar y dirigir en amplia medida, de reprimir aquí y fomentar allí, de unir en órdenes duraderos los elementos poderosos y los débiles, de crear y mantener posibilidades de existencia para millones de seres, de repartir, controlar o ejercer por sí funciones sociales; en una palabra, de actuar como una fuerza conformadora, estabilizadora y conciliadora en medio de un mundo de máxima vulnerabilidad” (Forsthoff, 1958, pág. 15).

Estas teorías tuvieron como críticas que, por cuestiones de evolución histórica, en sus inicios la prestación de servicios correspondía exclusivamente a la Administración pública, tal como se expuso anteriormente para el criterio de las prerrogativas públicas³⁷⁵. La teoría entra en crisis, por el hecho de que los particulares pueden asumir la prestación de servicios y porque la Administración no solamente despliega todas su función a partir de esta función (Montaña, 2010, pág. 49; Díez Moreno, 2004).

Como se puede apreciar, la síntesis doctrinal presentada evidencia la inevitable relación entre el contexto histórico y la configuración del objeto del Derecho Administrativo. Así, en un principio se formulan los criterios orgánico, subjetivo o formal con origen en los debates revolucionarios cuyo propósito era “institucionalizar el poder, desconcentrado, según sus especialidades (...) rompiendo de esta forma el despotismo individualizado” (Santofimio, 1996, pág. 31). Frente a estos criterios surgen las teorías materiales en tanto desvelan “la quiebra de la doctrina de división de poderes...la cual no encontró un reflejo exacto en la realidad, puesto que las tres clásicas funciones estatales...no resultaban rigurosamente repartidas entre los tres poderes del Estado” (Descalzo González, 2011, pág. 11). **Estas teorías marcarán el inicio de la reflexión sobre la actividad administrativa, y hallan complemento en el criterio funcional-finalístico cuyo mayor desarrollo se ha ligado al nacimiento del Estado Social de Derecho**³⁷⁶.

³⁷⁵ No obstante, cabe citar la percepción avanzada de Forsthoff sobre la relación Estado-sociedad en el Estado moderno: “... en nuestro tiempo, en que las funciones del Estado se ha confundido inexorablemente con los procesos sociales, no podría ya hablarse en modo alguno, de una separación de Estado y sociedad. Los que así argumentan no han comprendido el dualismo entre Estado y sociedad. Lo entienden como la disociación de dos campos distintos: pero no se trata de eso. Más bien significa la ordenación lógica y necesaria de dos formas de «ser social»”. (Forsthoff, 1975, pág. 38).

³⁷⁶ Debe aclararse que el criterio teleológico no surge exclusivamente en virtud del Estado Social de Derecho, de ahí que, por influencia de la filosofía del Estado Liberal, la actividad administrativa fuera entendida en un principio como manifestación concreta de la función ejecutiva, cuya finalidad era la estricta aplicación de la Ley. De este modo, tales conceptos servían a la realización de los valores de “la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio” (García Pelayo, 1987, pág. 26). En tal sentido, tanto la doctrina más tradicional como moderna ha coincidido en identificar el concepto de función y actividad administrativa en función de los fines estatales o como manifestación de valores ideológicos. Así, Otto Mayer (1949, pág. 15) se dirigía a la Administración como “actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico”; en igual sentido Merkl (1975, pág. 295-299); Por su parte, Georges Vedel (1980, págs. 13-14) al referirse a las tareas administrativas se refiere a los “fines de policía y fines de servicio público”; para Alessi (1970, pág. 240): “Ante todo debemos precisar que cuando se habla de “actividad administrativa” se hace referencia necesariamente a formas de actividad de carácter ideológico...”. En el ámbito latinoamericano, Sayagues Lasso (1986, pág. 381) se refiere a aquella que tiene por objeto “la realización de los cometidos estatales”; para Bielsa (1937, págs. 37-38) “En la acción administrativa del Estado (en un sentido muy lato) diferenciase los diversos momentos o fases que la integran.

La actividad administrativa como concreción o manifestación práctica de las finalidades constitucionales reafirma los valores liberales agregando la exigencia de su realización efectiva (García Pelayo, 1987, pág. 26). En una sociedad compleja como la actual³⁷⁷, el cumplimiento de este cometido impone nuevas formas de organización en las que la colaboración de sujetos privados es imprescindible (Esteve Pardo, 2014a; 2014b; Barnés, 2014a). Así, se tiende a una transformación de una gobernación unilateral limitada en la influencia de las relaciones sociales y de mercado (típica del Estado Liberal)³⁷⁸, por una más intervencionista y necesitada de participación ciudadana y de consenso³⁷⁹. El Derecho positivo será el reflejo de estos cambios políticos³⁸⁰, al reconocer la participación ciudadana como fin, derecho fundamental y principio constitucional que oriente la actividad administrativa, tal como sucede en el ordenamiento colombiano.

II. ESTADO SOCIAL DE DERECHO, ADMINISTRACIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Hasta aquí, con el propósito de identificar el fundamento teórico de asumir la Administración en su dimensión dinámica (como verbo), se constata que las diferentes corrientes doctrinales se soportan tanto en un contexto histórico que involucra una situación social concreta vinculada al modelo de Estado imperante, como en virtud del ordenamiento jurídico especial al que se dirigen. Pero, en el presente trabajo, no pueden dejarse de lado las reflexiones sobre el carácter que a esta cuestión le imprime el actual Estado Social de Derecho.

Esa acción o ese proceso político-jurídico empieza con la concepción de los fines del Estado y termina con la realización concreta de la actividad del Estado, según esos fines”.

³⁷⁷ Sobre las características de la sociedad actual y su compleja configuración se trató en la Introducción de esta investigación.

³⁷⁸ “Según la ideología liberal, la intervención del Estado en la economía y en la organización de la vida social debía limitarse a garantizar las reglas del juego “espontáneas” que determinan las leyes de la razón económica. El Estado sólo tendría funciones negativas, de mero árbitro del juego social” (Calvo García, 2005, pág. 21).

³⁷⁹ “Las demandas sociales habrían obligado a los Estados “desarrollados” a asumir las funciones asistenciales para garantizar ciertos mínimos de bienestar y servicios mediante la gestión estatal directa o indirecta de políticas sociales (...) El Estado se ha visto obligado a intervenir en la vida y en las relaciones de individuos y grupos con fines de redistribución de los bienes sociales y para asegurar unos mínimos de bienestar: sanidad, educación, subsidios mínimos, etc.” (Calvo García, 2005, pág. 28).

³⁸⁰ En palabras de Díez Moreno (2004, pág. 190): “El Estado social, desde el punto de vista político, se transforma en un permanente consenso o acuerdo entre las fuerzas sociales demócratas o análogas, para enfrentarse a los problemas de la propia nación o del contexto internacional”.

En este orden de ideas, conviene reiterar que en el marco de un Estado Social de Derecho en el que se adopta un sistema jurídico ordenado a fines, en el cual, de acuerdo con Calvo García (2005, pág. 23), "el Estado por medio del derecho, fija las líneas de intervención política con fines de integración social y promueve regulativamente los valores e intereses que deben orientar las relaciones sociales", se asume a la Administración en su papel activo como la indicada para ocuparse de realizar tales propósitos.

Esta relación entre los fines del Estado Social de Derecho y el Derecho Administrativo propiamente dicho, se construye a partir de la constitucionalización de este último³⁸¹. De esta manera, la Constitución a través de la consagración expresa de los valores y principios de esta forma de Estado, sujeta la actividad administrativa a su observancia obligatoria³⁸². Debe tenerse presente que esta relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo no es unidireccional, de prevalencia del primero sobre el segundo³⁸³, sino de mutuo beneficio, en la que el Derecho Administrativo proporciona los elementos prácticos que hacen posible la concreción de las orientaciones constitucionales³⁸⁴. Con todo, Schmidt

³⁸¹ La constitucionalización del Derecho es considerada por la doctrina como un concepto clave. Al respecto, Parejo (2010, pág. 954) advierte que actualmente los conceptos clave de gobernanza, dirección y constitucionalización aluden a los diversos aspectos de la transformación del Derecho Administrativo. De manera similar, Schmidt Assmann (2014, pág. 24): "La Constitución es el "mecanismo de transformación" para introducir las nuevas necesidades sociales en el Derecho".

³⁸² Se trata aquí de la "función configuradora del sistema de la constitucionalización", tal como lo explica Schmidt Assmann (2014, pág. 31): "la constitucionalización se trata, sin embargo, no solo de la influencia de preceptos constitucionales específicos. Ella toma en cuenta, más bien, los principios guía de la Constitución e investiga en qué medida estos deben ser erigidos en factores característicos del Derecho Administrativo. Aquí no ocupan el primer plano preguntas jurídicas específicas, sino las estructuras del Derecho Administrativo. La *constitucionalización* significa aquí la transferencia de grandes temas del Estado constitucional —el aseguramiento de la libertad ciudadana y la garantía de la legitimidad democrática de los poderes soberanos— en el ordenamiento jurídico constitucional".

³⁸³ O mejor en un diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo. En este punto, es importante citar a Forsthoff (1986, pág. 78) en tanto resalta la importancia del Derecho Administrativo en la construcción del Estado Social: "La Administración se enfrenta con la realidad social del modo más directo y no puede esquivar sus exigencias. Casi todas las instituciones de nuestro Derecho público, que han transformado al Estado en un Estado Social, son obra de la legislación y de la Administración. Se han creado y existen desde hace años o decenios sin que las constituciones hayan tomado nota de ello. No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del Derecho público". Sobre la Constitucionalización del Derecho Administrativo como un proceso complejo y en doble vía consultar Cassese (2014b).

³⁸⁴ "Desde la perspectiva aplicativa y de la *práctica jurídica*, el Derecho Administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho Constitucional, es decir, donde han de contrastarse y ponerse a prueba los nuevos conocimientos, las reformas y los cambios; el lugar de encuentro y de confrontación de los criterios de actuación. La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales. Por último, bajo el perfil *dogmático*, el Derecho Administrativo representa la base y el instrumento fundamental para la efectividad de tantas garantías constitucionales, señaladamente en el mundo de los derechos fundamentales: con base en la Constitución, en efecto, el Derecho Administrativo ha de establecer los procedimientos, formas y organizaciones que resulten idóneas para su protección; los criterios de resolución

Assmann (2003, pág. 18) afirma que la “más alta misión sistematizadora” del Derecho Constitucional hacia el Derecho Administrativo está en la fundamentación de los postulados de la relación entre el ciudadano y la Administración, basada en el respeto de la dignidad humana.

En este contexto y en el marco del Estado Social de Derecho, la Administración no es relevante solamente por el poder o prerrogativas que detenta en su relación con los ciudadanos. Al lado de esta posición se asume un rol prestacional y de promoción de la actividad económica (Montaña, 2010, pág. 83); pero también al revelarse un contexto de alta complejidad y pluralidad de la interacción social, se asume a la Administración como sujeto que requiere de procesos de legitimación permanente que permitan alcanzar el logro eficaz de los fines estatales encomendados.

En este último aspecto la ciudadanía, en virtud del principio democrático reclama mayores espacios de participación en las decisiones públicas que afectan sus intereses³⁸⁵. De igual manera, las condiciones de complejidad técnica, económica, ambiental y social en las que la Administración no posee un control absoluto tanto de conocimiento, como de dirección, imponen la necesidad del diálogo y de la concertación³⁸⁶. Sobre este tema, Schmidt Assmann (2006a, pág. 99) destaca que el principio democrático como una decisión constitucional fundamental³⁸⁷ impone la obligación de la legitimación y la búsqueda del “consenso en torno a las decisiones estatales”. Tal legitimación en el Estado Social de Derecho no se limita

de conflictos o colisión entre derechos fundamentales en las relaciones multilaterales; la determinación de sus límites, etc. Estas exigencias se hacen realidad en buena parte con la ayuda y la fuerza conformadora del Derecho Administrativo” (Schmidt Assmann, 2003, págs. 17-18).

³⁸⁵En la sociedad del riesgo, las decisiones que se adoptan sobre la cuestión ambiental de manera fundamental se relacionan con el nivel de riesgo que las personas están dispuestas a asumir. “El riesgo, como hemos visto, viene definido en cascada y diversos niveles de decisión o círculos concéntricos de consenso social determinan el riesgo socialmente asumible. Teniendo en cuenta que quién asume el riesgo ambiental es el conjunto de la sociedad en cada círculo de consenso, parece razonable que sea también el conjunto de la sociedad quién se manifieste sobre el riesgo que está dispuesto a asumir, dentro de los límites que el principio de precaución impondrá en beneficio de las generaciones futuras” (Jara i Manzano, 2011, pág. 249).

³⁸⁶“La supuesta posición pasiva de la sociedad bajo la intervención transformadora del Estado no se corresponde ya con la realidad de una sociedad muy reforzada, organizada a través de rigurosos procesos de autorregulación, que se está apropiando de espacios que estaban bajo la regulación estatal. La creciente complejidad — tecnológica, económica, social—, la globalización, la autorregulación de los mercados, la formación de sistemas sociales expertos o especializados llamados sistemas autorreferenciales; estos y otros factores muy diversos han contribuido al fortalecimiento de la sociedad que ha dejado su supuesta situación pasiva receptora de la acción prestadora y conformadora del Estado para mostrarse muy activa y poderosa. Lo que genéricamente podemos dar en llamar el poder se encuentra ya extramuros de un Estado que en su momento se gestó con la pretensión de monopolizarlo” (Esteve Pardo, 2012, pág. 15).

³⁸⁷“las decisiones constitucionales fundamentales determinan los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos y ofrecen patrones o modelos para la actuación administrativa” (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 99).

exclusivamente a la simple ejecución de la Ley (Ponce, 2011, pág. 269-270)³⁸⁸, presupuesto que sigue siendo necesario pero no exclusivo para la fundamentación del poder de la Administración.

En cambio, dado que la Ley no comprende siempre la diversidad de intereses que puede afectar la actividad administrativa, la Administración se ve abocada a identificar tales intereses, pero ya no resulta eficaz solamente la interpretación legal y su aplicación impositiva:

En este contexto, los ciudadanos demandan, cada vez más, que se les tome en consideración en el desarrollo de la actividad administrativa y que se le justifiquen las razones de ésta, expresándose en forma activa, en caso de percibir ausencia de diálogo, a través de acciones cívicas de protesta masiva, que tienen lugar en relación con decisiones de alto voltaje social, como por ejemplo la ubicación de infraestructuras conflictivas, el conocido fenómeno NIMBY (plantas de tratamientos de residuos etc.). Estas inquietudes con referencia a un nuevo marco de relaciones entre Administración y ciudadanos, es decir, a cómo la Administración hace cosas, donde las ideas de consenso y aceptación cobran relevancia, han sido englobadas bajo el letrero de legitimación-equidad por MESCHERIAKOFF. (Ponce, 2011, pág. 271)³⁸⁹.

En este último caso, la legitimidad democrática no se contempla desde la justificación del poder de la Administración refrendada por el pueblo, como generalidad o colectividad indeterminada (Schmidt Assmann, 2003, pág. 101; 1993, págs. 184-186; Gonod, 2011, pág. 4), sino a través de formas distintas de participación en asuntos públicos por parte de la

³⁸⁸ La legitimidad democrática o fundamento del poder del gobierno desde la filosofía del Estado Liberal supone que “la Administración Pública estaría legitimada en la medida que se limite a ejecutar la Ley aprobada por los representantes democráticos del pueblo. Esta ejecución dotaría a la Administración de legitimidad democrática, a través de un sistema de conexiones entre el pueblo, sus representantes, el Gobierno y finalmente, la Administración, racionalizando su actuación” (Ponce, 2011, págs. 268-269).

³⁸⁹ Mescheriakoff (1990, págs. 115-116) pone de relieve la crisis del modelo de Administración francés, que en su esencia es una crisis de la legitimidad fundamentada en las características de instrumentalidad, racionalidad y transparencia. En el caso de la instrumentalidad, la Administración no es un mero instrumento para ejecutar la Ley, en tanto su justificación se haya en la prestación de servicios públicos y su calidad. En lo que respecta a la racionalidad legal, la crisis se da por la idea de una Administración promotora del interés público, más allá de la garantía de la legalidad. Por último, sobre la percepción de la Administración como aquella que expresa de manera transparente las intenciones políticas del legislador, entra en crisis debido al ideario propio de ésta y la influencia de intereses de diferentes grupos en su actividad.

ciudadanía, en las que la Administración se relaciona de manera directa con las diferentes formas de organización social³⁹⁰.

Mescheriakoff (1990, págs. 115-116) ha identificado la legitimación-equidad como una forma de interacción entre la ciudadanía y la Administración, que funcionaría como modelo de legitimación distinta, o por lo menos complementaria, al del paradigma burocrático (Weber, 1965; Prats, 2005a). Baltodano (2002, pág. 37) explica este planteamiento:

Legitimación-equidad, en la que la legitimación tendría como fundamento el establecimiento de nuevas relaciones entre la administración y el individuo, relaciones basadas en la equidad, que se expresarían: b.1) en un nivel **simbólico**, los ciudadanos ya no son los administrados sino los usuarios, y hasta clientes; b.2) en un nivel **procedimental**, que propugnan por reformas al procedimiento administrativo, como el derecho a la audiencia, la información; y en un nivel **institucional**, que propugnan por la creación de entes independientes que se relacionan horizontalmente con los ciudadanos; b.3) consentimiento (o aceptación) los defensores de este tipo de legitimación sostienen que la administración debe buscar la aceptación de sus decisiones, es la corriente de las soluciones pactadas, por razones democráticas, pero también por el deseo de evitar consecuencias negativas que ocasionaría la resistencia pública (crisis de aceptación).

En la configuración de una legitimación de la relación entre la ciudadanía y la Administración basada en la equidad, sobresale el procedimiento como institución fundamental con la obligación de garantizar, no solo el resultado en la toma de una decisión eficaz, sino un proceso que profundiza en una efectiva participación³⁹¹. Esta manifestación de formas complementarias de legitimación a través del procedimiento resalta la presencia de “una escala de optimización gradual de la legitimación de la actuación de la Administración que se manifiesta a lo largo del procedimiento Administrativo” (Agudo, 2013a, pág. 100)³⁹².

³⁹⁰ Al respecto se ha considerado por la doctrina que el ejercicio de la gobernanza a través de redes jurídico-privadas contribuye a esta legitimidad: “La extensión de las redes de gobernanza deriva de la idea de que las redes son más eficaces que la jerarquía y además de que el diálogo y los consensos que se construyen en su seno pueden aportar legitimidad democrática a las administraciones públicas” (Cerrillo, 2012, pág. 139). En igual sentido, Grana (2005, pág. 39) y Porras Nadales (2014, pág. 69).

³⁹¹ Barnés (2006, págs. 335-336) propone una transformación de la dimensión tradicional de procedimiento a través de nuevas vertientes entre las que se incluye: “La legitimación que deriva de la participación en el procedimiento como manifestación del principio democrático y la legitimación que dimana de una intensa, real y efectiva participación en la búsqueda de la solución mejor, más allá de una audiencia o información pública formales”.

³⁹² El profesor Agudo (2013a, págs. 99-100) describe la “optimización gradual de la legitimidad” a partir de una “fase interna del procedimiento administrativo” relacionada con el acceso a la información, recopilación de la documentación, mecanismos de colaboración público-privada; una segunda fase vinculada con “el resultado del

Los argumentos anteriores conducen a una propuesta de construcción del Derecho Administrativo desde la ciudadanía, *ex parte civium*, y no desde el poder y la prerrogativa pública³⁹³. En tal sentido, el Derecho Administrativo debe transformarse a partir de un reforzamiento de los derechos humanos, procedimientos administrativos y formas de control de la actividad de la Administración (administrativa y judicial), que fomenten el papel activo que corresponde a los ciudadanos y que, entre otros instrumentos, puede constatarse en el ejercicio participativo de la ciudadanía en la toma de decisiones³⁹⁴. Ahora bien, esta propuesta debe corresponder a una reflexión del contexto del ordenamiento jurídico de que se trate. Von Bogdandy (2013, pág. 321) plantea que la posibilidad de la construcción de un Derecho Administrativo *ex parte civium* es más factible en Estados con poderes desarrollados que permitan el establecimiento de instituciones jurídicas garantistas³⁹⁵.

En suma, bajo la influencia del Estado Social de Derecho la justificación del Derecho Administrativo se centra en criterios objetivos y teleológicos en los que se ha posibilitado la discusión sobre nuevas formas de legitimación de la Administración y la importancia de reavivar ciertas instituciones jurídicas, como el procedimiento administrativo, que permite canalizar y concretar las discusiones teóricas. Así, el Derecho Administrativo que

procedimiento” en la que se da la verificación de la legalidad de las decisiones; y una tercera fase de “ejecución de la decisión”, en la que la legitimación se vincula con el criterio de eficacia.

³⁹³ La doctrina dominante sobre la configuración del Derecho Administrativo se apoya en su fundamento en el poder, en un Derecho exorbitante en especial del Gobierno o poder ejecutivo que tiene sus orígenes en el modelo francés, y que se expresa en los instrumentos normativos de autoridad y de limitación de la libertad individual (Von Bogdandy, 2013, pág. 303; Cassese, 1994, págs. 51-85). Desde el punto de vista político, Bobbio (2005, pág. 515) resalta que tradicionalmente la doctrina política “ha privilegiado durante un gran número de siglos el punto de vista de quien ostenta el poder de ordenar sobre el de aquellos a los que se dirige la orden y a los que se les atribuye sobre todas las cosas el deber de obedecer. Durante una larga e ininterrumpida tradición la doctrina política tanto clásica, como medieval y moderna ha considerado la relación política, la relación entre gobernantes y gobernados, más *ex parte principis* (desde el punto de vista del príncipe) que *ex parte civium* (desde el punto de vista de los ciudadanos)”.

³⁹⁴ La propuesta de un Derecho Administrativo construido *ex parte civium* no implica un Derecho despojado de su fundamento de autoridad. En tal sentido, Von Bogdandy (2013, pág. 321) cita que: “Ciertamente, la ciencia del Derecho Administrativo no se coloca en modo alguno únicamente del lado de la emancipación ciudadana, ni en el siglo XIX ni tampoco hoy (...) La ambivalencia de principio la detecta acertadamente Patrice Chrétien, citando a Prosper Weil: se trata de una disciplina que «pretende ser al mismo tiempo servidora de la libertad individual y garante de una Administración eficaz, protectora del ciudadano frente al Ejecutivo, y medio para la imposición y ejecución de la voluntad del Gobierno». El Derecho Administrativo sigue configurándose —en este sentido recuérdese la idea principal del epígrafe anterior— en sus aspectos esenciales como un instrumento de autoridad.”

³⁹⁵ El autor cita el caso del Estado italiano a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en el cual a pesar de reconocerse “al súbdito como sujeto jurídico, decanta el péndulo que oscila entre el momento liberal y el momento autoritario claramente a favor del lado autoritario” (Von Bogdandy, 2013, pág. 321). Esta situación conllevó a la promoción de instituciones jurídicas que favorecían el discurso de la unidad italiana por encima de los derechos ciudadanos como: responsabilidad limitada del Estado, ausencia de derechos procedimentales, etc.

surge de este planteamiento está y estará caracterizado por **una programación finalista de la actividad administrativa que habrá de concretarse en unas normas de conducta que permitan la consecución de los fines propuestos.** En concreto, **la incorporación de espacios participativos en la gestión pública ha de ser uno de esos elementos** que programan de manera finalista la actuación administrativa y que la sujetan a crear las condiciones, parámetros o normas de conducta, que garanticen la toma de decisiones participativa o concertada.

Este enfoque sobre el Derecho Administrativo posibilita la discusión sobre la configuración misma de la actividad administrativa y otras figuras jurídicas vinculadas a ésta, como la relación jurídico-pública y la actividad material que son objeto de examen en el capítulo siguiente. En este contexto teórico, debe incluirse la reflexión sobre la variedad que abarca el fenómeno de la actividad administrativa, que no puede ser encasillado en una tipología inflexible. En este caso, la clasificación en las formas tradicionales de la actividad administrativa de policía, el servicio público y el estímulo a la actividad privada, también llamada de fomento (De Laubadere, 1984, pág. 195), por no citar las tipologías que a partir de ésta se han construido, deben asumir la explicación de la innovación de actuaciones que presenta la Administración, entre ellas, la que en esta investigación se ha querido denominar como concertación informal, sobre la que se profundiza en el siguiente capítulo³⁹⁶.

Con la anterior afirmación **no se promueve sin más el funcionalismo en el Derecho Administrativo, en el que prima un ordenamiento casuístico de difícil comprensión sistemática de las tareas cotidianas de la Administración**³⁹⁷. En sentido contrario, se

³⁹⁶ Conviene precisar que de acuerdo con Montaña, la tarea de estudiar nuevas manifestaciones de la actividad administrativa, debe tener también fundamento en el Derecho positivo, en nuestro caso el colombiano, como una forma de promover el avance de la dogmática nacional, pero sin olvidar un análisis sistemático que contribuya al enriquecimiento del Derecho Administrativo general. Así el profesor Montaña (2010, pág. 132) afirma: “Esquematar la actividad administrativa es, entonces, una tarea de análisis de derecho positivo, donde la revisión de las funciones asignadas por la Ley a todos y cada uno de los sujetos que cumplen una función administrativa, se debe derivar la oportunidad de sistematizar el quehacer administrativo. Sin embargo, esta metodología no se debe llevar a extremos; unos fundamentos del derecho administrativo deben construirse a partir de la revisión de la especialidad positiva de esta disciplina jurídica, pero deben también servir a ella, como se advirtió desde la presentación metodológica de este trabajo”.

³⁹⁷ Esta es una de las debilidades innatas del *administrative law* inglés, explicada por el profesor Jorge Agudo (2014, pág. 436), quien citando a Hart, resalta que “La propia idiosincrasia del método exegético y del método tópico explica porque el formalismo surgido de la práctica judicial ha dado lugar a un sistema conceptual fragmentario, defectuoso y parcial. El sistema conceptual es fragmentario porque es construido a partir de una casuística que se ha ido forjando a lo largo de más de un siglo y que, ciertamente, avanza, pero en muchos casos de forma irrelevante, contribuyendo al anquilosamiento conceptual”. El funcionalismo en el *administrative law*

llama la atención sobre la transformación que en la práctica genera la actividad administrativa, como una de las razones que debe mover a la academia a revisar y ajustar los conceptos dogmáticos que la explican desde lo teórico, para contribuir a una renovación sistemática del Derecho Administrativo.

A manera de síntesis, de la breve revisión teórica presentada se ha querido resaltar el hecho de que en **el Estado actual, la Administración se define por lo que hace, y en un sentido más contundente, por la manera como lleva acabo su actuación en observancia de ciertos fines** (esto involucra criterios de legalidad, eficacia, transparencia, participación, etc.). En consecuencia, el concepto subjetivo de la Administración es insuficiente para explicar su configuración actual, entre varias razones, primero, porque la idea de una Administración al estilo *weberiano* jerarquizada, burocratizada y profesional ha sido complementada con una Administración instrumental que conforma un sector público muy extenso³⁹⁸.

Segundo, en el Derecho contemporáneo la actividad administrativa supera el deslinde clásico entre Derecho Público y Derecho Privado: el Derecho Administrativo ya no es sólo el Derecho de la Administración en sentido subjetivo, sino el Derecho que regula la actuación de la Administración en sentido objetivo o funcional, incluyendo instituciones de Derecho Privado y particulares en las diversas tareas públicas (Velasco, 2014; Esteve Pardo, 2012)³⁹⁹.

inglés es explicado por el profesor Agudo (2014, pág. 445): “Entendiendo el Derecho Público como el Derecho positivo relativo a la actividad del Estado, el funcionalismo persevera en esa visión pragmática fomentada por la necesidad de incorporar las funciones de gestión de recursos y de servicios públicos colectivos en el análisis y objeto del Derecho público”.

³⁹⁸ Ejemplos de esta transformación se encuentran en el fenómeno del Espacio Administrativo Europeo como un modelo de Administración incipiente estructuralmente que en palabras del profesor Agudo (2014, pág. 113) se caracteriza por haber “forjado un *nuevo paradigma* de Administración desestatalizada y desterritorializada, cooperativa, policéntrica, multinivel y pluralista, que responde a criterios principalmente funcionales”. Y en el fenómeno de la colaboración de sujetos privados que ejercen funciones públicas que ha llegado a transformar la concepción del Derecho Administrativo como el que “regula el ejercicio del poder por parte de las Administraciones públicas –y de la Administración de otros poderes del Estado- y, paralelamente, el Derecho del ejercicio de funciones públicas por los particulares. En otras palabras: es, y será, el Derecho que ha sido siempre. Pero es, desde este ángulo, también, el Derecho que regula el ejercicio del poder más allá del Estado (por ejemplo, el acto administrativo transnacional)” (Barnés, 2014a, págs. 85-86).

³⁹⁹ El profesor Velasco (2014, págs. 17-19), en una de sus obras recientes, partiendo de la afirmación: “Negar la existencia contemporánea de la oposición entre Derecho público y Derecho privado sería, simplemente, falsear la realidad”, explica como en el Derecho contemporáneo, en cada uno de sus ámbitos, no puede desconocerse que hay combinación de fórmulas del Derecho público y el Derecho privado: “A mi juicio, el binomio público-privado no es hoy útil para clasificar el conjunto del Derecho. La *summa divisio* es hoy, más bien, un instrumento analítico para comprender las distintas formas regulativas que están presentes en cada sector material del ordenamiento jurídico. Por eso, de cada sector regulado podrá decirse que es más o menos jurídico-público o jurídico-privado, pero no que se adscribe a una de las dos esferas del Derecho”.

Tercero, y vinculado con la anterior razón, la Administración ha asumido funciones que no son las puramente administrativas de ejecución (resolución de conflictos, aprobación de normas, concertación etc.). Tales funciones reclaman estructuras organizativas distintas que, además, involucran variadas formas de participación de la ciudadanía y que no sólo se dirigen a la ejecución de tareas públicas (como la prestación de servicios públicos), sino, como se citó anteriormente, se corresponden con amplias manifestaciones incluidas en la fórmula *legitimación-equidad* de Mescheriakoff.

Lo anterior ha coincidido con una estrategia regulativa que ha dotado de una relevancia fundamental al Derecho de la organización y al procedimiento administrativo y que ha fomentado la adaptabilidad y flexibilidad de las estructuras administrativas a los fines establecidos⁴⁰⁰. De tal manera, como se resaltó precedentemente, la actuación de la Administración no solo vendrá legitimada por la interpretación del interés general contenido en la Ley sino, además y entre otros parámetros, tanto por la vinculación ciudadana en el proceso de toma de decisiones, como por el propio resultado eficaz a partir de la garantía de haber tenido en cuenta todos los intereses presentes (Agudo, 2013a, pág. 100)⁴⁰¹.

En definitiva, la evolución de las funciones y formas de actividad administrativa y la evidente ausencia de encaje con el modelo tradicional, concebido originalmente para ordenar la actuación de la Administración de policía, así como el surgimiento de nuevos

⁴⁰⁰ El interés por cómo son tomadas las decisiones por la Administración en palabras del profesor Jorge Agudo implica un fortalecimiento del procedimiento, vinculado al fenómeno de la crisis de la Ley. Sus consideraciones sobre la experiencia europea pueden ser trasladadas al mismo fenómeno, en ordenamientos como los latinoamericanos: “El fenómeno de la procedimentalización no es nuevo en Europa. De hecho, es el reflejo de lo ya acontecido en los modernos Estados constitucionales con el paso del Estado Liberal al Estado social. La ampliación de las funciones del Estado y la necesidad de lograr una capacidad de gestión de la información y del conocimiento muy alta para permitir a la Administración alcanzar un Estado operativo eficaz, provocó una sustitución del tradicional modelo regulativo por un modelo fundado en una perspectiva operacional orientada a los problemas (A. VOSSKUHLE: 2007, 105). El fenómeno de la «crisis de la Ley» representa de hecho la incapacidad de la Ley como instrumento de dirección de la Administración moderna. La Ley revela ahora su naturaleza vinculante a través de modelos diferentes de dirección, sustituyendo la programación condicional de la actividad administrativa por una programación finalista que incorpora una creciente procedimentalización, que dirige la toma de decisiones sin mermar una respuesta creativa para cumplir con los objetivos establecidos” (Agudo, 2013a, pág. 87).

⁴⁰¹ La flexibilidad de la actividad administrativa dirigida a fines ha tenido una de sus expresiones en el llamado “Derecho administrativo de la regulación” que en palabras de Parejo (2012, pág. 220): “no obstante padecer obviamente la misma indeterminación que su objeto— como la cifra misma para una Administración a la altura de los tiempos o, simplemente, «moderna», en tanto que expresión de la transformación del Estado prestador en mero garante de las prestaciones con transmutación de su responsabilidad de dar en otra de regular la dación; transformación y transmutación en las que se ve un claro progreso desde la idea de la realización de los intereses públicos por intermedio de las fuerzas actuantes, en competencia, en el mercado”.

modelos regulativos y de gobernanza pública, traen como consecuencia un nuevo entendimiento de la Administración y del Derecho Administrativo.

III. ESPECIAL REFERENCIA A LA FUNCIÓN Y ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA COMO OBJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

En el ámbito colombiano, la Administración como objeto del Derecho Administrativo no se ha asumido desde una corriente teórica única dada la diversidad de tendencias doctrinales que, según la época que se estudie, permiten determinar la influencia de una teoría u otra como dominante. Sobre este aspecto, en concordancia con Santofimio (1996, pág.121), se presentan cuatro etapas en la adopción de criterios tanto por la doctrina, la jurisdicción y el legislativo: “predominio del criterio orgánico, como regla general, y aceptación de una regla de excepción en el criterio material; predominio del criterio material sobre lo orgánico; inexistencia de regla predominante, juego simultáneo e igualitario de todos los criterios”⁴⁰².

Es necesario precisar que en este trabajo tanto en general, como para el estudio del ordenamiento colombiano, se sigue el concepto de función administrativa sugerido por el profesor Montaña (2010, pág. 124):

Conjunto de actividades particulares, disímiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de Estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del Estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico superior.

⁴⁰² Es importante mencionar que en el Derecho positivo colombiano se ha acogido el criterio orgánico y formal, predominando actualmente este último en la definición de la Administración. De acuerdo con el profesor Penagos (1994, pág. 300): “El Código Contencioso de 1941 era demasiado formalista, pues partía de la teoría organicista para explicar la función administrativa, lo cual fue objeto de cambios doctrinal a partir de la reforma contenida en el Decreto-Ley 01 de 1984 (...) Conforme a lo expuesto, se observa que el actual Código Contencioso Administrativo, consagra la teoría objetiva o material, es decir que la función administrativa puede ser ejercida por cualquiera de las ramas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial), y aun por particulares autorizados por la Ley, conforme se desprende de los artículos 1, 82 y 128, numeral 1 del C.C.A. La Constitución de 1991, se ocupó de la función administrativa, y en varios artículos estableció que puede ser ejercida, no solo por las ramas del poder público, y demás órganos del Estado, sino por los particulares autorizados por la Ley (artículos 123, inciso 3.; 210, inciso 2 y 365 inciso 2 C.N.).”

De igual manera, se entiende el concepto de actividad administrativa como contenido y concreción de la función administrativa (Montaña, 2010, pág. 131)⁴⁰³.

En este orden de ideas, puede afirmarse que el enfoque objetivo siempre ha estado presente en la doctrina del Derecho Administrativo colombiano, aunque no siempre ha sido la teoría predominante. Del mismo modo, debe señalarse que dentro de este enfoque el concepto de función administrativa ha tenido diferentes contenidos y fundamentos que han pasado de la simple ejecución de la Ley hasta el cumplimiento de fines constitucionales⁴⁰⁴. No obstante, gracias a la jurisprudencia constitucional en la materia, es posible afirmar que existe acuerdo en que en el actual modelo del Estado Social de Derecho proclamado por la Constitución de 1991, la función administrativa es asumida desde un enfoque eminentemente teleológico. La Corte Constitucional lo ha reiterado en su jurisprudencia:

El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos como lo ha señalado esta Corporación, entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), tenemos que la función administrativa propiamente dicha, se encuentra al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones.” (Corte Consitucional de Colombia, Sentencia C-561 de 1999, 1999)⁴⁰⁵.

⁴⁰³ En consecuencia, el término actuación administrativa lo asumimos como concreción de la actividad administrativa, es decir, la forma en que se “constata el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones administrativas, así como los que dan lugar a una eventual responsabilidad del sujeto que cumple una función administrativa” (Montaña, 2010, pág. 167); nos referimos al acto administrativo y demás formas jurídicas de actuación en ejercicio de la función administrativa.

⁴⁰⁴ Una de las primeras tendencias tiene que ver con la identificación de la función administrativa con la aplicación de la Ley a casos concretos o a la creación de situaciones jurídicas concretas, esto es, se asimila la función administrativa al contenido del acto administrativo individual o particular. Participan de esta tendencia Pérez Escobar (1997) y Sarria (1984, pág.14) para quien la función administrativa es aquella “por la cual los gobernantes expresan su voluntad con el fin de crear una situación jurídica subjetiva o de condicionar una situación jurídica objetiva”. La función administrativa como una actividad práctica Rodríguez Rodríguez (2000, pág. 13) y, por último, como el cumplimiento de los fines estatales Montaña (2010, pág.123) y Molano (2005, pág.228).

⁴⁰⁵ El enfoque teleológico se reitera en la definiciones dadas por la Corte Constitucional: “Se trata pues de reivindicar un Estado Social de Derecho que a través de sus órganos y funciones ejecutoras supere los linderos meramente formalistas para acceder sin más al ámbito de la realización efectiva de las tareas públicas, contando para ello también con la oportuna concurrencia de unos controles institucionales llamados a ejercer sus funciones en términos de valor agregado. De suerte que, bajo los dictados de la Constitución y la Ley, la función administrativa sólo encuentra su razón de ser a través de la acción que privilegia la materialidad sobre las formas en pro de la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes del país” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-558 de 2001, 2001; C-272 de 2003, 2003); “podríamos denominar la función administrativa activa, por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 1998, 1998).

En consecuencia, es posible aseverar que en el marco del Estado Social de Derecho predomina el criterio material de la función administrativa dirigido a la aplicación y cumplimiento de los fines constitucionales⁴⁰⁶. En otras palabras, en aras de alcanzar los fines del Estado, la Administración debe optar por ejercer su función adoptando los medios idóneos que garanticen la eficacia de sus resultados⁴⁰⁷.

A partir de este enfoque de la función administrativa, puede darse explicación a la existencia de un gran número de actuaciones informales asumidas en la práctica por la Administración en la gestión de los asuntos ambientales y en las cuales la participación de la ciudadanía es un objetivo primordial⁴⁰⁸. Esta manera de asumir la función administrativa en el ordenamiento colombiano se ajusta a las consideraciones del profesor Santofimio (1996, pág. 47) sobre los presupuestos fundamentales de la función administrativa y, con ello, se concuerda con la doctrina interna más destacada.

En concordancia con el profesor Santofimio (1996, pág. 47), la legitimidad y legalidad de la función administrativa se fundamenta en cuatro presupuestos: los principios rectores de las finalidades estatales, el régimen constitucional de funciones administrativas y autoridades

⁴⁰⁶ El artículo 2 de la Constitución Política establece los fines del Estado colombiano: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014, pág. 2).

⁴⁰⁷ La perspectiva teleológica es exaltada por el profesor colombiano Molano (2005, pág. 228) cuando afirma: “Para elaborar una dogmática relacionada con la Administración pública del Estado social, es necesario partir de una serie de conceptos ya consolidados en la ciencia del derecho administrativo que forman parte del Estado constitucional en occidente...En efecto, la administración pública, como desempeño de una función del poder que está al servicio de los intereses generales, es la función del Estado que más incidencia recibe de las transformaciones sociales”.

⁴⁰⁸ El ejercicio de la función ambiental como expresión especial de la función administrativa y en el marco del Estado Social de Derecho se fundamenta en los principios proclamados por la Constitución “Debe agregarse – además- que el ejercicio de la función ambiental es, por definición, una manifestación de la función administrativa del Estado, sujeta como tal a los principios que la inspiran, es decir, a la eficacia, la economía, la celeridad y la coordinación (art. 209 C.P.). Ello supone que, en ejercicio de la función administrativa, las autoridades que ejercen competencias ambientales deben actuar de manera coordinada para lograr la protección eficiente, económica y celeridad de los recursos naturales, tal como expresamente lo indica el inciso segundo del artículo constitucional citado. Ninguno de estos principios constitucionales podría realizarse sin la formulación de planes dirigidos por autoridades centrales, pues el encargo que el constituyente hizo al Estado es el de la preservación de los recursos naturales de la Nación” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 462 de 2008, 2008).

responsables, el régimen de competencias legales en materias administrativas y el régimen de sujeción de nuevas estructuras a funciones primordiales.

Los principios rectores están conformados tanto por los postulados del preámbulo constitucional, el carácter social del Estado de Derecho colombiano y la prevalencia del interés general consignado en el artículo 1 de la Constitución, la Carta de Derechos del Título I y los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Ley fundamental⁴⁰⁹. De esta manera, la función administrativa está fundamentada en una legalidad teleológica y formal, siendo la primera prevalente (Santofimio, 1996, pág. 49): La legalidad teleológica se contrapone a la simple legalidad formal. Mientras ésta corresponde al estricto cumplimiento de la Ley en un sentido exegético, aquella significa abordar las finalidades del Estado como impulsora de la legalidad formal.

En segundo lugar, siguiendo con los criterios identificados por el profesor Santofimio, el “Régimen constitucional de funciones administrativas y autoridades responsables” corresponde a la asignación específica de funciones administrativas que la Constitución radica en cabeza ciertos órganos y sujetos (Santofimio, 1996, pág. 50). En el mismo sentido, el presupuesto del “Régimen de competencias legales en materias administrativas y régimen de sujeción de nuevas estructuras a funciones primordiales”, se refiere a la amplia potestad que le otorga la Constitución al legislador de configurar y regular las funciones administrativas (Santofimio, 1996, pág. 51). Y en cuanto al último presupuesto conformado por el “Régimen de sujeción de nuevas estructuras a funciones primordiales”, consiste en el otorgamiento de mayor preeminencia al criterio material de la función pública, al obligar la creación de los órganos a la existencia e importancia de la función administrativa, tal como lo preceptúa el artículo 113 y 285 constitucionales (Santofimio, 1996, pág. 52)⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Además de las citadas disposiciones constitucionales, Santofimio (1996, pág. 48-49) cita otros preceptos que deben prevalecer en el ejercicio de la función pública, estos son el “servicio a la comunidad” (art. 2 y 123 C.P.); “Los servicios públicos como finalidad social del Estado” (art. 365 C.P.) y “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación” art. 2 C.P.).

⁴¹⁰ Con respecto a este presupuesto, puede citarse al profesor Montaña (2010, pág. 123) quien enfatiza la necesidad de repensar el Derecho Administrativo desde un enfoque que privilegie no solamente a los sujetos u órganos administrativos, teniendo en cuenta que con esta perspectiva se legitima la arbitrariedad del legislador al momento de atribuir competencias, deberes y prerrogativas a sujetos que por el sólo hecho de su naturaleza pública gozan de estas atribuciones. En consecuencia: “el Derecho Administrativo debe tener un referente material y sus análisis estructurales, estáticos o subjetivos deben estar condicionados a aquél. El Derecho

Junto a esta mención de los presupuestos fundamentales de la función administrativa, se considera importante resaltar la potestad de la Administración de innovar y crear nuevas formas de actuación en cumplimiento de los fines y principios constitucionales, como es el caso de la concertación informal en asuntos ambientales. Como se verá más adelante en este trabajo, esta afirmación se apoya de manera concreta en la habilitación que la Ley 99 de 1993 les ha otorgado a las autoridades ambientales para implementar los mecanismos de concertación que crea más convenientes para alcanzar el fin de protección ambiental, sin exigir la ejecución de una forma de actuación especial⁴¹¹.

En suma, se considera la actividad administrativa como la expresión en la práctica de los presupuestos fundamentales conformados por los principios de las finalidades estatales, el régimen de responsabilidad y competencias administrativas, a través de diversas formas de actuación, ejercida por órganos administrativos u otros órganos estatales, así como con colaboración de sujetos privados. De este modo, puede adelantarse, en concordancia con la propuesta del profesor Montaña (2010, págs. 123-124), que las características de una función administrativa en el marco del Estado Social de Derecho colombiano, alejada de un enfoque meramente formal, serían las siguientes:

-Se manifiesta en la práctica a través de una dinámica de actividades que buscan alcanzar las finalidades del Estado.

-La función administrativa es “concreción y por ende acción teleológica del Estado”, sin que esto implique “automatismo o ausencia de interpretación y argumentación de sus decisiones”.

- Se sirve de los sujetos y órganos administrativos, como de los demás órganos estatales e incluso de la participación de los particulares⁴¹².

Administrativo debe ser consecuente con las finalidades constitucionales de los estados actuales, y con la lógica económica y social también constitucional de estos, antes que con las calificaciones formales que se hagan de los sujetos de derecho”.

⁴¹¹ Sobre el tema con mayor profundidad en los Capítulos 3 y 4.

⁴¹² Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha reiterado que: “De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).”

-La existencia de la función administrativa es “independiente a los mecanismos de su concreción, y por ende, le es ajeno el problema de si su actuación implica autoridad o no”.

Esta concepción de función administrativa que encuentra su fundamento tanto en la Constitución y la Ley, como en parte de la doctrina nacional⁴¹³, explica el estudio de las diferentes tareas que ha asumido en la práctica la Administración, que no siempre tienen como forma de expresión el acto, el contrato o la norma reglamentaria. Además permite comprender que en el cometido de alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, la Administración se manifiesta a través de diversas actividades que pueden concretarse en las formas jurídicas como el acto, pero también lo hace a partir de formas novedosas que no necesariamente encuentran una regulación integral y completa en el Derecho positivo, como sucede, por ejemplo, como la actuación de concertación informal.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, no se pretende en este trabajo demostrar la existencia de una teoría unívoca sobre el objeto del Derecho Administrativo ni hacer un estudio exhaustivo de las tendencias doctrinales en la materia⁴¹⁴. Al contrario, se busca llamar

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la Ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 2003, 2003). Al respecto ver otros fallos de igual importancia de la Corte Constitucional: Sentencia C-166 de 1995; Sentencia C-316 de 1995; Sentencia C-015 de 1996; Sentencia C-866 de 1999; Sentencia C-558 de 2001 y Sentencia C-272 de 2003.

⁴¹³ Para el profesor Penagos (1994, pág. 296) la función administrativa es definida a partir del cumplimiento de las finalidades estatales: “Lo esencial en la función administrativa es esa finalidad de llevar concretamente a los hechos los cometidos estatales que requieren una ejecución material. Es el rasgo fundamental, que la distingue de las otras funciones”. Para el profesor Rodríguez Rodríguez (2000, pág.13) la Administración desde el punto de vista material o funcional, resalta la función de administrar que se define como “tomar las medidas y ejercer las acciones necesarias para manejar en la práctica el Estado y lograr los fines por él perseguidos”. Por su parte el profesor Vidal Perdomo (1997, pág. 142), si bien no expone una definición propia de función administrativa, sí destaca la prevalencia de las finalidades en su consideración por la Carta constitucional cuando declara en el artículo 209 que la función administrativa está al servicio de los intereses generales, y se desarrolla con fundamento en los principios que la misma Carta consignó especialmente.

⁴¹⁴ Las teorías referenciadas se citan de manera ilustrativa. No corresponde a este estudio hacer una revisión exhaustiva de las corrientes doctrinales en la materia, teniendo en cuenta que la identificación y conceptualización de la Administración pública como objeto del Derecho Administrativo es uno de los grandes temas que ha abordado la doctrina *ius* publicista y al cual se han dedicado diversidad de escritos. Al respecto, Parejo (1998, pág. 1) destaca la polémica que ha originado esta tarea de la doctrina y, que todavía está lejos de haberse apaciguado, razón por la que Muñoz Machado, para referirse al tema, haya acuñado la frase: “la pequeña historia de sucesivas frustraciones” (1977, pág. 520).

la atención sobre la dificultad que ha caracterizado tal tarea y que, con mayor razón, prueba la infructuosa labor de encasillar a la Administración y su actividad según unas formas inalterables y atemporales⁴¹⁵.

Se defiende la idea de estudiar a la Administración y su actividad como objeto del Derecho Administrativo conforme con el modelo de Estado que le ha servido de fundamento y los distintos enfoques (subjetivos y objetivos). Esta visión amplia o también llamada pluralista⁴¹⁶, permite identificar el criterio que más se ajuste al estudio del fenómeno administrativo según la evolución histórica de la doctrina y fines estatales que lo influyen en un territorio, un ordenamiento y una época específica, sin sacrificar una visión sistemática del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el objeto del presente estudio es la revisión de la actividad administrativa que implica la protección ambiental y las novedosas formas de actuación participativas, entre ellas las llamadas informales, se reitera que esta cuestión, que constituye solo una parte de la complejidad de las manifestaciones del fenómeno administrativo, es susceptible de abordarse apropiadamente a partir de una concepción de la Administración como función, en palabras del profesor Montaña (2010), como “verbo”.

Para efectos de este estudio, el criterio orgánico o subjetivo de la Administración pública como objeto del Derecho Administrativo presenta inconvenientes para explicar la aplicación del régimen administrativo a sujetos distintos de la Administración, comprender la participación de los particulares en los procedimientos de toma de decisión o en la concertación de ciertas actividades para apoyar el mejoramiento de la función administrativa

⁴¹⁵ De igual manera, la tarea de definir de manera positiva y en términos generales la función administrativa como objeto del Derecho Administrativo ha sido asunto de un gran número de aproximaciones teóricas sin que pueda afirmarse, la preeminencia de una teoría sobre las otras. La complejidad del fenómeno administrativo se demuestra en la imposibilidad de definir en términos abstractos las características de su manifestación práctica y sus diferencias con las demás funciones del Estado. La principal crítica a las teorías materiales de la Administración se centra en su imposibilidad para establecer sustancialmente qué es lo que hace a la función tener la calidad de administrativa, y de manera específica, cuál es el contenido de esta función. Igualmente, con respecto al criterio teleológico, se critica su virtualidad para explicar las particularidades de la función administrativa, teniendo en cuenta que los fines a los que se refiere, no son exclusivamente de la Administración, sino que vinculan a todos los poderes del Estado. Sobre esta materia: García de Enterría & Fernández (2008, págs. 4-5).

⁴¹⁶ Este enfoque nace como reacción al monismo, con el argumento de la imposibilidad de definir con base en un único criterio el objeto del Derecho Administrativo. En tal sentido, la conceptualización de lo jurídico-administrativo, debe reconocerse la importancia tanto del aspecto orgánico, funcional y teleológico. En la doctrina colombiana es partidario de esta tendencia doctrinal el profesor Santofimio (1996, pág. 125).

ambiental. Igualmente, tal enfoque no permite abordar desde el Derecho Administrativo la eficacia de su actuación a partir de conceptos como la gobernanza⁴¹⁷ en una concepción del Derecho Público como sistema abierto.

El enfoque orgánico o subjetivo de la actividad informal de concertación es útil, sin embargo, en la medida en que sirve para identificar si los órganos u organismos públicos cuentan con la potestad y la competencia para ejecutar los actos de concertación informal para alcanzar los fines de una política pública o para lograr la colaboración de los particulares en el progreso de las tareas administrativas ambientales. En este sentido, la identificación de órganos administrativos y de una potestad, al menos general, que los habilita para efectuar la actividad concertadora, permite explicar, en principio, que tal actividad deber ser objeto de estudio del Derecho Administrativo.

No obstante, este enfoque no es suficiente para tratar los procedimientos que suscitan la concertación, la intervención de los particulares, los fines que persigue y sus efectos jurídicos. Teniendo en cuenta que la concepción orgánica centra su atención en la organización administrativa, y ante la inexistencia de normas jurídicas específicas que atribuyan competencias y regulen las formas de actuación de los órganos administrativos involucrados en los procesos de concertación informal, no es posible obtener una explicación sobre la aplicación del Derecho Administrativo a tal actividad.

Con consciencia de estos inconvenientes, se considera que un estudio coherente con las nuevas actividades de la Administración en las que tienen un papel importante las actuaciones de colaboración y concertación con los particulares, se explica desde el enfoque de la función administrativa en cumplimiento de fines y principios constitucionales. En este enfoque no es lo principal la organización, estructura o manifestación del poder de la Administración, sino la determinación del cumplimiento de sus deberes en el marco de un Estado Social de Derecho. **Lo anterior no quiere decir que deba eliminarse del objeto del Derecho**

⁴¹⁷ Vale la pena recordar que las distintas construcciones sobre las formas de gobernación, gracias a la evolución del Estado moderno, hacen énfasis en la transformación de la reflexión de la ciencia política desde el concepto de gobernabilidad, centrado en el estudio del sujeto u órgano que detenta el poder público, a la gobernanza, enfoque que desplaza su análisis a la actividad del poder público en su interacción con los actores sociales y la capacidad de cumplir con los compromisos adquiridos.

Administrativo, la perspectiva subjetiva de la Administración, sino que para el estudio que se aborda no es una perspectiva suficiente⁴¹⁸.

Esta propuesta es coherente con el enfoque sistemático del Derecho Administrativo propuesto en este trabajo, en el cual el concepto de “responsabilidad estatal”, como se tratará más adelante (en el Capítulo 3), ayuda a comprender la existencia de un reparto de responsabilidades entre la Administración y la ciudadanía en el que encajan las diferentes actuaciones de concertación informal (Schmidt Assmann, 2003, págs. 186-188). Se trata de un nivel intermedio de responsabilidad de la Administración en el que ésta requiere de la participación para disponer los medios adecuados para cumplir con los fines estatales reconocidos en la Constitución.

Complementa esta visión del Derecho Administrativo la apertura del enfoque sistemático que le permite acoger figuras y conceptos de otras disciplinas para interpretar y adaptarse a la realidad cambiante. **En la perspectiva sistemática, el estudio de la función y actividad administrativa se fundamenta en las relaciones que guardan los conceptos dogmáticos-jurídicos y los extrajurídicos, en el caso de este trabajo, el concepto de la gobernanza.**

C. REVISIÓN DE LAS FUNCIONES DEL CONCEPTO DOGMÁTICO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA A LA LUZ DE LA GOBERNANZA, EL CRITERIO TELEOLÓGICO Y EL DERECHO AMBIENTAL

Con la aproximación conceptual a la teoría de la gobernanza y a la función administrativa desde el criterio teleológico se han planteado dos marcos teóricos desde los cuales se propone la revisión y adaptación del concepto de actividad administrativa. Con el fin de continuar este análisis, es necesario precisar que **la revisión del concepto dogmático no se dirige a su definición genérica, como concreción de lo que deba entenderse por la función**

⁴¹⁸ En un sentido similar, en la doctrina internacional se identifica el criterio funcional- finalista como criterio que mejor se ajusta para hacer análisis de novedosas situaciones que la globalización plantean al Derecho Administrativo. Así, en el caso del ejercicio de la función administrativa internacional, se considera que: “Un argumento más para identificar a la administración pública con las actividades que realiza (criterio funcional) es observar que existen organismos internacionales que con la autorización del Estado pueden ejercer esas mismas actividades. El ejercicio de dichas actividades administrativas internacionales permite apreciar desde otra perspectiva el hecho de que el criterio orgánico no es más la única forma de identificar a la administración pública, y resulta insatisfactorio. Aun así, la necesidad de un aparato organizacional que tenga por sustrato el ejercicio de actividades administrativas es necesario” (Covilla, 2014, pág. 169).

administrativa, sino al análisis de sus funciones. Esta propuesta no implica reemplazar o crear un concepto nuevo de actividad administrativa. Al contrario, se construye a partir de éste, para proponer su reforzamiento y renovación.

La revisión y adaptación de la actividad administrativa, entendida como concreción de las finalidades del Estado, **se justifica en la medida que ha perdido la virtualidad de explicar, describir y ordenar la realidad**⁴¹⁹. El examen de la insuficiencia del concepto dogmático se propone aquí, además, tanto desde el estudio del sector de referencia del Derecho Ambiental⁴²⁰, como desde los aportes de la gobernanza como concepto clave, con miras a establecer la abstracción necesaria que requiere la adaptación del concepto general⁴²¹.

La complejidad de la gestión pública ambiental ha hecho que la doctrina que explica la actividad administrativa, como aquella que se manifiesta a través de ciertas modalidades y actuaciones formalizadas, sea demasiado rígida para su comprensión. En este sentido, ya se ha puesto de relieve, que en el Derecho positivo Ambiental la gobernanza se ha adoptado como referente a seguir a la hora de identificar formas de actuación administrativa basadas en la participación, que se consideran idóneas para la toma de decisiones que involucran variados intereses⁴²².

En consecuencia, las citadas actuaciones administrativas han pasado a integrar el abanico de formas jurídicas a partir de su fundamentación en el principio de eficacia y del

⁴¹⁹De acuerdo con la profesora Díez Sastre (2015, pág. 126): “Tal y como se han definido, los conceptos dogmáticos son herramientas que describen, explican y ordenan la realidad para permitir pensar mejor sobre ella. Para cumplir esas funciones han de ser suficientemente precisos. Ello exige una tarea continua de adaptación o reformulación de los conceptos existentes que se consideran obsoletos –porque las zonas grises han crecido demasiado y ya no son explicativos, exigiendo numerosos matices en su definición (...)”.

⁴²⁰Como se ha llamado la atención en páginas anteriores, los cambios políticos, tecnológicos y sociales generados a partir de la crisis ambiental en la sociedad del riesgo justifican una nueva re-adaptación del concepto tradicional de la actividad administrativa en lo que concierne al trámite de los asuntos ambientales.

⁴²¹ “En el ámbito del Derecho Administrativo los conceptos también son útiles para explicar y ordenar las actuaciones formales de la Administración (por ejemplo, acto, reglamento, contrato), especialmente en el ámbito del Derecho de policía. Pero habrá ámbitos específicos de actuación preeminentemente material de la Administración –como sucede en el caso de la Administración del Estado social-, donde los conceptos resultarán rígidos –y, por tanto, devendrán rápidamente obsoletos- o demasiado abstractos –transformándose en conceptos clave-. En esos casos, la operacionalización del material jurídico se llevará a cabo con un mayor éxito explicativo a través de conceptos clave y conceptos puente, principios y, fundamentalmente, de tipos o modelos...” (Díez Sastre, 2015, pág. 127).

⁴²² Como se indicó en la primera parte de este capítulo, la relación entre la gobernanza y el Derecho no es ajena a la doctrina administrativa. Desde siempre la relación entre el Derecho Administrativo y otras ciencias, como las de la Administración y la Política, ha sido objeto de reflexión en la mayoría de manuales de estudio, destacando que su conocimiento es indispensable dado que permiten al jurista el conocimiento pleno del fenómeno social so pena de estar “condenado a tener un grave divorcio con la realidad” (Gordillo, 2003, pág.19).

cumplimiento de los fines de la función administrativa. Se innova así la clasificación tradicional tripartita de la norma, acto y contrato y, además, se discute la idea generalizada de que determinadas actuaciones son exclusivas, o mejor, más ajustadas para ejecutar las tareas de la Administración, también tradicionales, de policía, servicio público y fomento.

En este orden de ideas, se ha apuntado que **el concepto de gobernanza ha sido interiorizado por el Derecho**. Esto es, se ha resaltado que, por lo menos, en el ámbito ambiental gran parte de su actuación observa las ideas de la gobernanza, lo que ha significado una mejor comprensión de la dinámica social y, por tanto, una mayor apertura a la participación y distribución de responsabilidades entre la Administración y la ciudadanía en el ámbito público. Sin embargo, **en la doctrina jurídica interna no se ha adelantado una reflexión teórica sobre la forma en que en la práctica se han asumido las directrices de la gobernanza promovidas por distintos instrumentos jurídicos, así como ésta sirve para transformar o reinterpretar en parte el concepto de actividad administrativa**.

Para ilustrar la afirmación anterior, puede citarse, por ejemplo, la inexistencia de análisis teóricos internos sobre los cambios que se han manifestado en la función y organización de las autoridades ambientales nacionales y regionales en el ámbito de la gestión de áreas protegidas, que han sido objeto de Acuerdos REM y otro tipo de procesos de diálogo con comunidades. Sobre estos temas, la literatura académica se limita a describir la estructura orgánica, el régimen de competencias y las categorías de conservación *in situ*, sin una reflexión profunda sobre la intervención de las comunidades étnicas y organizaciones ciudadanas en su gestión, y con ello, un análisis de la transformación de la actividad administrativa ambiental.

Debe reiterarse que en tal análisis no se trata de hacer una inserción de criterios de otras ciencias para hacerlos pasar como conceptos jurídicos⁴²³. Se asume la gobernanza como un

⁴²³ La gobernanza no puede asimilarse a una institución jurídica que establece una realidad específica, la abstrae y ordena a partir de un conjunto de reglas. Por el contrario, al ser la gobernanza integrable entre los conceptos clave, ésta plantea nuevas ideas necesitadas de concreción. En una posición contraria Curtin & Dekker (2002, pág. 138) estiman que la gobernanza puede insertarse dentro de la categoría de institución jurídica desarrollada por el Derecho de la Unión Europea. En esta institución jurídica “se describen una serie de características básicas del funcionamiento de la Unión Europea (y sus instituciones y órganos) al afirmar que el ejercicio de las competencias en el nivel europeo se rige por «normas, procesos y comportamientos» relacionados con «la apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia»” (traducción propia). Esta propuesta teórica se presenta en el marco de la Unión Europea primera razón por la que, la institución jurídica de la gobernanza a la que alude no puede generalizarse a otros ordenamientos. De igual manera, la propuesta no se explica el origen

concepto clave⁴²⁴, esto es, como un concepto que transita entre las Ciencias Políticas y la Ciencia Jurídica, y que posee ciertas funciones en la construcción dogmática⁴²⁵. En este aspecto es de insistir que al recurrir a la gobernanza como un concepto clave, se plantea a su vez un trabajo de **construcción dogmática que propone el reto de integrar al análisis jurídico la comprensión de un contexto social y político concreto.**

Por su parte, **el enfoque teleológico de la función administrativa permite entender cómo a partir del deber de asegurar los fines de protección ambiental y de participación ciudadana en las decisiones que puedan afectarla, se admite la aparición de una actividad administrativa concertadora y más flexible,** frente a la tradicional toma de decisión individual e impositiva. Para abordar este planteamiento, no puede desconocerse el contexto constitucional planteado por el Estado Social de Derecho.

Partiendo de este punto, el interés que guía este apartado es plantear el **fortalecimiento de las funciones del concepto de la actividad administrativa a fin de que incluya de manera suficiente el fin de participación ciudadana, estrechamente vinculado al fin de protección ambiental.** Se plantea que estos fines se cumplen de manera transversal en las diferentes modalidades de la actividad de la Administración, aunque de manera especial se manifiesten en actuaciones novedosas como la de concertación informal en el ámbito del Derecho Ambiental.

extrajurídico del concepto y su inserción sistemática al Derecho. No obstante, la existencia de esta perspectiva teórica indica la aceptación e importancia del discurso de la gobernanza para el Derecho.

⁴²⁴Los conceptos clave "...están llamados a la concreción y al desarrollo ulterior, no dan una respuesta unívoca, sino que muestran el camino que ha de seguir el pensamiento científico... En los conceptos clave se condensan aquellas ideas fundamentales –o supraconceptos–, que son necesarias para repensar, y avanzar en, la construcción del repertorio existente de las instituciones jurídicas y de los modelos de regulación, habida cuenta de los cambios que ha experimentado la realidad" (Schmidt Assmann, 2006b, pág. 178).

⁴²⁵ Con fundamento en las directrices metodológicas de Schmidt Assmann (2006b, pág. 177), la gobernanza como concepto clave posee funciones útiles para el presente estudio dogmático: aproxima el análisis científico del Derecho Administrativo con la realidad política y social en la que se desenvuelve (función comprensiva); posibilita la creación de ideas ordenadoras de la forma en que se surte en la práctica la actividad administrativa en interacción con diversos actores privados, lo que implica la generación de hipótesis sobre posibles efectos jurídicos (función interpretativa y explicativa); y otorga indicaciones u orientaciones para desarrollos futuros (función orientadora), tarea que como se expuso se plantea a través de los principios de la buena gobernanza.

D. LAS FUNCIONES DOGMÁTICAS DE EXPLICAR Y DESCRIBIR LA REALIDAD EN EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Entre las funciones del concepto dogmático de actividad administrativa que es necesario revisar para indagar sobre su adaptación se encuentra **“explicar y describir la realidad”**⁴²⁶. Este análisis es necesario por dos razones: dado el contexto jurídico del Estado Social de Derecho que, como se dijo precedentemente, sujeta la actividad al cumplimiento de unos fines concretos; y dada la modificación de las circunstancias sociales y políticas que en muchos casos es reflejada en la generación y dispersión de normas positivas especiales⁴²⁷.

Como se expuso en el acápite dirigido al estudio de **la gobernanza** (*vid.* 2) **este concepto en su dimensión descriptiva manifiesta la transformación que se ha dado en el modo de gobernanza política**. Se trata de una dirección de los asuntos públicos menos vertical y más mediadora, presionada tanto por las crisis económicas y la aparición de la sociedad del riesgo, como por los colectivos sociales que exigen una participación constante en todo tipo de toma de decisiones (Mescheriakoff, 1990; Prats, 2005a; Ponce, 2010).

Tal contexto social ha sido asumido por el Derecho positivo, a través de la adopción de una serie de figuras jurídicas que garantizan la participación de la ciudadanía en un sinnúmero de ámbitos de decisión pública. La diversidad de formas de participación ciudadana en la actividad administrativa se inserta en todo tipo de normas que desarrollan tanto las tareas de policía, servicio público o fomento, por mencionar aquí una tipología básica o tradicional de las modalidades de la actividad administrativa.

Para aclarar mejor este asunto, conviene explorar brevemente, en el ámbito del Derecho Ambiental positivo, cómo se ha configurado la participación, teniendo en cuenta que se trata

⁴²⁶ En las ciencias sociales como en las ciencias básicas, los conceptos poseen dos tipos de funciones: las cognitivas y las operativas. Las primeras, corresponden al estudio de realidades existentes; las segundas, llevan al control o construcción de una nueva realidad (Gabriel, 2014, pág. 7). La función de explicar del concepto de actividad administrativa corresponde entonces a una función cognitiva. Por el término explicar según su significado general se entiende: “Declarar o exponer cualquier materia, doctrina o texto difícil, con palabras muy claras para hacerlos más perceptibles...Llegar a comprender la razón de algo, darse cuenta de ello.” Y por describir se entiende: “Representar a alguien o algo por medio del lenguaje, refiriendo o explicando sus distintas partes, cualidades o circunstancias” (Real Academia Española, 2015).

⁴²⁷ En este caso cabe citar las consideraciones de Calvo García (2005, pág. 29): “La utilización del derecho como medio para la realización de políticas de intervención y promoción de fines, valores e intereses sociales abre las compuertas del sistema jurídico a una nueva racionalidad político-burocrática que determina una explosión legislativa, una auténtica avalancha de normas jurídicas”.

de uno de los sectores especiales en los cuales las directrices de la gobernanza han sido principalmente acogidas tanto en el orden internacional, como en el interno (*vid.* Cap. 2.A-II)⁴²⁸. En concreto, tal influencia se evidencia en el ordenamiento ambiental colombiano, en el que la gobernanza ha inspirado las políticas públicas de los últimos años y se ha incluido en la legislación una multiplicidad de mecanismos de participación (Castro, 2011). No se trata aquí de describir el derecho de participación que poseen directamente los afectados con las decisiones administrativas, mecanismo que desarrolla una garantía mínima de protección de derechos individuales. La referencia se dirige a la participación ciudadana que busca colaborar en la consecución del interés general y que, por ello, se debe tener en cuenta de manera especial dentro del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁴²⁹.

A continuación, de forma ejemplificativa, se citan diferentes mecanismos de participación ciudadana y actuaciones administrativas que disponen espacios de diálogo y concertación, y que tienen presencia en la ejecución de las modalidades básicas de actividad administrativa en asuntos ambientales. El propósito es desvelar que el Derecho positivo se ha enriquecido con numerosas figuras participativas y como la Administración innova en la ejecución de las diferentes modalidades de actividad. **Esta expresión del Derecho positivo, e incluso la jurisprudencia que lo interpreta, mostrará cómo los conceptos dogmáticos se han hecho muy estrechos para explicar la realidad que ha sido asumida por un conjunto de reglas flexibles, dispersas y con contenido diverso**⁴³⁰.

⁴²⁸ Sobre el mismo tema, pero en un contexto más general, pueden consultarse “la ejemplificación de los nuevos escenarios abiertos para el Derecho administrativo como sistema científico” propuestos por Barnés (2014a, págs. 80-83).

⁴²⁹ En este caso se acude a la idea de derechos de participación que cita Sánchez Morón (1980, pág. 97): “Ahora no se trata de proteger una esfera individual, sino de colaborar *con* otros sujetos, con la propia Administración, en primer lugar, a establecer las ventajas concretas de tipo colectivo que han de derivar de una actividad administrativa. La norma puede fijar con carácter más o menos general las categorías de los ciudadanos u organizaciones a quienes concede la facultad de tomar parte en las decisiones (...)”.

⁴³⁰ Como se expuso precedentemente una de las razones que justifica la adaptación de un concepto dogmático es la transformación del ordenamiento jurídico propiciado por cambios sociales. Von Bogdandy (pág. 327, 2013) resalta el objeto de la dogmática de un Derecho Administrativo, que no solamente se limita a la compilación del material positivo y las indicaciones para su interpretación, así “el método jurídico” exige la “estructuración del Derecho mediante conceptos autónomos. Sobre esta base, el material positivo es transcendido, aunque no por medio de reflexiones políticas, históricas o filosóficas, sino mediante conceptos estructurales...”.

I. ESTUDIO DE FIGURAS DE PARTICIPACIÓN AMBIENTAL EN EJECUCIÓN DE LAS DIFERENTES MODALIDADES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

Para abordar este análisis es necesario justificar el uso de la tipología clásica de las modalidades de la actividad administrativa⁴³¹. Cabe precisar que la doctrina administrativa tradicional hasta la contemporánea ha presentado diversas elaboraciones dogmáticas sobre las diferentes tareas que la Administración debe asumir en observancia de los fines perseguidos por el modelo de Estado imperante⁴³². La tipología clásica más difundida identifica las tareas administrativas en: de policía, servicio público y estímulo a la actividad privada o de fomento⁴³³.

Actualmente, si bien esta tipología de la actividad administrativa no ha perdido su vigencia y sigue citándose por la doctrina, también se ha aludido la limitación de tal clasificación y la variedad de tipos que hoy pueden explicar (y que no agotan) la actividad administrativa

⁴³¹ Se citan las tres modalidades básicas con la intención de ser un ejercicio meramente expositivo y ejemplificativo, por lo que no se desconocen otras modalidades identificadas por la doctrina como la de planificación que puede también enriquecer la argumentación.

⁴³² En la doctrina alemana, para Mayer (1949, págs. 15-16) y Merkl (1975, págs. 295-300), la actividad de la Administración se ofrecía en cinco ramas o grupos de materias: la administración interior, la exterior, la militar, la financiera y la administración de justicia a través de las cuales cada finalidad estatal tenía su cumplimiento. La administración interior sería aquella que se presenta como “el corazón de la administración, aquel campo de su actividad en el cual el Estado tropieza cotidianamente con el ciudadano...” (Merkl, 1975, pág. 296) y que, a su vez, se divide en el derecho individual y el derecho de las asociaciones; y las actividades restantes a su vez se clasifican en los fines de seguridad y poder (*la administración de policía*), y los fines culturales (*la administración cultural*). Actualmente, Schmidt Assmann (2003, págs. 181-186) identifica las diferentes modalidades de actividad administrativa en las que conserva las clásicas de *ordenación* (actividad de policía) y *prestación* (actividad de servicio público y fomento) e incorpora otras contemporáneas como la actividad administrativa de dirección y de mediación. En la doctrina francesa se identifican tres tipos básicos de actividad administrativa de policía, servicio público y de incentivo a la actividad privada (De Laubadere, 1984, pág. 195; Vedel, 1980, págs. 12-13). En España, la doctrina francesa del servicio público y la doctrina alemana de la función de policía, se asumió a partir de la propuesta de Jordana de Pozas de la clasificación tripartita de actividad de policía, servicio público y fomento (Parejo, 2011, pág. 276; Villar Ezcurra, 2000, págs. 285-286). En una revisión de esta doctrina Villar Ezcurra (2000, págs. 295-300) propone redefinir estas categorías en: actividad de mantenimiento de orden público; estímulo a la actividad de los particulares; garantía de la prestación de servicios o bienes; y prestación directa de servicios o bienes.

⁴³³ Esta clasificación tiene origen en la doctrina francesa. Uno de los autores clásicos De Laubadere (1984, pág. 195) describe esta clasificación de la siguiente manera “la administración interviene cada día más en la actividad de las personas: unas veces se limita a *reglamentarla*, otras veces trata de *ayudar* y *estimular* (por ejemplo, con subvenciones); en ocasiones la *controla* y *supervisa* (por ejemplo, someténdola a declaraciones o autorizaciones) y en otras *toma las riendas* para asegurar el ejercicio de una actividad (este es el servicio público propiamente dicho)”. En Colombia esta forma de clasificar la actividad administrativa fue introducida directamente de la doctrina francesa por Vidal Perdomo (1980, págs. 221-297).

(Parejo, 2011, págs. 275-277)⁴³⁴. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en la actualidad la construcción del Derecho en grandes materias o sectores tiende a desdibujarse.

Esta investigación no tiene el propósito de enumerar los conceptos y clasificaciones que la doctrina ha hecho de las modalidades del actuar administrativo, como tampoco proponer una sistematización nueva⁴³⁵. Su objetivo se limita al uso metodológico de la tipología clásica de las tareas de la Administración, para ilustrar como el fin de participación se cumple de manera transversal en las diferentes manifestaciones de la actividad administrativa, con el apoyo de ejemplos del Derecho positivo.

En todo caso, se reitera que el contenido del concepto de actividad administrativa y su expresión en un conjunto de grandes materias está condicionado a los fines a los que sirve el Derecho Administrativo en un contexto social y político determinado⁴³⁶. No se trata entonces de un concepto atemporal, sino siempre necesitado de justificación y concreción. De allí, el sinnúmero de tareas o modalidades que ha comprendido el concepto a través de una perspectiva histórica de la doctrina administrativa⁴³⁷.

Con lo dicho anteriormente deben precisarse dos cuestiones: en primer lugar, no se promueve que por cada fin constitucional del Estado se defina una tarea o modalidad de actividad administrativa. Un planteamiento así no contribuye con una construcción

⁴³⁴ El profesor Parejo (2011, págs. 276) indica que en la actualidad a la clasificación tripartita de la actividad administrativa se le han añadido dos modalidades más como: una cuarta “la producción directa de bienes y servicios de dación de los mismos al mercado”; y una quinta, la actividad arbitral o de mediación entre derechos o pretensiones de particulares”, así mismo, cita las actividades de “planificación y programación” y “al hilo de las políticas de «desregulación» y «privatización» ha de sumarse a las anteriores una actividad de garantía de la prestación de los servicios entregados a la lógica de la iniciativa privada en el marco del mercado”. De igual manera, el mismo profesor Parejo (2011, págs. 290) incluye una nueva modalidad administrativa: «la actividad administrativa de prevención y preservación» que desarrolla la “finalidad de protección preventiva de bienes de especial valor” cuyas manifestaciones se dan en ámbito de la protección de los bienes de interés histórico-artístico, la protección del medio ambiente, la protección del libre desarrollo de la personalidad del menor, y la protección de la seguridad en la construcción o las actividades industriales.

⁴³⁵ La mención a los diferentes autores en las citas anteriores es meramente indicativa y, por tanto, no exhaustiva.

⁴³⁶ “Cada finalidad administrativa en particular queda incardinada dentro de una de estas grandes ramas y la suma de ellas agotaría el conjunto de todas las actividades posibles de la administración” (Merkl, 1975, pág. 296).

⁴³⁷ Corresponde también tener presente que en la construcción sistemática del Derecho Administrativo, los fines estatales actúan como un criterio que otorga unidad y orden al conjunto de tareas administrativas. En consecuencia, no es tan relevante el hecho de una expansión de modalidades de actividad administrativa, siempre que encuentre fundamento en un fin que reconduzca a la unidad y orden del sistema jurídico, además de que mantenga la abstracción del concepto para cumplir sus funciones dogmáticas. Entre otras cosas, porque el científico del Derecho no puede controlar el devenir de los cambios sociales y de los propósitos políticos del Estado que suponen cambios en las tareas públicas.

sistemática del Derecho Administrativo y desdibuja la función de ordenación de los conceptos dogmáticos. Se entiende que tales fines pueden ser cumplidos de manera integral y transversal por los diferentes tipos de actividad⁴³⁸. Justamente tal posición hace parte de la propuesta de este trabajo, *verbi gratia*, sobre el fin de garantía de la participación ciudadana y la protección ambiental cuyo cumplimiento se impone de manera transversal a todas las actividades.

En segundo lugar, se comprende que las diferentes clasificaciones doctrinales de la actividad administrativa, además de cumplir con las funciones de los conceptos dogmáticos, son un recurso académico que permite la didáctica para una mejor comprensión⁴³⁹. Por tal razón, no se excluyen, pero se reitera su encuadramiento dentro de los estrictos fines de la enseñanza.

Con las anteriores formulaciones teóricas se trata de establecer una construcción sistemática que llene de sentido y coherencia el entramado que suponen los conceptos de función y actividad administrativa con respecto a su fundamento en un orden de valores o fines constitucionales. De esta manera, establecer las bases conceptuales para construir una propuesta coherente de revisión y adaptación de las funciones del concepto de actividad administrativa, que incluya actuaciones innovadoras como la concertación informal.

1. ACTIVIDAD DE POLICÍA

En el caso de la actividad de policía, también llamada de ordenación e intervención (Parejo, 2011, pág. 279)⁴⁴⁰, la normativa ambiental autoriza la intervención ciudadana con el ánimo de colaborar en la tarea de asegurar “el buen orden ambiental”. **Esta actividad que se ejerce a través de las llamadas normas de protección medioambiental y de conservación**

⁴³⁸ Ejemplo de ello es el fin de garantizar la seguridad ciudadana que se cumple en parte a través de la actividad de policía, pero que sin duda requiere de otras modalidades para su pleno cumplimiento, como la actividad de prestación, que contribuye por con mantener los servicios públicos necesarios para que tal actividad pueda aplicarse en la realidad.

⁴³⁹ Nos referimos a los tipos de clasificación de la actividad administrativa ya citadas más arriba y que Parejo (2011, pág. 276-278; 251), por ejemplo, clasifica en: según el “sujeto que la realiza y según el estatuto del destinatario”, acción pública “interior, externa o doméstica”; de derecho común o no; etc.

⁴⁴⁰ Parejo (2011, pág. 279) la define como “la procura del buen orden de la colectividad mediante la regulación de la actividad con la que los ciudadanos –administrados- persiguen sus propios intereses y, por tanto, con intervención productora de limitaciones en las posiciones y situaciones subjetivas de aquello”.

de la naturaleza⁴⁴¹, permite diferentes niveles de participación ciudadana, esto es, tanto en su formulación por el Gobierno, en el procedimiento para la expedición de una autorización, como durante la ejecución de las actividades autorizadas.

a). Formulación de normas ambientales.

Con respecto a la etapa de formulación de las normas, en el ámbito interno se dispone por el Gobierno de espacios de participación ciudadana. Sea que se trate de aquellas normas que fijan objetivos medioambientales generales, establecen estándares de inmisión o emisión, constituyen determinaciones técnicas o determinan medidas de conservación de la naturaleza en el nivel nacional.

La participación ciudadana en la formulación de normas de protección ambiental y conservación de la naturaleza se surte a través de varias modalidades: **consulta previa; consulta pública; reuniones de concertación** con los diferentes sectores sociales; así como **foros** abiertos al público en todo el territorio nacional. Estas formas de participación tienen un grado mínimo de formalización. Cuentan con una habilitación general, contemplada en la Ley o los reglamentos, a la Administración para su implementación, pero su forma concreta y procedimiento no está regulado⁴⁴². Estas actuaciones pertenecen a lo que se ha denominado como actuaciones informales de concertación⁴⁴³.

⁴⁴¹ De acuerdo con la tipología que propone el profesor Agudo (2004, págs. 35-37), nos referimos a las llamadas normas de “protección medioambiental” que se definen como: “*normas que establecen medidas de protección del medio ambiente fijando niveles de protección generales concretables en cada caso en límites y condiciones específicas*”. Estas normas se clasifican en los siguientes tipos: (I) *según establezcan resultados u objetivos*: (a) normas que establecen objetivos medioambientales de dimensión internacional o comunitaria; (b) normas que integran estándares de inmisión que establecen niveles máximos de concentración de contaminantes; (II) *según establezcan medidas de protección en términos de ejecución o relación con ejercicios de actividades que afectan el ambiente*: (a) normas que integran estándares de emisión que establecen niveles máximos de emisión o vertido en la fuente (estándares sobre fuentes fijas, móviles y de producto); (b) normas reguladoras de los procedimientos contaminantes que establecen determinaciones técnicas sobre el ejercicio de las actividades contaminantes: (medidas correctoras y cláusulas técnicas); por último, *Normas de conservación de la naturaleza*: (a) medidas de protección de especies de fauna y flora; (b) medidas de protección de espacios naturales protegidos; y (c) medidas de protección del dominio público natural.

⁴⁴² En este sentido, Beladiez (2000, pág. 330) afirma que la Administración tiene libertad de actuación aún sin existir una norma expresa que la autorice, siempre que tal actuación no esté prohibida y se persiga un fin de interés general.

⁴⁴³ Los variados procesos de participación y concertación son divulgados por el Gobierno a través de los informes de rendición de cuentas, como prueba de una efectiva gestión de la actividad pública. Un ejemplo son los informes al Congreso por parte del presidente de la República, en los que se da cuenta de los diversos resultados de los procesos participativos. Se citan algunos como el Informe al Congreso de 2008 del presidente Álvaro Uribe Vélez que, en el Capítulo 5, titulado “Una gestión ambiental y del Riesgo que promueva el

- El deber de **Consulta Previa** está regulado de manera precisa como un derecho de las comunidades étnicas a ser consultados cuando una medida legislativa o administrativa pueda afectarlos. Este mecanismo de participación está consignado especialmente en la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales⁴⁴⁴; de manera general, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴⁴⁵ y en el Decreto 1345 de 2010: “por el cual se establecen directrices de técnica normativa”⁴⁴⁶.

Este mecanismo es general, por lo que debe aplicarse a proyectos de norma o decisiones administrativas de todos los asuntos que puedan afectar a las comunidades, no solo de orden ambiental⁴⁴⁷. Igualmente, el procedimiento de la Consulta Previa no está

desarrollo sostenible”, informa sobre los acuerdos con 23 comunidades indígenas para establecer regímenes especiales de manejo en áreas protegidas del país, convenios especiales con empresas para promover el bio-comercio, la firma de acuerdos de concertación con empresas de telefonía para móvil y equipos de cómputo para lograr una gestión ambiental adecuada (Presidencia de la República, 2008, págs. 162-164). De igual manera se cita el informe del Gobierno de 2013 en el que se informa sobre los procesos de concertación con los gremios y empresas para avanzar en la competitividad (Presidencia de la República, 2013, pág. 42)

⁴⁴⁴ “Artículo 6. 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” (Congreso de la República, Ley 21 de 1991, 1991).

⁴⁴⁵ “Artículo 46. **Consulta obligatoria.** Cuando la Constitución o la Ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar” (Congreso de la República, Ley 1437 de 2011, 2011).

⁴⁴⁶ “Artículo 9°. **Deber de consultar.** Cuando la Constitución y la Ley así lo ordenen, deberán realizarse las consultas en ellas señaladas, caso en el cual a la memoria justificativa deberá anexarse la constancia que acredite que se ha cumplido dicho trámite.

Artículo 10. **Publicidad.** Cuando de conformidad con la Ley, deba someterse a consideración del público la información sobre proyectos específicos de regulación antes de su expedición, a la memoria justificativa se anexará también la constancia del cumplimiento de esa obligación y se incluirá el resultado de la evaluación de las observaciones ciudadanas que se hubieren presentado.

Sin perjuicio del uso de los demás medios que se consideren necesarios para dar a conocer el proyecto a los sectores interesados, este deberá estar disponible en la sede electrónica de la respectiva entidad” (Resaltado fuera de texto) (Presidencia de la República, Decreto 1345 de 2010, 2010).

⁴⁴⁷ Un ejemplo de Consulta Previa sobre un proyecto de decisión administrativa se halla en el proyecto de ordenanza de la Asamblea del Departamento de Antioquia de “Estatuto Ambiental de Antioquia” promovido por el Gobernador de Antioquia (Gobernación de Antioquia, 2010). Igualmente, puede citarse la consulta el proceso de construcción del Decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas (Rodríguez Garavito & Orduz, 2012).

regulado⁴⁴⁸. Su práctica se ha dado en el país a través de los principios y reglas que la Corte Constitucional ha desarrollado a través de un importante número de sentencias⁴⁴⁹. La jurisprudencia de la Corte Constitucional admite que si bien no existe un procedimiento de consulta de proyectos de medidas legislativas y administrativas, la interpretación de la Constitución es el fundamento jurídico de su exigibilidad⁴⁵⁰.

- La **Consulta Pública**⁴⁵¹ es un mecanismo de participación que ha venido implementando los Ministerios, entre ellos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre

⁴⁴⁸ Así lo confirma la Corte Constitucional: “d. El Convenio 169 no precisa la forma en la cual debe adelantarse la consulta previa a los pueblos indígenas en cuyo territorio se pretenden explorar o explotar recursos naturales de propiedad estatal. En tal virtud, corresponde al derecho interno definir ese asunto. La Constitución no señala tampoco el procedimiento que para ello debe llevarse a cabo ni la Ley lo hace” (Sentencia 620 de 2003, 2003). En este caso la Corte Constitucional exhorta al legislador a proferir la legislación pertinente: Ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura” (Corte Constitucional, Sentencia 169 de 2001, 2001).

⁴⁴⁹ Un estudio exhaustivo de los diferentes fallos que la Corte Constitucional ha proferido sobre la Consulta Previa en el país puede consultarse en Rodríguez G(2014).

⁴⁵⁰ “La Corte, en la Sentencia C-208 de 2007 expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008, 2008). Adicionalmente puede consultarse: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-891 de 2002; Sentencia C-620 de 2003; Sentencia SU-083 de 2003; Sentencia T-737 de 2005; Sentencia C-461 de 2008; Sentencia C-075 de 2009; Sentencia C-615 de 2009; Sentencia C-366 de 2011) sobre los proyectos de Ley, leyes o medidas administrativas revisadas por la jurisprudencia citada, véase: **Cuadro No. 5**. Sentencias de la Corte Constitucional en materia de consulta previa.

⁴⁵¹ El mecanismo de consulta pública se aplica tanto a la competencia del Ministerio para la formulación de políticas públicas, como a la formulación de normas reglamentarias. Este mecanismo se encuentra disponible en la página web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: “El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, invita a todos los ciudadanos, empresas, asociaciones y entidades a participar en la construcción de las políticas, planes, programas y normas de los temas de nuestra competencia. Para hacer llegar sus comentarios les solicitamos tener en cuenta los tiempos establecidos, hacer uso del formulario puesto a su disposición para tal fin y enviar al correo electrónico indicado por cada en cada uno de los proyectos”. En la página web se disponen los proyectos de política o proyectos de reglamentos, los formularios que las personas que deseen participar deben cumplimentar y el correo electrónico al que deben hacer llegar comentarios y el formulario (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014). Los Ministerios y las Unidades Administrativas Especiales, como la de Parques Nacionales Naturales, han elaborado y dispuesto al público los “Planes de participación ciudadana”, por medio de los cuales se informa a la ciudadanía la forma en que puede participar en la gestión pública de esta entidades. Un ejemplo en materia de conservación de la naturaleza se halla en el Plan de Parques Nacionales Naturales de Colombia disponible en la página web de la entidad (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2014).

todos los proyectos de reglamentos dirigidos a la protección ambiental por medio de su página web⁴⁵². Igualmente, el mecanismo se emplea para conocer los comentarios y aportes de la ciudadanía sobre políticas públicas. La definición y procedimiento para llevar a cabo la Consulta Pública no está establecido en la normativa, como tampoco la obligación de tener en cuenta los aportes de la ciudadanía. Este mecanismo tiene fundamento legal en las normas de buen gobierno consagradas en la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014)⁴⁵³.

- Las **reuniones de concertación** con los diferentes sectores sociales y los **foros abiertos al público** en todo el territorio nacional a fin de dar a conocer los proyectos de reglamentos ambientales, deliberar y promover procesos de concertación, si bien no están estrictamente regulados se fundamentan en las habilitaciones generales de la Ley 1450 de 2011⁴⁵⁴.

⁴⁵² Es necesario mencionar que el mecanismo de consulta pública no es exclusivo en el ámbito ambiental, se aplica en la formulación de normas reglamentarias de otros sectores de referencia tales como telecomunicaciones, comercio y turismo, defensa, seguridad social, trabajo etc. Al respecto pueden consultarse las páginas web de las respectivas carteras ministeriales, en donde se encuentran los proyectos de normas en proceso de consulta pública. También puede consultarse de forma general la página oficial del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2014).

⁴⁵³ “**Artículo 3. Propósitos del Estado y el pueblo colombiano.** Durante el cuatrienio 2010-2014 se incorporarán los siguientes ejes transversales en todas las esferas del quehacer nacional con el fin de obtener la Prosperidad para Todos (...) • Buen Gobierno como principio rector en la ejecución de las políticas públicas, y en la relación entre la Administración y el ciudadano.

6.1 Buen gobierno (...) **Artículo 231. Promoción de la participación ciudadana y el capital social.** El Gobierno Nacional promoverá, mediante mecanismos interinstitucionales, una Agenda Nacional de Participación Ciudadana. Dicha Agenda, abordará líneas de acción que permitan a) fortalecer el Sistema Nacional de Planeación, b) apoyar experiencias de planeación y presupuestación participativa, c) adecuar la oferta Institucional de mecanismos, canales e instancias de participación ciudadana, d) fortalecer expresiones asociativas de la sociedad civil, e) implementar estrategias para el desarrollo de la cultura ciudadana y, f) desarrollar un sistema de información y gestión del conocimiento sobre temas afines.

Para el desarrollo de estas acciones, el Gobierno convocará el concurso de la cooperación internacional y la empresa privada. Adicionalmente, adelantará debates amplios a nivel nacional y local sobre dichos temas con la concurrencia de la ciudadanía y sus formas organizativas, y promoverá los desarrollos y ajustes normativos a que haya lugar” (Congreso de la República, Ley 1450 de 2011, 2011).

⁴⁵⁴ Un ejemplo de estas actividades promovidas por el Gobierno nacional se halla en la concertación de la Política de Producción y Consumo Sostenible (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010) y de la Política de Participación Social en la Conservación (Parques Nacionales de Colombia, 2001).

b). Actos administrativos autorizatorios

De igual manera en el ámbito de la **actividad de policía, la aplicación de las normas de protección y conservación a través de actos administrativos autorizatorios**⁴⁵⁵, **admite la intervención ciudadana durante y después de su expedición.** De manera expresa, la Ley 99 de 1993 estableció los mecanismos de participación de: intervención de terceros y audiencias públicas ambientales.

- El **mecanismo de intervención de terceros** consiste en el derecho que posee todo ciudadano de intervenir en todo procedimiento administrativo ambiental dirigido a otorgar permisos para el uso de los recursos naturales y/o licencias ambientales para la operación de grandes proyectos que puedan afectar de manera grave el ambiente⁴⁵⁶. Con la intervención de terceros se pretende que los ciudadanos sin demostrar ningún interés puedan efectuar todas las actividades de un actor principal en el procedimiento, como por ejemplo solicitar y entregar información, y oponerse a la expedición del acto o luego de otorgada la autorización, denunciar su incumplimiento, así como hacer parte del correspondiente proceso sancionatorio⁴⁵⁷. La solicitud de intervención de terceros en un procedimiento administrativo es de obligatorio acatamiento por la autoridad ambiental⁴⁵⁸.
- Las **audiencias públicas ambientales**, la Ley permite que los ciudadanos sin demostrar ningún interés soliciten a la autoridad ambiental la celebración de una audiencia “con anticipación al acto que le ponga término a la actuación administrativa, bien sea para la

⁴⁵⁵ El profesor Agudo (2004a, pág. 39, Cuadro 1) sintetiza las formas de aplicación de las normas de protección; así enumera las autorizaciones cuyo objeto es “la adaptación de los límites de emisión a los niveles estandarizados” y las autorizaciones que comprenden “medidas correctoras específicas y cláusulas técnicas”.

⁴⁵⁶ Artículo 69. Del Derecho a Intervenir en los Procedimientos Administrativos Ambientales. Cualquier persona natural o jurídica o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

⁴⁵⁷ El proceso sancionatorio ambiental está regulado por la Ley 1333 de 2009 (Congreso de la República, 2009).

⁴⁵⁸ Artículo 70. Del Trámite de las Peticiones de Intervención. La entidad administrativa competente al recibir una petición para iniciar una actuación administrativa ambiental o al comenzarla de oficio dictará un acto de iniciación de trámite que notificará y publicará en los términos de los artículos 14 y 15 del Código Contencioso Administrativo y tendrá como interesado a cualquier persona que así lo manifieste con su correspondiente identificación y dirección domiciliaria” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

expedición, la modificación o la cancelación de un permiso o licencia ambiental”⁴⁵⁹. Su objeto es obtener información, entregar opiniones, información y documentos por parte de la comunidad, entidades públicas o privadas⁴⁶⁰. El objeto y trámite de este mecanismo está regulado en el Decreto 330 de 2007⁴⁶¹.

⁴⁵⁹“Artículo 72. De las Audiencias Públicas Administrativas sobre Decisiones Ambientales en Trámite. El Procurador General de la Nación o el Delegado para Asuntos Ambientales, el Defensor del Pueblo, el Ministro del Medio Ambiente, las demás autoridades ambientales, los gobernadores, los alcaldes o por lo menos cien (100) personas o tres (3) entidades sin ánimo de lucro, cuando se desarrolle o pretenda desarrollarse una obra o actividad que pueda causar impacto al medio ambiente o a los recursos naturales renovables, y para la cual se exija permiso o licencia ambiental conforme a la Ley o a los reglamentos, podrán solicitar la realización de una audiencia pública que se celebrará ante la autoridad competente para el otorgamiento del permiso o la licencia ambiental respectiva.

La audiencia de que trata el presente artículo se celebrará con anticipación al acto que le ponga término a la actuación administrativa, bien sea para la expedición, la modificación o la cancelación de un permiso o licencia ambiental.

La audiencia pública será convocada por la autoridad administrativa ante la cual se solicita, mediante edicto, con una anticipación de por lo menos 30 días a la toma de la decisión a debatir. El edicto comunicará la fecha, lugar y hora de celebración y el objeto de la audiencia. Será presidida por el jefe de la entidad competente o su delegado. El edicto permanecerá fijado en secretaría por 10 días, dentro de los cuales deberá ser publicado en un diario de circulación nacional y en el Boletín de la respectiva entidad.

En la audiencia pública podrán intervenir un representante de los peticionarios, los interesados, las autoridades competentes, expertos y organizaciones sin ánimo de lucro que hayan registrado con anterioridad escritos pertinentes al debate, y de la misma se levantará un acta. En la audiencia podrán recibirse las informaciones y pruebas que se consideren conducentes. La decisión administrativa deberá ser motivada, teniendo en cuenta las intervenciones y pruebas recogidas durante la audiencia.

La celebración de la audiencia suspende los términos del procedimiento administrativo para el otorgamiento de licencias o permisos y se hace sin perjuicio de las facultades atribuidas a la autoridad competente para expedir el acto administrativo correspondiente.

También podrá celebrarse una audiencia pública, durante la ejecución de una obra que haya requerido permiso o licencia ambiental, cuando fuere manifiesta la violación de los requisitos exigidos para su otorgamiento o de las normas ambientales”.

⁴⁶⁰“Artículo 1. Objeto. La audiencia pública ambiental tiene por objeto dar a conocer a las organizaciones sociales, comunidad en general, entidades públicas y privadas la solicitud de licencias, permisos o concesiones ambientales, o la existencia de un proyecto, obra o actividad, los impactos que este pueda generar o genere y las medidas de manejo propuestas o implementadas para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar dichos impactos; así como recibir opiniones, informaciones y documentos que aporte la comunidad y demás entidades públicas o privadas” (Presidencia de la República, Decreto 330 de 2007, 2007).

⁴⁶¹ Debe resaltarse que la audiencia pública está regulada como un mecanismo general de la Administración para promover la participación en todas sus actuaciones que considere afecten derechos o intereses colectivos. La Ley 489 de 1998, sobre organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, establece en su artículo 33 el contenido y objeto del mecanismo: “- *Audiencias públicas*. 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”. Nótese que el procedimiento de la audiencia pública no fue reglamentado y se deja a la libertad de la Administración su adopción.

- Cabe citar nuevamente en este punto, el mecanismo de **Consulta Previa** dado que en el trámite de permisos y licencias ambientales en territorios con presencia de comunidades étnicas es obligatoria su realización⁴⁶². En este caso, su procedimiento se encuentra regulado en el Decreto 1320 de 1998, distinto es el caso de la Consulta Previa para la formulación de normas y otro tipo de decisiones administrativas⁴⁶³.
- Antes de concluir con la enumeración de los mecanismos de participación que influyen la actividad de policía, es ineludible citar la **veeduría ciudadana**. Este mecanismo no es de aplicación exclusiva para los asuntos ambientales, su ámbito es toda la gestión pública y se define como:

El mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades, administrativas, políticas, judiciales, electorales, legislativas y *órganos de control*, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público (Congreso de la República, Ley 850 de 2003, art.1, 2003).

Este mecanismo ha sido considerado en la doctrina interna como “la expresión más clara de la injerencia de las comunidades en el desarrollo de la gestión pública, sus resultados y el manejo que ello implica” (Muñoz, 1995, pág. 45). Así se evidencia en las amplias funciones de vigilancia y fiscalización de la actividad administrativa que se otorgan por Ley a los ciudadanos que conforman las veedurías⁴⁶⁴.

⁴⁶² En la investigación de la profesora Gloria Rodríguez (2014, págs. 279-302) se destaca que entre 1994 y 2012 se han hecho en el país 156 consultas previas sobre proyectos de desarrollo que requieren licencia ambiental o permisos de uso de recursos naturales. Los sectores económicos que comprenden estos proyectos son: hidrocarburos, eléctrico, infraestructura, minería, agroquímicos. Igualmente en el ámbito de la conservación de la naturaleza: permisos de investigación científica y acceso a recursos naturales en el área de diversidad biológica (permisos de sustracción de reservas forestales). De igual manera, puede citarse solamente para el caso de investigación en biodiversidad 22 consultas previas entre el año 2006 y el año 2011 (Rodríguez G., 2014, pág. 276).

⁴⁶³ Puede citarse como ejemplo de casos distintos al ambiental en el que debe consultarse el proyecto de una decisión administrativa, los casos de consultas previas de medidas administrativas sobre cultivos de uso ilícito. En el tema, entre los años 2005 y 2012 se efectuaron 12 consultas (Rodríguez G., 2014, pág. 277).

⁴⁶⁴ “Artículo 15. *Funciones*. Las veedurías ciudadanas tendrán como funciones las siguientes:

- a) Vigilar los procesos de planeación, para que conforme a la Constitución y la Ley se dé participación a la comunidad;
- b) Vigilar que en la asignación de los presupuestos se prevean prioritariamente la solución de necesidades básicas insatisfechas según criterios de celeridad, equidad, y eficacia;

La Administración pública debe garantizar el ejercicio de las veedurías, para lo cual debe llevar un “registro sistemático de sus observaciones y evaluar en forma oportuna y diligente los correctivos que surjan de sus recomendaciones, con el fin de hacer eficaz la acción de las mismas” (Congreso de la República, Ley 489 de 1998, art. 35, 1998). De igual manera, la Administración debe proveer libre acceso a la información y capacitar a los veedores⁴⁶⁵.

Con este breve recorrido por las formas de ejecución de las normas de protección ambiental y conservación de la naturaleza puede concluirse que **en el ordenamiento colombiano, la actividad de policía ambiental como una actividad meramente unilateral e impositiva, como se entiende de forma general en la doctrina tradicional, se ha venido transformando paulatinamente en una actividad necesitada de espacios de participación ciudadana, deliberativos y de concertación.**

-
- c) Vigilar porque el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales;
 - d) Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial;
 - e) Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y organizaciones en relación con las obras o programas que son objeto de veeduría;
 - f) Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, ejecutores, autoridades contratantes y demás autoridades concernientes, los informes, presupuestos, fichas técnicas y demás documentos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos;
 - g) Comunicar a la ciudadanía, mediante asambleas generales o en reuniones, los avances de los procesos de control o vigilancia que estén desarrollando;
 - h) Remitir a las autoridades correspondientes los informes que se desprendan de la función de control y vigilancia en relación con los asuntos que son objeto de veeduría;
 - i) Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los funcionarios públicos” (Congreso de la República, Ley 850 de 2003, 2003).

⁴⁶⁵ “Artículo 35. Ejercicio de la veeduría ciudadana. Para garantizar el ejercicio de las veedurías ciudadanas, las entidades y organismos de la administración pública deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

a. *Eficacia de la acción de las veedurías.* Cada entidad u organismo objeto de vigilancia por parte de las veedurías deberá llevar un registro sistemático de sus observaciones y evaluar en forma oportuna y diligente los correctivos que surjan de sus recomendaciones, con el fin de hacer eficaz la acción de las mismas. Lo anterior sin perjuicio de las consecuencias de orden disciplinario, penal y de cualquier naturaleza que se deriven del ejercicio de la vigilancia. Las distintas autoridades de control y de carácter judicial prestarán todo su apoyo al conocimiento y resolución en su respectivo ramo de los hechos que les sean presentados por dichas veedurías;

b. *Acceso a la información.* Las entidades u organismos y los responsables de los programas o proyectos que sean objeto de veeduría deberán facilitar y permitir a los veedores el acceso a la información para la vigilancia de todos los asuntos que se les encomienda en la presente Ley y que no constituyan materia de reserva judicial o legal. El funcionario que obstaculice el acceso a la información por parte del veedor incurrirá en causal de mala conducta;

c. *Formación de veedores para el control y fiscalización de la gestión pública.* El Departamento Administrativo de la Función Pública, con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública, diseñará y promoverá un Plan Nacional de Formación de Veedores en las áreas, objeto de intervención. En la ejecución de dicho plan contribuirán, hasta el monto de sus disponibilidades presupuestales, los organismos objeto de vigilancia por parte de las veedurías, sin perjuicio de los recursos que al efecto destine el Ministerio del Interior a través del Fondo para el Desarrollo Comunal” (Congreso de la República, Ley 489 de 1998, 1998).

Esta particularidad del Derecho positivo no es realmente exclusiva de la legislación ambiental, pues como se citó, cada una de las figuras de participación se extiende a los demás sectores de referencia. Así, puede deducirse que los espacios de participación, formales e informales, son de aplicación en todos los ámbitos de actuación. Así mismo, se evidencia que los mecanismos de participación que tienen aplicación en el procedimiento de expedición de autorizaciones ambientales se encuentran expresamente regulados, a diferencia de los mecanismos empleados en el proceso de formulación de normas de protección ambiental y conservación de la naturaleza, que se componen de actuaciones informales (consultas, reuniones y foros). Si bien se conserva el acto administrativo como la forma de actuación principal, debe también citarse que durante su expedición colaboran diversos mecanismos de participación, algunos formalizados a través de procedimientos regulados, y otros informales, como es el caso de la Consulta Previa de proyectos de reglamento.

En el **Cuadro 2** se hace un esquema de mecanismos de participación ciudadana de acuerdo con la tipología de normas ambientales como ejecución de la actividad de policía de las autoridades ambientales.

Cuadro 2. Tipología de normas ambientales y mecanismos de participación ciudadana.

Tipo de norma		Actuación	Etapas	Formas de participación
Normas de protección ambiental	Estándares de inmisión y emisión	Reglamentos	Formulación	Consulta previa; consulta pública; reuniones de concertación; foros.
		Autorización ⁴⁶⁶	Durante y después de expedido el acto autorizatorio	Intervención de terceros; audiencias públicas ambientales; consulta previa; veeduría ciudadana.
Normas de conservación de la naturaleza	Protección de especies de fauna y flora; protección de espacios naturales protegidos; y de protección del dominio público natural.	Reglamentos	Formulación	Consulta previa; consulta pública; reuniones de concertación; foros.
		Autorización ⁴⁶⁷	Durante y después de expedido el acto autorizatorio	Intervención de terceros; audiencias públicas ambientales; consulta previa; veeduría ciudadana.

⁴⁶⁶ Las autorizaciones en el ordenamiento colombiano relacionadas con Estándares de inmisión y emisión comprenden la licencias ambiental (Ley 99 de 1993 y el Decreto 2041 de 2014), los permisos para el uso del recurso agua: permiso de vertimientos (Decreto 3930 de 2010); concesión de aguas, permiso de ocupación de cauce (Decreto 1541 de 1978); permiso de emisiones atmosféricas (Decreto 948 de 1995); permiso de aprovechamiento forestal (Decreto 1791 de 1996), entre otros.

⁴⁶⁷ Entre estas autorizaciones pueden citarse el Permiso de Estudio para recolección de especímenes de especies silvestres de la diversidad biológica con fines de Elaboración de Estudios Ambientales (Decreto 3016 de 2013); permisos de estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica (Decreto 3572 de 2011); la declaración de reservas naturales de la sociedad civil (Decreto 1996 de 1999), entre otras.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

La actividad de fomento o de “incentivación de la actividad de los particulares” (Parejo, 2011, pág. 276) es una de las dimensiones del actuar administrativo en donde el ordenamiento ambiental colombiano ha propiciado de manera innovadora la gobernanza a través de espacios de concertación.

En la legislación ambiental se establece como funciones generales de las autoridades ambientales promover la participación y establecer mecanismos de concertación con diferentes actores privados para alcanzar los fines de protección ambiental⁴⁶⁸. Si bien la normativa ambiental busca el cumplimiento de fines que persiguen el interés público, la política ambiental ha promovido la consecución de este último por medio de estrategias que promueven el mejoramiento de la competitividad empresarial⁴⁶⁹.

Con base en este presupuesto legal, como ejemplo, puede citarse que bajo las políticas de producción más limpia y consumo sostenible, la Administración ha creado espacios de diálogo y concertación con el sector privado, que buscan la deliberación sobre información técnica y la obtención de compromisos recíprocos para alcanzar la protección ambiental y mejorar la competitividad empresarial⁴⁷⁰.

En estos espacios, que son conocidos como convenios de concertación, agendas ambientales y procesos de elaboración de guías ambientales, las autoridades ambientales privilegian la deliberación, antes que la adopción impositiva a través de un reglamento general o particular sobre criterios ambientales de producción (guías ambientales) y metas de

⁴⁶⁸ Funciones del Ministerio (art.5, núm.32); funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán (art.31, núm.5 y 6) (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

⁴⁶⁹ Este es el caso de las políticas ambientales que promueven la producción más limpia, la cual se considera en el ámbito empresarial como “una estrategia empresarial, enfocada hacia procesos productivos, productos y servicios, a fin de fortalecer la competitividad empresarial a partir de incentivar innovaciones, y reducir costos y riesgos relevantes al ser humano y al medio ambiente. La esencia de esta estrategia se desprende del carácter preventivo de sus alternativas que buscan el uso eficiente de energía, agua, e insumos y el aprovechamiento de residuos, integrando beneficios económicos, ambientales y sociales” (Barrios, Acevedo, & Severiche, 2014, pág. 33).

⁴⁷⁰ En estos procesos de concertación, los actores privados no asumen funciones administrativas, no obstante colaboran en el cumplimiento de las políticas públicas; por su parte, la Administración asume compromisos de fomento de actividad privada (mediante procesos de asistencia técnica) y de vigilancia. Ésta es una práctica que se ha extendido por cerca de veinte años en la gestión pública ambiental interna.

cumplimiento ambiental más allá de la norma ambiental (convenios de concertación y agendas ambientales)⁴⁷¹.

El procedimiento y la forma por medio del cual se discuten y toman las decisiones en los citados espacios de concertación no se encuentran regulados expresamente por una norma jurídica, pero son objeto de control y cumplimiento por los participantes. Se trata de actuaciones informales. En otras palabras, se privilegia la flexibilidad de los espacios participativos por encima de la solemnidad de las formas jurídicas que reviste el acto o el contrato administrativo⁴⁷².

En este acápite debe también citarse como ejemplo de participación y concertación con el sector privado la figura de los Consejos Superiores de la Administración. Estos organismos pertenecen al sector central⁴⁷³, cumplen una misión consultiva y están integrados por el sector público y privado. De acuerdo con Younes Medina (2011, pág. 68):

La definición legal de los órganos estudiados les asigna una naturaleza y función coordinadora o consultiva, que no responde a una relación de jerarquía, sino a la idea de administración horizontal, la cual busca una coordinación entre sector privado y el sector público con el fin de armonizar las políticas de determinados sectores económicos. Admitir lo contrario sería reconocer que los Consejos ejercen –en contravía de su definición legal- funciones administrativas decisorias, y que por tanto tienen una relación vertical con respecto al presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

Lo interesante de estos Consejos es la posibilidad de concertación pública de los sectores económicos y otros sectores sociales de cuestiones que tienen que ver con el estímulo a la actividad privada⁴⁷⁴. Relacionados con los temas ambientales pueden citarse el Consejo

⁴⁷¹ Sobre estas figuras se tratará con mayor detalle en el Capítulo 5.

⁴⁷² Esta forma de asumir la gestión pública ambiental en vinculación con el diálogo directo con los sectores productivos no es exclusiva del caso colombiano. Ésta es una tendencia promovida por la UE a través de sus planes de acción medioambiental. En el espacio europeo, cabe destacar el caso de Alemania en el que la cooperación (a través de acuerdos informales) es un concepto clave en su política ambiental al lado de los principios de quien contamina paga y de precaución desde hace más de veinte años (Bohne, 1990, pág. 217).

⁴⁷³ Los Consejos Superiores de la Administración son reconocidos como organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 (Congreso de la República, 1998).

⁴⁷⁴ Debe precisarse que estos Consejos no siempre cumplen actividades de fomento, en la gran mayoría cumplen con otras funciones que claramente pueden enmarcarse en la actividad de policía, servicio público, planeación etc. Ejemplos de estos Consejos son: CONPES; Consejo Superior de Comercio Exterior; Consejo Nacional de Policía y Seguridad Ciudadana; Consejo Consultivo Asesor de Desarrollo Urbano, Vivienda Social y Agua

Nacional Ambiental y la Comisión Nacional de Competitividad e innovación (esta comisión nació como Consejo Nacional de Competitividad).

El Consejo Nacional Ambiental (CNA) establecido por el artículo 13 de la Ley 99 de 1993, tiene como objeto “asegurar la coordinación intersectorial a nivel público de las políticas, planes y programas en materia ambiental y de recursos naturales renovables” (Congreso de la República, 1993). El CNA, además de los servidores públicos que lo componen⁴⁷⁵, está integrado por un representante de las comunidades indígenas, un representante comunidades negras y, en igual número, representantes de los gremios agrícolas, industriales, mineros, exportadores, sector forestal y de la academia.

Por su parte, la Comisión Nacional de Competitividad e Innovación fue creada en 2012 y “Es el órgano asesor del Gobierno Nacional y de concertación entre este, las entidades territoriales y la sociedad civil en temas relacionados con la productividad y competitividad del país y de sus regiones, con el fin de promover el desarrollo económico” (Presidencia de la República, Decreto 1500 de 2012, 2012). Esta Comisión cuenta a su vez con Comisiones Regionales de Competitividad cuya función es coordinar el diálogo y concertación entre los sectores público y privado, en temas de competitividad, productividad e innovación⁴⁷⁶. Cabe resaltar que las Comisiones Regionales poseen la facultad de establecer los mecanismos propios de toma de decisiones, esto es, procesos informales de concertación⁴⁷⁷.

Además de la concertación institucionalizada que el Gobierno promueve con los sectores económicos y productivos, cabe citar también las estrategias gubernamentales dirigidas a

Potable; Consejo Superior de Pequeñas y Medianas Empresas; y Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Al respecto consultar el detallado estudio de Younes Medina (2011).

⁴⁷⁵ Ministro del Medio Ambiente, Ministro de Agricultura, Ministro de Salud, Ministro de Desarrollo Económico, Ministro de Minas y Energía, Ministro de Educación Nacional, Ministro de Obras Públicas y Transporte, Ministro de Defensa Nacional, Ministro de Comercio Exterior, Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, representante de los gobernadores, un alcalde representante de la Federación Colombiana de Municipios, y el Presidente del Consejo Nacional de Oceanografía, el presidente de Ecopetrol.

⁴⁷⁶ Esta Comisión tiene como origen el Consejo Nacional de Competitividad fue creado por el Decreto 2010 de 1994, como organismo asesor del Presidente “en temas relacionados con el mejoramiento de la calidad, productividad y competitividad del país y sus regiones, para acelerar su desarrollo económico y alcanzar un mejor nivel de vida de los colombianos” (Presidencia de la República, Decreto 2010 de 1994, 1994). Lo componen siete representantes del sector empresarial, tres representantes de la academia, y tres representantes del sector laboral por nombramiento presidencial (Younes Medina, 2011, pág. 141).

⁴⁷⁷ “Artículo 13. *Pronunciamientos de las Comisiones Regionales de Competitividad*. La Coordinación Nacional de las Comisiones Regionales de Competitividad, en coordinación con las autoridades departamentales, podrá promover mecanismos para la toma de decisiones y para la presentación de los pronunciamientos de las Comisiones” (Presidencia de la República, Decreto 1500 de 2012, 2012).

fomentar proyectos productivos y ambientales en las comunidades en condición de vulnerabilidad, por su especial carácter de concertación informal. Un ejemplo se encuentra en el Programa de Familias Guardabosques dirigido a familias campesinas de bajos recursos como una alternativa a la vinculación con la siembra de cultivos ilícitos⁴⁷⁸. En este programa las familias reciben un incentivo económico, asesoría técnica y social con el acuerdo de desarrollar proyectos productivos, en los que se incluye la conservación ambiental.

El programa ha tenido importantes resultados en el país en materia de cobertura de población y como estrategia de erradicación de cultivos ilícitos (Acción Social-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pág. 19). Para esta investigación es interesante destacar la inexistencia de marco jurídico regulatorio, tal y como se resalta por el profesor Agudo (2011c, pág. 78): “La trascendencia del PFGB, tanto a nivel territorial, social y ambiental, manifiesta sin embargo una paradójica omisión de instrumentos jurídicos regulatorios”. En efecto ninguna de las leyes que aprueban el Programa Nacional de Desarrollo Alternativo en el que se inserta el Programa de Familias Guardabosques incluye regulación administrativa sobre los mecanismos de cooperación, concertación y, en general, de participación de los beneficiarios del programa, no obstante, se ha mantenido durante varios períodos de gobierno como un proyecto en el marco de la lucha contra la producción y comercio de droga en el país.

Con el establecimiento de consejos superiores en los cuales se concertan temas significativos de la gestión pública y los programas de fomento de proyectos productivos a comunidades en condición de vulnerabilidad, **se resalta la importancia que se le otorga, no solamente en el ámbito ambiental, a la interacción de la ciudadanía con la Administración en la toma de decisiones con incidencia pública. Se manifiesta una decidida tendencia hacia la gobernanza, como forma de gobernación apropiada para tratar los asuntos ambientales.**

⁴⁷⁸ “La Gestión Presidencial contra Cultivos Ilícitos (PCI), de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional (ACCIÓN SOCIAL), ha implementado desde 2003 su estrategia de erradicación manual voluntaria a través de los programas de desarrollo alternativo: Familias Guardabosques y Proyectos Productivos, cuyos lineamientos se establecieron el Documento CONPES 3218 del mismo año. Éste tiene como uno de sus objetivos “brindar alternativas estables de ingresos, empleo y valorización patrimonial a las familias y comunidades campesinas que han sido afectadas por los cultivos ilícitos” y establece que se proveerán proyectos productivos de mediano y largo plazo...” (Acción Social-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pág. 11).

3. ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO

La actividad de servicio público es definida tradicionalmente como aquella que se dirige a “la realización de prestaciones a los ciudadanos” (Parejo, 2011, pág. 276). En el ámbito del Derecho Ambiental se manifiesta a través del cumplimiento de diferentes tareas entre las que se cita como ejemplo la disposición final de residuos ordinarios y peligrosos; acueducto; el mantenimiento de las zonas verdes; y la administración de las áreas protegidas.

Como es conocido, para la ejecución de estas tareas el ordenamiento jurídico le otorga la competencia a la Administración, quien puede prestar el servicio directamente, en compañía de actores privados o como garante de la gestión de los mismos⁴⁷⁹. Además del fenómeno de colaboración público-privada para garantizar la ejecución de los servicios públicos, en el ordenamiento colombiano se han reglamentado otras formas de cooperación, como la participación ciudadana en el control de la prestación eficiente de los servicios⁴⁸⁰.

La Ley ha establecido los Comités de Desarrollo y Control Social como mecanismos de participación en la prestación de todos los servicios públicos domiciliarios, entre los que se encuentran los servicios de carácter ambientales, v. gr., la destinación final de residuos⁴⁸¹. Estos comités se crean directamente por los usuarios y tienen como objetivo la vigilancia y fiscalización de la gestión de las entidades de carácter privado, oficial o mixto⁴⁸².

⁴⁷⁹ En este último caso se hace referencia al modelo del llamado Estado garante, ya mencionado en este trabajo, como “Un modelo de Estado que se presenta como alternativa o sucedáneo al Estado prestacional. El Estado garante deja de ser prestador directo de servicios, al abandonar su titularidad y posición de dominio sobre los mismos, para replegarse estratégicamente y ocupar, o pretender ocupar, la posición de garante. El Estado no presta servicios, los garantiza. Ése es al menos el objetivo, otra cosa su consecución efectiva” (Esteve Pardo, 2010, pág. 305).

⁴⁸⁰ “la participación administrativa propiamente dicha se manifiesta realmente, cuando se produce la intervención de sujetos de derecho a la actividad en defensa de intereses supraindividuales; y esto puede ocurrir tanto en casos en los cuales es un individuo el que participa en representación de intereses colectivos o difusos de los que no es titular individualmente, sino como parte de una comunidad; como en los que es la asociación o comunidad la que participa, en representación de los intereses difusos o colectivos” (Brewer Carías, 1987, pág. 39).

⁴⁸¹ El fundamento constitucional de la participación ciudadana en la prestación de servicios públicos se halla en el artículo 78: “El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen”. Igualmente, el artículo 40: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.”; art. 270: “La Ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados”.

⁴⁸² Los Comités de Desarrollo y Control Social fueron establecidos por la Ley 142 de 1994 y regulados por el Decreto 1429 de 1995. Sobre estos comités, la Corte Constitucional ha considerado que “...la consagración constitucional de la participación política, cívica y comunitaria de las personas está encaminada a fortalecer la

En el ámbito de la prestación de servicios ambientales, cabe citar el caso de la concertación informal para la administración de áreas protegidas por parte de la autoridad de Parques Naturales y las comunidades étnicas a través de la figura de los **Acuerdos de Régimen Especial de Manejo (REM)**. Como se expuso al inicio de este trabajo⁴⁸³, los REM se basan en procesos de concertación de la autoridad ambiental y las autoridades indígenas cuando los territorios de un área protegida se traslapan con el resguardo.

Aparte de los mecanismos de participación regulados y la concertación con comunidades para la administración de áreas protegidas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que en el caso de megaproyectos que desarrollan obras públicas y que involucran decisiones ambientales, existe un deber de la Administración de garantizar la participación ciudadana y comunitaria⁴⁸⁴. Debido a la no regulación de este tipo de participación, la Corte ha establecido las reglas con base en las que debe llevarse a cabo: debe dirigirse a todas las personas con interés en los impactos de los megaproyectos, y no solamente a las comunidades étnicas si existieren⁴⁸⁵; igualmente, debe ser previa⁴⁸⁶; y oficialmente llevarse a cabo concertaciones dirigidas a establecer medidas de compensación y reparación⁴⁸⁷.

legitimidad en las instituciones, la credibilidad y la confianza respecto de las autoridades públicas, y en el caso objeto de estudio, respecto de quienes, siendo también particulares, están encargados de la prestación de servicios públicos domiciliarios. La finalidad de la participación cívica y comunitaria, de conformidad con la Carta, fundamentalmente es que las personas se vinculen a la toma de decisiones públicas que las afecten, y en particular en el asunto *sub examine*, tal participación está orientada a la gestión y fiscalización en las empresas estatales que presten el servicio” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-585 de 1995, 1995).

⁴⁸³ Véase el Capítulo 1/1.

⁴⁸⁴ “En este orden de ideas, la Sala observa que en la construcción de megaproyectos que implican la afectación o intervención de recursos naturales, las autoridades estatales tienen la obligación de garantizar espacios de participación que conduzcan, de un lado, a la realización de diagnósticos de impacto comprensivos, y de otro, a concertaciones mínimas en las que tanto los intereses del proyecto u obra a realizar como los intereses de la comunidad afectada se vean favorecidos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348 de 2012, 2012). De forma similar: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-632 de 2011, 2011).

⁴⁸⁵ “Es así como, según cada caso y la decisión que se esté adoptando, deben analizarse cuáles son las comunidades que se verán afectadas, y por ende, a quienes debe garantizársele los espacios de participación y de concertación oportunos para la ejecución de determinada decisión. En ese orden de ideas, cada vez que se vaya a realizar la ejecución de una obra que implica la intervención de recursos naturales –tomando el caso concreto–, los agentes responsables deben determinar qué espacios de participación garantizar según los sujetos que vayan a verse afectados; si se trata de comunidades indígenas o afrodescendientes, o si se trata de una comunidad, que a pesar de que no entra en dichas categorías, su subsistencia depende del recurso natural que se pretende intervenir, y en esa medida, también será obligatoria la realización de espacios de participación, información y concertación, que implican el consentimiento libre e informado” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348 de 2012, 2012). En igual sentido: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-244 de 2012, 2012).

⁴⁸⁶ “La participación comunitaria debe ser previa, pues es la mejor forma de armonizar ambas obligaciones estatales, lo cual justifica la existencia de figuras como la licencia ambiental, la cual prevé en su trámite una importante participación de la sociedad civil (...) en aquellos eventos en que la actividad pueda ocasionar un daño considerable o irreversible al medio ambiente o, en tratándose de las comunidades indígenas, a la identidad

II. CONCLUSIONES DERIVADAS DEL REPASO DE LAS PRÁCTICAS PARTICIPATIVAS.

A manera de síntesis, la anterior citación de figuras jurídicas cuyo fundamento es posibilitar la participación de la ciudadanía en la gestión pública, demuestra cómo **la velocidad de la dinámica socio-política y de la propia producción normativa, debilita rápidamente la función explicativa y descriptiva de la dogmática jurídica. En efecto, el concepto general de actividad administrativa como se ha manejado por la doctrina, se queda corto al no comprender la interacción con la ciudadanía para el cumplimiento de los fines constitucionales.**

Gracias a los ejemplos del Derecho positivo colombiano, **ya no basta con identificar una modalidad o actuación administrativa concreta reservada a la participación ciudadana o en la que haya más o menos incidencia ciudadana. Una gran variedad de la actividad administrativa a través de actuaciones formales o informales se ve influenciada por ejercicios participativos.** La ciudadanía no solo se ha constituido como sujeto colaborador en la determinación del interés general, más allá del ejercicio del derecho al voto, sino que ha asumido su función de control y vigilancia de la actividad administrativa, incluso sin recurrir al poder judicial.

En este estado de la cuestión, es precisamente el concepto de la gobernanza el que actúa como un concepto clave para promover la adaptación de las funciones del concepto dogmático de actividad administrativa que permita explicar y describir esa realidad jurídica. En este caso, ante la dispersión de normas positivas en las que se identifican escenarios de interacción entre la Administración y los ciudadanos, la gobernanza actúa como **una idea ordenadora, que explica y sintetiza el cambio político en la sociedad**

y existencia de las mismas, la Ley y el gobierno deben asegurar un mecanismo previo de participación comunitaria, pues los costos de la decisión pueden ser muy altos en términos económicos, sociales y humanos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-535 de 1996, 1996).

⁴⁸⁷ “En primer lugar, la participación tiene una función instrumental en el marco de las decisiones ambientales, ya que sirve al propósito de realizar diagnósticos de impacto comprensivos. En efecto, cuando se van a realizar proyectos que afectan el ambiente, es necesario realizar estudios de impacto, los cuales sirven para verificar cuáles serán las posibles afectaciones que se producirán, y en esa medida, establecer las medidas de compensación y de corrección más adecuadas. En esta etapa es indispensable entonces garantizar la participación de las comunidades asentadas en el área de influencia del proyecto, pues ellas tienen conocimiento de primera mano y son quienes eventualmente sufrirán los impactos, de modo que la información que aporten al proceso garantizará la realización de una evaluación completa” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348 de 2012, 2012).

contemporánea y, por tanto, traslada a la “ciencia jurídica” la necesidad de un ajuste de la teoría del Derecho Administrativo.

Así, no puede asumirse que la diversidad de normas con escenarios participativos en ámbitos disímiles corresponda a una anomalía o problema de dispersión y falta de conexión del que adolece el Derecho. Al contrario, **tal evidencia confirma lo que las Ciencias Políticas y de la Administración han logrado explicar a través de la gobernanza el cambio en las formas de gobernación impositiva a formas más horizontales, participativas y concertadas.** Cambios que impactan al ordenamiento jurídico, como sistema social y, que en este mismo, se presentan como un asunto transversal.

En consecuencia, **la gobernanza hace comprensible todo el material disperso del Derecho positivo vinculado a la participación, le otorga coherencia y sentido unitario.** Así, la función de explicar y describir la realidad que debe cumplir el concepto de actividad administrativa no puede mantener una visión limitada de la Administración como el único actor al que se dirige el concepto y hace posible su realización práctica. Por ello, la reformulación del concepto es necesaria en aras de reconducir la realidad y no perder la función explicativa del concepto dogmático.

Por estos motivos, y en virtud de la integración de los fines y principios jurídicos y de los principios de la buena gobernanza, el concepto de actividad administrativa deberá hacer énfasis en la explicación de la existencia de la participación ciudadana, y las formas en que esta se estima deben desarrollarse para ser eficaces. Así pues, los juicios sobre una “supuesta” dispersión y desarticulación de la actividad administrativa se reconducen a través de la interpretación normativa de los principios. Sobre el tema de los principios se volverá más adelante en el próximo capítulo.

E. LA FUNCIÓN DOGMÁTICA DE ORDENAR LA REALIDAD EN EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Otra función que corresponde a los conceptos dogmáticos es la de ordenar la realidad. Si por ordenar se entiende su significado general de “encaminar y dirigir a un fin” (Real Academia Española, 2015), se deduce del contexto teórico planteado que el concepto

dogmático de actividad administrativa debe cumplir la función de encauzar con base en ciertos fines la diversidad del material jurídico que es propio de su ámbito de influencia⁴⁸⁸.

Desde el punto de vista de la construcción dogmática, los conceptos poseen la tarea de dar cuenta de la realidad por medio de la abstracción y la generalización. Se trata de reducir la complejidad de los hechos diversos, dispersos y confusos (Gabriel, 2014). En el objeto de estudio de este trabajo tal complejidad corresponde a las diferentes manifestaciones de interacción entre la Administración y la ciudadanía que parecen no acoplarse suficientemente con el concepto tradicional de actividad administrativa.

Esta tarea se cumple a través de los fines que persigue la actividad administrativa: son los ejes que permiten llenar de sentido y coherencia la ordenación del material positivo y la realidad que regula⁴⁸⁹. Los fines cumplen una función orientadora desde dos perspectivas que se complementan en la construcción dogmática: como elementos sustanciales del contenido del concepto común de actividad administrativa y como herramientas metodológicas.

En el apartado anterior se evidenció cómo se exige en la realidad social y política un cambio hacia una forma más horizontal y participativa en la manera en que se gobiernan los asuntos públicos, siendo la legislación especial la mejor prueba de este nuevo contexto. En este punto, la pregunta que se plantea es: en un nuevo contexto social y político que ha implicado importantes cambios normativos, ¿el concepto dogmático de actividad administrativa sigue cumpliendo su función ordenadora?

La respuesta a este interrogante debe encuadrarse en el enfoque dogmático que sigue esta investigación, es decir, desde el enfoque de la Teoría de la Dirección. Tal como se ha sostenido hasta aquí, esta perspectiva de estudio del Derecho Administrativo hace hincapié en la actividad y su eficacia en la orientación hacia el cumplimiento de fines. En palabras de Schmidt Assmann (2006b, págs. 154-155): “En el ámbito específico de la ciencia del Derecho Administrativo predomina desde luego una teoría de la dirección que pone su acento decidido

⁴⁸⁸ Se trata de la dimensión prescriptiva del concepto dogmático de actividad administrativa. De acuerdo con Gabriel (2014, pág. 7) en una analogía con la Ciencias Políticas, este tipo de definiciones conducen tanto al control de situaciones o comportamientos y hasta para proponer su modificación “y, en última instancia, para la construcción de la realidad”.

⁴⁸⁹ La tarea de ordenación tiene el propósito de otorgar coherencia en el sistema jurídico a fin “prever con cierta seguridad la solución que se ofrece en un tipo de casos... y simplificando la toma de decisiones” (Díez Sastre, 2015, pág. 109)

en la *acción*. Se trata, en efecto, de un *postulado de la dirección orientada a la actividad*...ha de entender por dirección, por tanto, la «influencia de carácter finalista » (orientada al resultado) que pueden ejercer los «sistemas»”.

Desde esta perspectiva, **un enfoque en términos de eficacia de la actividad administrativa como concepto dogmático supone una reconsideración de su estructura “dicotómica”** (algo se ajusta o no al concepto), que hasta ahora en la doctrina sigue predominando y, en consecuencia, proponer una nueva perspectiva para analizar su función ordenadora de la realidad⁴⁹⁰. Por consiguiente, **habrá que incorporar al concepto de actividad administrativa elementos valorativos de la realidad que posibiliten un juicio sobre la eficacia en términos de consecución de resultados**. Como se dijo antes, en el marco del Estado Social de Derecho, el concepto de actividad administrativa deja de ser neutral en la medida que está orientado a la realización de los fines constitucionales⁴⁹¹.

En este capítulo se ha venido evidenciando la desconexión entre el Derecho positivo y la teoría administrativa, en tanto esta última mantiene un insuficiente análisis de la influencia de la participación ciudadana en las tareas administrativas. De ahí que este fin no sea asumido de manera transversal, razón por la que todavía no se incluye a los ciudadanos como actores también principales dentro de la ejecución de la actividad administrativa.

En este caso, **la función dogmática de ordenar debe tener unas consecuencias prácticas: si uno de los fines principales del Estado Social de Derecho es asegurar la participación (art. 2 CP)**, fin que afecta de manera directa la actividad administrativa, deben incorporarse a ella los elementos necesarios para interpretar la normativa y la práctica de la

⁴⁹⁰ “Hay que tener en cuenta que la incorporación de una perspectiva de dirección (*Steuerungsmodell*) en el análisis del Derecho administrativo descubre la insuficiencia del método de formación conceptual. La perspectiva del control permite articular la realidad jurídica en torno a juicios de validez que tienen una estructura necesariamente binaria: algo es válido o no lo es, algo es un contrato o no lo es. Esa cualidad de los juicios de validez hace idónea la estructura de conceptos, puesto que los conceptos dogmáticos tienen una estructura de aplicación que también es dicotómica: el fenómeno o realidad jurídica analizada se ajusta al concepto o no: una norma es una Ley o no” (Díez Sastre, 2015, pág. 127).

⁴⁹¹ Se trata también de la influencia de la constitucionalización del concepto de actividad administrativa, en tanto una de las funciones de ésta es proveer orden al sistema jurídico, y no sólo desde un punto de vista jerárquico: “Sin orden, el Derecho pierde la posibilidad de garantizar seguridad jurídica. A una cierta jerarquización no se puede renunciar. Esto está relacionado necesariamente con la constitucionalización. (...) es idónea para garantizar orientación y transparencia. Ella no representa un peligro para el carácter plural de los ordenamientos jurídicos modernos. Ella tampoco es una vía en una dirección. Ella no discurre solo de arriba a hacia abajo, sino que-considerada históricamente-está vinculada con desarrollos en sentidos contrarios” (Schmidt Assmann, 2014, pág. 25).

Administración hacia el cumplimiento de este fin⁴⁹². **Para la realización de este propósito, la doctrina en la materia propone, como se ha insistido, la ayuda de los principios y los conceptos clave, dada la rigidez de los conceptos dogmáticos sobre todo para explicar y ordenar ámbitos donde el actuar de la Administración es principalmente material⁴⁹³, como en el caso del Derecho Ambiental⁴⁹⁴.**

De este modo, los principios jurídicos colaboran en la interpretación de los fines o valores que fundamentan la actividad administrativa, ilustrando de manera práctica y dinámica como se debe ajustar a ellos el actuar de la Administración⁴⁹⁵. Así las cosas, en el ámbito del Derecho Administrativo los principios cumplen la función de guiar⁴⁹⁶ y facilitar la actividad de la Administración con miras al cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho⁴⁹⁷.

⁴⁹² Es necesario reiterar que como es bien conocido la participación ciudadana no es el único fin que persigue el Estado Social de Derecho. Esta investigación resalta este fin y la forma en que fortalece y transforma el concepto de actividad administrativa, sin que por ello este mismo enfoque teórico y argumental pueda aplicarse a los demás fines como por ejemplo la garantía y protección por los derechos humanos, desde un análisis basado en la interdependencia.

⁴⁹³ “Pero habrá ámbitos específicos de actuación preeminentemente material de la Administración –como sucede en el caso de la Administración del Estado social-, donde los conceptos resultarán rígidos –y, por tanto, devendrán rápidamente obsoletos- o demasiado abstractos –transformándose en conceptos clave-. En esos casos, la operacionalización del material jurídico se llevará a cabo con un mayor éxito explicativo a través de conceptos clave y conceptos puente, principios y, fundamentalmente, de tipos o modelos (como pueden ser: responsabilidad estatal, Administración aseguradora y Administración prestadora)” (Díez Sastre, 2015, pág. 127).

⁴⁹⁴ Este planteamiento doctrinal también se corresponde con la doctrina de “los criterios” o “parámetros” (Schmidt Assmann, 2003, págs. 347-352). De acuerdo con esta doctrina, existen en el Derecho administrativo unos criterios o parámetros normativos cuya función es la de orientar la acción administrativa, hacia resultados de eficacia que superan la mera legalidad. Así: “los criterios o parámetros deben proporcionar líneas de orientación permanentes, que contribuyan a configurar la actuación administrativa más allá de los supuestos de hecho concretos de las normas aplicables a cada caso. El ámbito preferente de actuación de esos parámetros son las cláusulas discrecionales o de ponderación” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 348). De acuerdo con esta teoría, los principios de la función administrativa constituyen criterios o parámetros de actuación real de la Administración.

⁴⁹⁵ Los principios se constituyen en una herramienta metodológica que ayuda a la revisión y aplicación práctica de los conceptos dogmáticos.

⁴⁹⁶ En el mismo sentido la función de los principios en la doctrina de los criterios de actuación (Schmidt Assmann, 2003, págs. 347-348)

⁴⁹⁷ Esta función se asume sin desconocer las demás funciones generales de los principios como la creativa o directiva, interpretativa e integrativa del Derecho. Sobre los principios y sus funciones ver: García de Enterría (1986); García Maynez (1983); Leguina Villa (1987); Aragón (1988); Prieto Sanchis (1992); Beladiez (1994); Vigo (2000); Estrada (2010a) y Valencia Restrepo (2007). De igual manera, es necesario destacar la función que la doctrina y la jurisprudencia española le han otorgado a los principios en el Derecho Administrativo en el cual actúan como “las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquina normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto” (Rodríguez Arana, 2008, pág. 58) y en especial según la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1992 citada por Rodríguez Arana (2008, pág.59), los principios son el marco en el que se atribuyen y se ejercen las potestades y competencias administrativas. En el mismo sentido, para el actual Derecho Administrativo de los demás Estados europeos, ver: Zambrano Cetina (1999); Maurer (2012, pág. 76); y Renna & Saita (2012).

Esta concepción se aparta de la idea general sobre principios del Estado Liberal como elementos extrajurídicos (Aragón, 1988, pág. 13; Estrada, 2010a, pág. 159)⁴⁹⁸ y, en específico, de la idea de eficacia limitada a “ordenar externamente la vida social” (Parejo, 1989, pág. 16)⁴⁹⁹.

En el marco del Estado Social de Derecho, los principios actúan no solamente como límite al ejercicio del poder, como lo pregonara el Estado Liberal, sino que también, se adhiere a ellos una función complementaria que los transforma en herramientas útiles para hacer dúctil la interpretación y aplicación del Derecho, a fin de proporcionar la flexibilidad que requiere la actividad administrativa para alcanzar los fines que impone el interés general⁵⁰⁰.

Este enfoque sobre los principios en el Estado Social de Derecho permite resolver la tensión entre dos funciones del Derecho Administrativo sobre las cuales ha llamado recientemente la atención el profesor Parejo (2012): la limitación del poder público y la

⁴⁹⁸Del mismo modo cabe destacar el discurso político de los principios, según el cual, el reconocimiento de la existencia y supremacía de los principios jurídicos tiene por función la defensa del Estado Social de Derecho: “Valga aclarar, el discurso político de los principios jurídicos persigue encauzar, desde dentro del derecho mismo, toda la actividad estatal, con el fin de evitar que el Estado, consciente o inconscientemente, termine, no sólo amenazando, sino destruyendo los ideales democráticos y sociales de la humanidad, cual ocurrió en el siglo XX con movimientos, como el nacionalsocialismo, el estalinismo y el fascismo” (Valencia Restrepo, 2007, pág. xii).

⁴⁹⁹ “En el Estado Liberal de Derecho la cuestión de la eficacia se agota en la clásica de la eficacia jurídica de su ordenamiento: al pretender sólo ordenar externamente la vida social, cuyo funcionamiento respondía a la lógica de sus propios impulsos espontáneos y, por tanto, a la idea de bienestar como resultado de la suma de las opciones individuales de desarrollo de la propia personalidad, le bastaba para ser efectivo con alcanzar el necesario umbral de adecuación real al mismo de los comportamientos. Si la imbricación y el compromiso sociales propios del activismo del Estado social creó, desde el principio, las condiciones para un planteamiento distinto de la misma cuestión, ya desde el prisma del cumplimiento de fines y la realización de objetivos determinados...”.

⁵⁰⁰ Los principios como criterios o parámetros jurídicos tiene un espectro amplio de aplicación en los que se complementan tanto la “interdicción de la arbitrariedad” como la orientación hacia la “capacidad de la Administración para optar por la solución que considere más adecuada al fin que debe perseguir” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 351). Sobre la necesidad de una actuación flexible, Vosskuhle (2012, pág. 148) estima la cuestión en la problemática del “*saber y del conocimiento*. Legislador y Administración no solo requieren personal y medios materiales adecuados, sino también la información suficiente para la toma de decisiones oportunas, optar por la alternativa adecuada. La obtención y procesamiento de la información determinan la capacidad de actuación. Ahora bien, la necesidad de información crece y aumenta no sólo con la transformación del Estado Liberal en un Estado social, y un Estado preventivo, con lo que ello implica en cuanto a nuevas responsabilidades, sino por la complejidad, incertidumbre y dinamismo de relevantes sectores...El *dilema del conocimiento* termina por reclamar una capacidad de actuación administrativa más flexible, capaz de adaptarse a la diversidad de situaciones, más abierta a un continuo aprendizaje, y a la utilización de los recursos de conocimiento en manos del sector privado”.

realización del Derecho⁵⁰¹. Se trata de la equivocada apreciación de una contradicción entre la función tutelar o protectora y la función de efectividad o realización del interés general:

El Derecho no sólo disciplina el poder público administrativo, genera igualmente ámbitos de actuación de los actores-públicos y privados- que intervienen en la satisfacción del interés general. Lo que, en relación con la Administración pública: i) resalta la asignación de tareas o cometidos con vistas a objetivos y fines determinados; y ii) plantea la cuestión de los términos en los que el Derecho puede dirigir de forma efectiva y, por tanto, plena (no sólo con criterios estrictamente jurídicos) los comportamientos y las actuaciones para controlar el cumplimiento de dichas tareas y la consecución de estos objetivos” (Parejo, 2012, págs. 55-56).

La citada tensión entre las dos funciones del Derecho Administrativo también ha sido presentada en la doctrina como una supuesta contradicción entre el principio de legalidad y el principio de eficacia de la Administración (Molano, 2005, pág. 73; Chinchilla Marín, 2002, pág. 310). Sobre el particular, un enfoque sobre los principios como normas que facilitan un accionar flexible de la Administración permite solucionar esta aparente contradicción, asumiendo una relación de complementariedad entre el principio legalidad y el principio de eficacia administrativa. Por tanto, se considera que toda actuación de la Administración parte del estricto respeto de la legalidad que implica, a su vez, en virtud del deber positivo de eficacia, la disposición de los medios adecuados para resolver los conflictos y alcanzar los fines que dirigen la función administrativa⁵⁰². Dicho de otra manera, el principio de eficacia fortalece el cumplimiento del principio de legalidad⁵⁰³.

De este modo, la Administración deja de ser tratada como sujeto que limita su actividad a la conservación del orden público y que se abstiene de influir en los procesos sociales, siendo

⁵⁰¹ Esta contradicción también se ha definido en la doctrina como “la tensión dialéctica entre la estructura estática del Estado Liberal y la estructura dinámica, compleja, del Estado social” (Molano, 2005, pág.73). En el mismo sentido: Jinesta (2010, pág. 4).

⁵⁰² En este sentido, Vaquer Caballería (2011, pág. 94) resalta que el objeto del ordenamiento jurídico no es solamente poseer validez y eficacia formal: “sino que persigue tener la eficacia material, efectividad y eficiencia (Calsamiglia, en VV.AA., 1989: 142-146). Se reivindica como un orden de las relaciones sociales que procura su transformación y progreso. Como tal orden, es esencialmente dinámico: muta y se auto integra permanentemente (Vaquer Caballería, 2010a: 15-16, 55-65). Por la misma razón, la dogmática jurídica no puede cerrarse a las restantes ciencias sociales, que investigan y explican el comportamiento de los sujetos y las relaciones que el Derecho ordena. Pues no cabe ordenar sin aprehender primero el objeto de ordenación”. Ver también: Parejo (2003; 2012) y Vaquer Caballería (2013).

⁵⁰³ ...“ni la eficacia puede comprender una renuncia a la legalidad y a los demás principios consagrados en la Constitución –fundamentalmente el que propugna por la realización efectiva de la igualdad-, ni el sometimiento a la Ley y al derecho puede llegar a comportar condicionamientos o requerimientos que imposibiliten una acción eficaz” (Molano R. , 2005, pág. 73).

su único objetivo constatar la legalidad de sus actos. La idea de eficacia supone entonces la identificación de fines, medios y resultados, esto es, en el ámbito del Derecho Administrativo un direccionamiento hacia la actividad administrativa en la práctica⁵⁰⁴.

Por tanto, **el Derecho Administrativo se orienta a través de un enfoque renovado** de sus fundamentos tradicionales liberales, es decir, se transforma más en un instrumento que **facilita a la Administración la selección de medios eficaces para la consecución de los fines constitucionales que en un conjunto de reglas límite de control de su autoridad.** Dicho de otra forma, se orienta en mayor medida a la consecución de resultados eficaces, en complemento, y no como única opción, de la toma de decisiones “en términos de validez (legalidad *versus* ilegalidad), sino también decididamente interesado en el resultado efectivo de la acción administrativa, lo que obliga necesariamente a atender al modo en que las decisiones administrativas son tomadas” (Agudo, 2011a, pág. 16).

Esta mirada en la cual los principios jurídicos son tomados como herramientas que permiten la orientación hacia la eficacia de la actividad administrativa, se complementa con el enfoque propositivo de la buena gobernanza. Como se trató atrás (*Vid.* Cap. 2.A-IV), la buena gobernanza promueve directrices o principios para el fortalecimiento de la interacción entre la Administración y la ciudadanía en términos de eficacia⁵⁰⁵.

Estos conceptos externos al Derecho actúan como un marco teórico importante para ampliar el análisis jurídico, en términos de parámetros extrajurídicos de la actuación administrativa (Schmidt Assmann, 2003, pág. 350). Así, **los principios jurídicos y los llamados principios o directrices de la gobernanza dialogan en este caso para la adaptación de conceptos dogmáticos renovados, como el de actividad administrativa.**

⁵⁰⁴ En palabras de Barnés (2006, pág. 268): “se trata de una aproximación científica dominada por la perspectiva funcional o, lo que es lo mismo, orientada hacia el cumplimiento y la satisfacción de los objetivos que el ordenamiento asigna en cada caso a la Administración”.

⁵⁰⁵ Esta perspectiva de complementariedad es reconocida por la doctrina de los criterios o parámetros jurídicos. Según esta doctrina, los criterios jurídicos como los principios, se enriquecen a partir de criterios no jurídicos, como “consideraciones de oportunidad y criterios de buena administración”, incluso llama la atención la forma en que se incorporan al ordenamiento jurídico a través del control judicial: “los agentes que catalizan este procesos son los Tribunales administrativos y la doctrina jurídico-administrativa. De esta forma, uno de tales criterios se convierte en principio jurídico cuando los tribunales lo reconocen como parámetro de control de la acción administrativa y sancionan su incumplimiento aplicándole el tratamiento usual de los actos contrarios a derecho, es decir, nulidad o la anulabilidad y la responsabilidad del Estado” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 350). Este mismo enfoque en el denominado *Derecho Administrativo Global* o Derecho Administrativo Internacional, en el que surge una reflexión importante sobre la vinculación de principios procedimentales y el derecho a una buena administración (Ponce, 2012, pág. 308).

En otras palabras, **la necesidad de recurrir a los principios de la buena gobernanza se halla en el hecho de que en los principios jurídicos de la función o actividad administrativa, todavía predomina un enfoque unidireccional.** De hecho, muchos de los principios jurídicos tales como transparencia, eficacia, buena fe, celeridad, etc., se han orientado directamente a la Administración sin comprender en su contenido directrices sobre los procesos interactivos que se dan con ocasión de la toma de decisiones participativa⁵⁰⁶. Así entendidos, de estos principios no pueden derivarse orientaciones prácticas sobre la colaboración de los ciudadanos y las responsabilidades que poseen al intervenir en procesos de concertación⁵⁰⁷.

Frente a esta percepción tradicional, de manera complementaria, los principios de la buena gobernanza resaltan la interacción de todos los actores en la toma de decisiones (Cerrillo, 2005, pág. 19). Por tanto, **una interpretación de los principios de la actividad administrativa con base en los principios de la gobernanza, deberá tener como resultado consecuencias prácticas que involucren tanto el actuar de la Administración como la de los ciudadanos, e incluir una percepción renovada de legitimación permanente de la actuación administrativa a través de la participación y control de la ciudadanía** (Ponce, 2010; Mescheriakoff, 1990).

⁵⁰⁶ El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia reconoce los principios de la función administrativa: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014). Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) consigna especialmente que “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” (Congreso de la República, 2011).

⁵⁰⁷ El artículo 209 de la Constitución Política de Colombia reconoce los principios de la función administrativa: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014). Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) consigna especialmente que “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” (Congreso de la República, 2011).

F. A MODO DE SÍNTESIS: LA APORTACIÓN DE LA GOBERNANZA AL PROCESO DE RENOVACIÓN DOGMÁTICA

El actual contexto socio-político en el que destaca una mayor interacción entre la ciudadanía y la Administración, resultado tanto de la presión de la sociedad civil como de la iniciativa institucional⁵⁰⁸, ha evidenciado la paulatina transformación de la relación Estado-sociedad basada en la separación y el modelo burocrático de gobierno hacia escenarios más participativos en la toma de decisiones⁵⁰⁹. Como se trató en el presente capítulo, este fenómeno ha alcanzado el interés de las Ciencias Políticas y Ciencias de la Administración a través de la sistematización del mismo en el concepto de la gobernanza⁵¹⁰; esto mismo se ha reflejado en el Derecho por medio de una progresiva regulación de mecanismos de participación y el desarrollo de una variedad de actuaciones informales de concertación que, en muchos casos, es respaldada por la jurisprudencia constitucional⁵¹¹.

El contexto anotado es de tal magnitud que representa un cambio en la concepción que de la participación ciudadana se ha sostenido por la dogmática tradicional y el Derecho Administrativo. No se trata sólo de ser más exigentes en la interpretación de la Ley conforme al contexto social en el que se aplica⁵¹², regla que bien puede emplearse en los

⁵⁰⁸ Sobre este contexto se trató con mayor profundidad en la Introducción de este trabajo de investigación.

⁵⁰⁹ Tal como viene tratando en esta investigación, algunos de los trabajos relevantes son: Figueiredo (2010); Chevallier (2011); Esteve (2012; 2013; 2014b); Santaella (2013); y Rincón (2014).

⁵¹⁰ La referencia al concepto de gobernanza también remite a los principios que propone y a la teoría que alrededor de la misma se ha construido para comprender y sistematizar los procesos participativos entre gobernantes y ciudadanía.

⁵¹¹ Téngase en cuenta por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, en algunos casos, la del Consejo de Estado colombianos en materia de Consulta Previa citadas en este trabajo.

⁵¹² En el ordenamiento jurídico colombiano el criterio sociológico de interpretación no está expresamente consignado en la Ley. No obstante, la jurisprudencia constitucional colombiana ha precisado el significado y deberes de la interpretación jurídica en el que se incluye la comprensión del contexto social: “A pesar de que el propio significado de interpretación jurídica ha sido discutido en la doctrina especializada porque, entre otras cosas, inmediatamente remite al debate de si interpretar una norma jurídica implica determinar el alcance de todos los textos legales o sólo los oscuros, lo cierto es que, en su sentido más obvio y elemental, interpretar es explicar, declarar, orientar algo, comprender las circunstancias, aprehender, entender los momentos de la vida social y atribuir un significado a un signo lingüístico” (Corte Constitucional, Sentencia C-820 de 2006, 2006). Como ejemplo de esta regla de interpretación vale citar el artículo 3 del Código Civil español (Ministerio de Gracia y Justicia, 1889) que consigna expresamente: “1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Vale citar al respecto la explicación que de esta disposición ha hecho el Tribunal Supremo español en el análisis de Ponce (2014, págs. 20-21): “...en sus declaraciones sobre el art. 3.1 del Código Civil, si bien se muestra prudente, evita confundir la interpretación sistemática con la basada en la realidad social. Así, señala que la interpretación del Derecho no se acaba en el propio Derecho, aunque no todo elemento jurídico sea válido como criterio de

mecanismos de participación regulados y que exige un enfoque garantista sobre aspectos concretos en materia de acceso a la información, la realización de audiencias con amplia convocatoria o la intervención de terceros en las etapas del procedimiento administrativo⁵¹³, casos en los que la jurisprudencia constitucional e interamericana ha sido bastante ilustrativa⁵¹⁴. Se trata de resaltar que los cambios observados en la relación Estado-sociedad trascienden la interpretación y aplicación de la Ley en el caso particular, porque revelan un papel diferente del ciudadano en la actividad de la Administración y los fines que persigue; situación que no es dimensionada suficientemente con las consideraciones dogmáticas tradicionales referidas, por ejemplo, a la relación jurídico-pública⁵¹⁵, la *puissance publique*⁵¹⁶,

interpretación en todo caso, pues, por ejemplo STS de 18 de diciembre de 1997: “[El elemento sociológico en la interpretación de las normas] no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria”, dado que, por ejemplo, STS de 24 de diciembre de 1990, “la interpretación de las normas al amparo de la realidad social no puede llevar a conculcar el tenor literal de un precepto”, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la STS de 18 de diciembre de 1997, “[El art. 3.1 del Código Civil] contiene solo una llamada a la profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de [las normas]”.

En el caso de la regulación de mecanismos de participación debe anotarse que la actual ciencia jurídico-administrativa interna no presenta un estudio profundo de la forma como se incorporan al Derecho Administrativo y las posibles interpretaciones de acuerdo con la Constitución. Sobre el estudio e interpretación de la participación ciudadana se ha encargado el Derecho Constitucional, con escasa reflexión sobre su encaje en la dogmática administrativa.

⁵¹³ Al respecto véase Cap. 2. F.

⁵¹⁴ Este enfoque garantista implica que cualquier norma -incluido el procedimiento administrativo- que involucre derechos debe vincularse e interpretarse conforme a los valores y los principios constitucionales. Con base en este enfoque, Ferrajoli (2005, págs. 19,22) sostiene que “se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos...Todos los derechos fundamentales -no solo los derechos sociales y obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condiciona la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho”. Sobre un enfoque garantista o en la lógica de derechos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha fijado las condiciones del debido proceso administrativo: “En este orden de ideas, el SIDH ha fijado posición sobre la aplicación de las garantías del debido proceso legal en ámbitos administrativos. Así, ha establecido la obligación de los Estados de contar con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, a fin de evitar márgenes inadecuados de discrecionalidad en la esfera administrativa, que puedan fomentar prácticas arbitrarias o discriminatorias. Al mismo tiempo, el SIDH ha avanzado en la identificación de ciertos estándares del debido proceso legal que deben regir los procedimientos administrativos, tales como el plazo razonable, el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas, a contar con un abogado, a una decisión fundada, a la publicidad del actuar de la administración, entre otros” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, págs. 21-22). Sobre el reforzamiento de las garantías y el debido proceso administrativo en Colombia puede consultarse: González Rey (2007), Carvajal (2010), Rincón (2014), y Santos (2014).

⁵¹⁵ Tal y como se concibe ésta en la doctrina como una relación intersubjetiva en el que la Administración actúa en uso de sus facultades de *imperium* y los ciudadanos están en una situación jurídica pasiva (García Trevijano, 1974, pág. 499), en la que existen dos partes - la privada y la pública- bien definidas en sus sujetos e intereses; y se expresa en las categorías de sujeción general -relación de supremacía general- y sujeción especial-involucra al ciudadano en la organización administrativa con un tratamiento limitativo de sus derechos y libertades (López, 1994, pág. 161)- no admite las nuevas relaciones de la Administración, caracterizadas por la pluralidad de

la colaboración de los particulares en la actividad administrativa⁵¹⁷, la contratación estatal⁵¹⁸ o la participación de los particulares afectados en el procedimiento administrativo⁵¹⁹.

Lo importante a destacar es que hasta hoy la doctrina tradicional sigue siendo la base de la interpretación y aplicación del Derecho positivo colombiano. Los cambios que se vienen señalando en la relación Estado-sociedad no han permeado suficientemente la doctrina que se emplea en la enseñanza del Derecho y el litigio ante los jueces administrativos. En este sentido, los casos de jurisprudencia novedosa que evidencian la transformación de conceptos y teorías se limitan mayormente a la jurisdicción constitucional, siendo escasos los fallos del contencioso administrativo que asumen nuevos enfoques dogmáticos⁵²⁰. En el campo de la enseñanza, los manuales usados siguen reproduciendo las teorías tradicionales con escasa, o inexistente, reflexión sobre nuevas teorías y relaciones con los conocimientos extrajurídicos como la gobernanza. Como se citó atrás, la nueva doctrina nacional que adopta la reflexión constitucional y el contexto socio-político en la interpretación del Derecho Administrativo por ahora limita su difusión a obras colectivas y congresos en la materia.

En efecto, la regulación de diferentes mecanismos de participación ciudadana y la práctica habitual de actuaciones informales de concertación, han puesto en duda si es ajustado a la realidad seguir aduciendo que los conceptos doctrinales anteriores y la teoría jurídica que han generado, comprenden dentro de su alcance los nuevos fenómenos participativos y son

actores e intereses difusos; la corresponsabilidad asumida por la Administración y los ciudadanos en la obtención del interés público; y, un nuevo enfoque sobre la posición de igualdad del ciudadano. Sobre este tema con mayor profundidad ver: Cap. 3. C-III.

⁵¹⁶ Se destacan aquí las decisiones en las que la Administración hace uso de las prerrogativas públicas y que en un enfoque individualista, al no afectar de manera directa a un ciudadano en especial, no está obligada a notificar, y dado el caso a indemnizar al afectado, ni a tener en cuenta los aportes de la ciudadanía. Sobre la transformación y vigencia de la *puissance publique* ver: Santaella (2013; 2014).

⁵¹⁷ Como el ejercicio de funciones administrativas asumidas por particulares.

⁵¹⁸ La contratación estatal es uno de los estatutos más regulados en el ámbito interno, con reglas muy precisas que no permiten su extensión a casos de concertación informal o la celebración de acuerdos con base en el interés público con la ciudadanía.

⁵¹⁹ En los casos de gobernanza ambiental, por ejemplo, la ciudadanía reivindica el interés público como suficiente habilitación para hacer presencia en todo procedimiento administrativo en el que pueda adoptarse una decisión que pueda perjudicar o poner en riesgo el ambiente.

⁵²⁰ Debe citarse que recientemente el Consejo de Estado colombiano ha asumido la revisión de sus precedentes jurisprudenciales, entre ellos el referido al control de legalidad exclusivo sobre los actos administrativos, admitiendo el control sobre otros actos sin aparente fuerza vinculante entre los que incluye “actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law)” (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, radicado: 00533).

apropiados para su explicación e interpretación del Derecho positivo⁵²¹. En todo caso, **la concertación informal en materia ambiental desborda la concepción liberal del ciudadano como un “administrado” receptor pasivo de la actuación administrativa** que goza de unas garantías individuales que le permiten protegerse de la arbitrariedad, y de una Administración impositiva, formalista y poco receptiva de la cooperación de la ciudadanía en la definición del interés general.

Si bien no puede sostenerse, y tampoco es la aspiración de este trabajo demostrarlo, que el anterior modelo no está vigente y no es funcional en la realidad, pues debe reconocerse que sigue siendo el fundamento de una significativa legislación administrativa⁵²², **si puede afirmarse la presencia de una participación ciudadana que persigue el interés público - como defensa de intereses colectivos o de grupo-⁵²³, y que adopta un nuevo papel de corresponsabilidad en la eficacia de la actuación administrativa sin asumir función pública⁵²⁴**. De igual manera, **se percibe una Administración que admite la necesidad e importancia del conocimiento en poder de los particulares y emplea el diálogo y la concertación como vía idónea para la toma de decisiones**. Este rol de la Administración, con apoyo en el nuevo papel de la ciudadanía, ha generado la actuación informal de

⁵²¹ Vale citar la crítica de Larenz (2010, pág. 173) a un sistema de conceptos que no revisa constantemente la realidad: “...un sistema conceptual, formado sólo según criterios lógico-formales, prescinde de las referencias valorativas que están detrás de las normas y, con ello, falsifica necesariamente la conexión de sentido peculiar del Derecho, la cual no es de naturaleza lógico-formal, sino teleológica”.

⁵²² Al respecto, Cassese (2014a, pág. 403) señala la existencia de “tres polos” en el Derecho Administrativo, esto es, su oscilación entre el autoritarismo, liberalismo y socialismo: “En el Derecho Administrativo, el polo originario y tradicional es el poder público...predomina el Derecho Administrativo especial, derogatorio, unilateral y privilegiado, porque debe ser impuesto a la colectividad...Más tarde, se emplearán las mismas herramientas para un objetivo distinto: no para permitir que la voluntad del Gobierno se imponga a la sociedad, sino para conseguir que la propia sociedad logre sus fines colectivos superando los particulares...El tercer polo del Derecho Administrativo actúa «ex parte civis», y es eficaz para la «lucha contra las inmunidades del poder»... El Derecho Administrativo está unas veces más cerca de las instancias autoritarias, otras de las colectivas o socialistas, otras de las liberales”.

⁵²³ “Esto significa que la agenda de los asuntos colectivos se convierte en un ejercicio de interacción y corresponsabilidad, lo cual implica que la esfera de lo común —lo público— interesa a múltiples tipos de capacidades instaladas en la sociedad civil” (Uvalle Berrones, 2012, pág. 121).

⁵²⁴ El ciudadano deja de ser solamente el titular de derechos y beneficiario de prestaciones, sobre el cual se despliega la protección del Estado. Asume su papel de corresponsabilidad, en tanto, “Es *también*, un sujeto que ha asumido —en numerosos supuestos- relevantes cuotas de corresponsabilidad en la vida económica, social, ambiental o informativa, y no un mero jugador. Lo cual supone y entraña la asunción —y transposición- de valores, criterios, y principios, con las lógicas adaptaciones, propios de la cultura del Derecho público, al privado” (Barnés, 2014a, pág. 79). El principio de “corresponsabilidad” o “responsabilidad compartida” es conocido en el ámbito de la política y el ordenamiento ambiental, en especial el Quinto Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea fue la primera política comunitaria que lo incluye como fundamento de las estrategias de gestión medio ambiental. Este principio entiende que “en la tarea de protección o defensa ambiental las obligaciones que de ella se derivan no recaen exclusivamente sobre un sujeto determinado, sino sobre todos aquellos actores implicados de un modo u otro en tal función” (Sans, 1999, pág. 561).

concertación, hecho que pone en cuestión la eficacia, por sí sola, de la interpretación legal de acuerdo al contexto social, para comprender su lugar dentro del ordenamiento y los fundamentos dogmáticos para su sistematización jurídica.

En suma, lo dicho hasta aquí permite sostener que la transformación de la relación Estado-sociedad no es solamente un hecho que puede abordarse, o “controlarse”, con la aplicación de las reglas de interpretación jurídica al caso concreto, es **una cuestión que confronta directamente a la dogmática jurídica tradicional⁵²⁵ y que demanda la revisión de su concepción sobre el ciudadano y su vinculación a las tareas de la administrativas⁵²⁶**. Así las cosas, **la intensidad de los cambios que en este trabajo se plantean pueden resumirse en que para la comprensión de la actuación informal de concertación no es suficiente la aplicación e interpretación legal de los mecanismos de participación ciudadana existentes o de intervención de particulares en el procedimiento administrativo; como tampoco es idóneo su encaje en la actividad contractual o material de la Administración.** Del mismo modo, y como se trata con mayor profundidad en el capítulo siguiente, **las normas que establecen competencias generales a la Administración para llevar procesos de concertación deben ser interpretadas conforme a principios jurídicos y enfoques dogmáticos más ajustados a la realidad social y, es por ello, que el apoyo de conceptos clave como la gobernanza y la constitucionalización del Derecho Administrativo son fundamentales para articular las diversas ideas y los elementos jurídicos que involucra la citada transformación.**

⁵²⁵ La crítica a la dogmática jurídico-pública se ubica en la pérdida de su función de proveer unidad y orden –sistematización- al ordenamiento jurídico, dada su desconexión con la realidad y la falta de interés sobre el estudio de una diversidad de casos concretos que plantean nuevas relaciones entre la Administración y los ciudadanos. De acuerdo con Gallego Anabitarte (1996, pág. 30): “el *ius publicista* tiene que estar abierto al fenómeno social, pero esta apertura deberá estar centrada en torno a la norma jurídica impuesta, de tal manera que estará obligado a moverse dentro del marco dogmático a partir del cual dará la respuesta, la única relevante”. En sentido similar, Troncoso (1999, pág. 96) “La dogmática, por tanto, trata de explicar que la regulación no es un conjunto de normas inconexas sino que tiene una explicación sistémica armónica, y lo hace poniendo en conexión procedimientos y principios o valores, y razonando cómo el legislador no es siempre arbitrario o absurdo” (Troncoso, 1999, pág. 96).

⁵²⁶ Para efectos del objeto bajo estudio, en el ámbito interno colombiano debido a la reforma constitucional de 1991, mediante la cual se reconoció una extensa carta de derechos humanos, se abandonó la perspectiva de los derechos individuales y de la responsabilidad pasiva del Estado en su protección, para afirmar la garantía de los derechos sociales y colectivos, y el principio de corresponsabilidad. El principio de igualdad adquiere un nuevo enfoque, no se trata ya del reconocimiento universal de derechos, sino de las consideraciones particulares que se requieren para su goce efectivo libre de cualquier discriminación. A la Administración le corresponderá un papel más activo en la identificación de las condiciones especiales de las personas en condición de vulnerabilidad para disponer un trato favorable y garantizar la igualdad como un “objetivo que condiciona todo el papel del Estado y que por tanto amerita progresividad para eliminar de forma efectiva las diferencias existentes” (Rincón, 2014, pág. 425).

De acuerdo con lo anterior, la gobernanza como concepto clave (*Vid.* Cap. 2.A) cumple con su función de entregar un contexto de los cambios y las formas de la relación gobernantes-gobernados que, con las herramientas exclusivas de la ciencia jurídico-pública, no es posible aprehender y sistematizar⁵²⁷. Este contexto es ordenado en unas pautas o directrices mínimas dirigidas a que los espacios de participación propicien la interacción y el diálogo eficaz entre la Administración y la ciudadanía. Estos aportes constituyen de manera concreta la forma en que la gobernanza se propone sea interiorizada por el Derecho, esto es, a través de un reforzamiento, o si se quiere “oxigenación” o cierta “dosis de realidad”, hacia los conceptos dogmáticos y los principios jurídicos que dirigen el actuar de la Administración, como parte esencial del marco dogmático que busca la adaptación o fortalecimiento de las funciones del concepto de actividad administrativa, tal como se expuso en el presente capítulo.

En otras palabras, el cambio socio-político que en las últimas décadas se ha experimentado viene presionando una transformación del Derecho⁵²⁸, que se ha logrado con cierta magnitud, a través de la regulación de una serie de figuras de participación o de la generación de la actuación informal de concertación que evidencian una dispersión normativa que adolece de criterios dogmáticos que entreguen orden y unidad a estos fenómenos. Por tanto, es necesario aclarar que es el nuevo contexto socio-político, y no la gobernanza como concepto clave y teoría de las Ciencias Políticas y de la Administración, el que exige una revisión y adaptación de la dogmática jurídica en aras de la adaptación y sistematización del Derecho Administrativo. En tal sentido, **la gobernanza actúa como instrumento metodológico que facilita el conocimiento del citado contexto, que permite entender las causas de su origen y evolución histórica y las “reglas de juego” que los diferentes actores sociales han generado, otorgando ideas o pautas tanto para su análisis a través de la ciencia jurídica, como para ajustar la interpretación legal al contexto que se aplica**⁵²⁹.

⁵²⁷ Sobre el método en la ciencia jurídico pública véase la Introducción general de esta investigación.

⁵²⁸ En especial, “El Derecho administrativo contemporáneo, en efecto, ya no se concibe así mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer” (Barnés, 2014a, pág. 80).

⁵²⁹ Para las Ciencias Políticas y de La Administración, la gobernanza es el “eje” del cambio de la Administración: “los cambios y transformaciones institucionales y funcionales de la administración pública contemporánea tienen como eje a la gobernanza democrática, la cual tiene como elementos puntuales el nuevo papel -autonomía, autogestión, corresponsabilidad- de las organizaciones de la sociedad como el mercado, las asociaciones civiles y los organismos interesados en la atención y solución de los problemas colectivos. Esto

La incorporación de parámetros extrajurídicos que facilitan la ampliación del análisis del contexto socio-político, como los principios de la buena gobernanza, exigen al Derecho establecer mecanismos para facilitar su desarrollo y aplicación, así como permitir un intercambio que genere procesos de aprendizaje⁵³⁰. El no tomar en cuenta las contribuciones que la gobernanza hace al ordenamiento jurídico, implica la limitación del avance doctrinal y con ello, la persistencia de un desconocimiento del desarrollo del Derecho positivo, que como se expuso atrás, se ha incluido prolijamente en la normativa sectorial. En consecuencia, la falta de reflexión teórica sobre cómo los aportes de la gobernanza pueden impactar el ordenamiento positivo, sobre todo en la transformación de la forma de administrar los asuntos públicos, deriva en la promoción de una sectorización y fragmentación del ordenamiento y, con ello, en la generación de su asistematicidad. Este efecto, en últimas, induce a que el sistema conceptual se convierta en una especie de construcción simbólica insuficiente para ordenar los nuevos modelos de dirección.

El cómo se produce el fortalecimiento de la investigación jurídica a través de la gobernanza, v. gr., el enriquecimiento y complemento de principios jurídicos y directrices de gobernanza y, en particular, sus manifestaciones prácticas en el Derecho Ambiental, con el ánimo de su generalización al Derecho Administrativo, es parte del objeto de estudio del capítulo siguiente. Dicho análisis conforma la propuesta que en este trabajo de investigación se formula con el reconocimiento jurídico de la llamada actuación informal de concertación de la Administración.

obliga a revisar, mejorar y potenciar sus áreas funcionales para nutrir la capacidad de gobernar en un mundo incierto, complejo y exigente” (Uvalle Berrones, 2012, pág. 113).

⁵³⁰ Sobre el tema Cassese (2014a, pág. 394) afirma la necesidad e importancia de las enseñanzas de los estudios no jurídicos y el porqué deben tomarse en serio con una “actitud menos respetuosa hacia las disposiciones normativas”. Entre los motivos señala: “por la relevancia que tiene la dimensión «fáctica», es decir, el contexto económico, social y político, pues las normas descontextualizadas no son comprensibles, ni comparables (...) La tercera y más importante enseñanza que se desprende de los estudios no jurídicos del Derecho consiste en considerar las normas como un sistema en movimiento en el que actúan los individuos *–mazimizadores–* del propio Derecho como medio para cambiar los precios de la conducta de los sujetos, y las variaciones de las reglas como medio para alterar la estructura de los precios” (Cassese, 2014a, pág. 396). Este proceso de aprendizaje, visto desde otra óptica, también posee efectos prácticos que han sido indentificados por la investigación de los impactos de la gobernanza sobre Administración pública, que señalan la necesidad de un aprendizaje de los servidores públicos de habilidades de negociación, comunicación, y diálogo, y la indentificación de las etapas en que se requieren (Blomgren, Nabatchi, & O’Leary, 2005, pág. 548).

CAPÍTULO TERCERO

LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Con fundamento en los planteamientos dogmáticos presentados en el Capítulo 2, este trabajo propone el reconocimiento de un nuevo tipo de actuación administrativa, capaz de comprender el fenómeno de la concertación informal. Su propósito es aportar a una construcción sistemática del Derecho Administrativo que permita la explicación y ordenación de los nuevos fenómenos del actuar de la Administración que en la doctrina tradicional todavía no encuentran suficiente explicación pese a su existencia en la realidad.

Esta propuesta permite superar una de las más claras manifestaciones del anacronismo de la teoría de las formas jurídicas, esto es, su incapacidad para conducir o explicar, lo que se ha llamado por la doctrina, la actuación material e informal de la Administración⁵³¹. Que, como ya se ha adelantado, se trata de la evidencia fáctica de una serie de manifestaciones de la Administración en diferentes ámbitos de su actividad, que no pueden enmarcarse completamente bajo ninguna de las formas o modalidades jurídicas pre-diseñadas por el ordenamiento para orientar y limitar su actuación⁵³².

La construcción de un nuevo tipo que enriquece la clasificación tradicional de actos jurídico-públicos complementa la revisión de las funciones del concepto dogmático de actividad administrativa hecha con anterioridad. Concretamente, permite profundizar en las carencias que la doctrina clásica todavía mantiene, relativas a la incapacidad del concepto de actividad administrativa para aprehender, describir y ordenar la realidad que se manifiesta en una intensa interacción entre la Administración y la ciudadanía en la toma de decisiones en

⁵³¹ En este sentido: Bohne (1990; 2013), Schmidt Assmann (1993a y 2003), Schulze Fielitz (1993), Schulte (1993), Kloepfer (1993), Würtenberger (1993), Velasco (1998), Molano (2005), Sarmiento (2008), Agudo (2011a) y Sánchez Pérez (2012).

⁵³² Surgen inquietudes sobre el marco jurídico que debe fundamentar las actuaciones de concertación de la Administración en materia ambiental, dado que en muchos casos no existe un molde o forma jurídica que permita su encaje en unos requisitos especiales y de esta manera establecer las condiciones de su legalidad. De acuerdo con este planteamiento, y siendo conocido que la doctrina tradicional ha concebido la categoría de actuación material para explicar la presencia de actos no formales, es necesario su revisión con el propósito de precisar si tal tratamiento doctrinal es suficiente desde esta categoría, o en definitiva debe ser objeto de una reflexión dogmática distinta, cuestión ésta que se aborda al final del capítulo.

todos los niveles de gobierno⁵³³. Esta construcción tipológica, igualmente se apoya en los fundamentos teóricos propuestos como base para un nuevo estudio y comprensión del Derecho Administrativo tales como el enfoque de la Teoría de la Dirección sobre la Administración y su actividad; la función administrativa como acción teleológica del Estado; la gobernanza como concepto clave; y el estudio de los aportes de los sectores de referencia, como el ambiental, a la parte general del Derecho Administrativo⁵³⁴.

Estos presupuestos dogmáticos permiten una nueva lectura de la teoría de las formas jurídicas en la medida que facilitan su adaptación a las condiciones complejas del Estado contemporáneo. Con ello se pretende devolver a la teoría su función dogmática de explicar y dar unidad a la actividad administrativa, función que requiere cierta “dosis de realidad” a la que contribuye la generación de tipos, a partir de la idea del Derecho como un sistema abierto que se enriquece de otros conocimientos, en este caso el de las ciencias políticas⁵³⁵.

Frente a la confusión que en la actualidad existe sobre las diversas actuaciones, aparentemente sin forma, que ejecuta la Administración y que adquieren cada vez mayor relevancia jurídica, es necesario identificar y proponer nuevas ideas para su comprensión como fenómenos jurídicos y para lograr su reconducción sistemática. Se trata de auscultar y sacar a la luz figuras jurídicas que por mucho tiempo se han mantenido en la sombra, con la etiqueta de actividad material, para afrontar su estudio detallado y hacerlas parte significativa del sistema de actos jurídico-públicos.

Este propósito se aborda a través de instrumentos metodológicos como los tipos, que se presentan como “imágenes muy gráficas” de la realidad (Vosskuhle, 2012, pág. 180) y ayudan a reducir la complejidad, a concretar nuevas ideas como las que en este trabajo provienen de

⁵³³ De acuerdo con Díez Sastre (2015, pág. 122): Los tipos se “elaboran a partir de conceptos que ya no explican suficientemente la realidad y que necesitan abrirse (*Begriffslöckerung*) y que los tipos pueden representar concreciones de conceptos clave o conceptos puente”.

⁵³⁴ Puede decirse que “un dato clave en la transformación del Derecho Administrativo impulsada desde la Teoría de la Dirección se encuentra en el desplazamiento desde un Derecho impositivo e interventor hacia un tendencialmente Derecho consensual, donde los medios de ejecución forzosa se suplementan o sustituyen con estrategias destinadas a convencer o a persuadir, complementadas con una acción informativa-colaborativa que favorezca el previo entendimiento y el acuerdo” (Agudo, 2011a, pág. 18).

⁵³⁵ Con aplicación de las consideraciones Larenz (2010, pág. 172), el Derecho Administrativo no puede limitarse a un simple sistema conceptual, debe fundarse en un sistema abierto que permite el avance de la dogmática jurídica, mediante la relación con conceptos de otras disciplinas, y la eficacia en la resolución de la compleja realidad a la que se enfrenta el Derecho en la actualidad. En igual sentido: Canaris (1998) y Schmidt Assmann (2003).

la gobernanza⁵³⁶. Simplifican la realidad gracias a la selección de diversos atributos que en conexión con otros conceptos dogmáticos (Díez Sastre, 2015, pág. 122), tales como actividad administrativa y actos jurídicos, permiten otorgar contenido jurídico definitorio a estas relaciones que entabla la Administración y la ciudadanía en aras de realizar los fines constitucionales.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que la generación de nuevos tipos parte de la revisión de conceptos dogmáticos existentes, este capítulo aborda en un primer término el estudio del concepto de actividad material y de la doctrina de las formas jurídicas como su fundamento teórico. Tal estudio permite el contraste y selección de atributos o características de la actuación informal de concertación con ayuda de la observación de la práctica del Derecho Ambiental y de los aportes de la gobernanza como concepto clave recogidos en el Capítulo 2.

Este análisis se complementa con la exposición de dos instrumentos metodológicos, uno de ellos recién mencionado: el *tipo* y las *estructuras de responsabilidad*, los cuales facilitan la comprensión de nuevos fenómenos o situaciones problema, que como la actuación informal, no encuentran suficiente explicación desde la interpretación normativa o los conceptos dogmáticos tradicionales.

A partir de las anteriores consideraciones metodológicas, se plantean y explican los atributos seleccionados como aquellos que componen el tipo de actuación informal de concertación. Estos atributos comprenden los fines estatales que la orientan; los niveles de responsabilidad que dan lugar a unas especiales relaciones jurídico-públicas; y los parámetros de la conducta administrativa que se sugiere fundamentan la manifestación práctica de la actuación bajo estudio.

⁵³⁶ Adicionalmente debe destacarse el aporte de la gobernanza en la simplificación de la complejidad: “Un aspecto fundamental del paradigma de la gobernanza es el énfasis que se coloca en la complejidad en tanto que elemento estructuralmente definitorio de la sociedad postindustrial y, por lo tanto, de la gran mayoría de los problemas colectivos que deben ser abordados en la actualidad desde las políticas públicas (...) La idea básica en el paradigma de la gobernanza es aceptar y gestionar la complejidad en los procesos de gobierno, y no tratar de eliminarla: reconocer los múltiples actores y niveles con intereses y con recursos a aportar en las políticas; aceptar su participación en las tareas de gobierno y gestionar las interrelaciones a fin de provocar acciones integradas; articular la diversidad y la fragmentación a través de la coordinación o la integración”. (Blanco & Gomá, 2006, págs. 15-17).

La teoría sobre los parámetros de la conducta administrativa se complementa con el análisis e interpretación sistemática de los principios de la función administrativa, los principios del Derecho ambiental y los principios de la buena gobernanza. Esta propuesta de estudio teórico se desarrolla con base en el ordenamiento colombiano, de ahí la remisión directa a su Derecho positivo, jurisprudencia y doctrina interna. Por último, este capítulo finaliza con una propuesta de principios y reglas mínimas para la garantía y protección de derechos en los procesos de actuación informal de concertación en Colombia, a partir del análisis de la participación ambiental en el ordenamiento interno y el precedente constitucional de mecanismos de participación como la consulta previa.

A. ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE LAS FORMAS JURÍDICAS: LA ACTIVIDAD MATERIAL

De acuerdo con la doctrina tradicional, los “actos no jurídicos”⁵³⁷ de la Administración corresponden a actividades con efectos fácticos que no poseen un carácter regulatorio ni consecuencias jurídicamente coercibles, por lo que han recibido los nombres de actuaciones materiales, reales, técnicas o simples actuaciones administrativas (Stober & González–Varas, 1995, pág. 573)⁵³⁸. Igualmente, esta categoría de actuación ha adquirido el nombre de informal para identificar los actos que no se desarrollan a través de las formas establecidas con un régimen jurídico tipificado (Gallego Anabitarte & Menéndez Rexach, 2001, pág. 22)⁵³⁹.

⁵³⁷ El antecedente de esta doctrina se halla en el Derecho privado. Sobre el origen de la doctrina de los actos jurídicos y las formas jurídicas se trató en el Capítulo 1 a propósito de la exposición sobre el formalismo jurídico en el siglo XX (*Vid.* Cap. 1. A-II).

⁵³⁸ Otra propuesta de clasificación la hace Parejo (1994, pág. 411) al clasificar los actos según su relevancia jurídica, así la actividad material representa una actividad con relevancia jurídica mediata o indirecta. Un aporte interesante que se encuentra en la obra de Adolf Merkl (1975, pág. 234), y del cual no presentó mayor desarrollo, es la clasificación de los actos en formales y actos sin forma. Los actos *formales* serían aquellos vinculados a una forma determinada y los *sin forma* aquellos a los cuales no se les imponen ninguna formalidad “y ésta, en caso de existir, queda al arbitrio del órgano competente para el acto, no habiendo vinculación más que respecto del contenido”. El autor limitó la posibilidad de existencia de éstos últimos a los actos meramente ejecutivos, afirmando la complicación “ociosa” de establecer formas determinadas para cumplir su función de aplicación normativa. Sin embargo, destaca que el formalismo no puede ser algo forzoso en los actos establecedores o creadores de Derecho, razón por la que desecha la clasificación, al no poseer un criterio claro de diferenciación. Desde nuestro punto de vista esta clasificación podría tener relevancia como antecedente doctrinal de la actuación informal de la Administración.

⁵³⁹ Sobre el concepto de informalidad puede consultarse además: Bohne (1990), Schmidt Assmann (1993a y 2003), Shulze Fielitz (1993), Schulte (1993), Kloepfer (1993), Würtenberger (1993), Velasco (1998), Molano

La escasa atención a los actos no coercibles de la Administración ha conllevado que la doctrina encierre toda la variedad de actividades que se presentan bajo este rótulo, como actividad material o técnica. De este modo, la actividad material ha tenido para la doctrina importancia jurídica como condición para la materialización fáctica de la actividad administrativa o ha adquirido relevancia, con una connotación negativa, en tanto actuación contraria a Derecho, esto es como “vía de hecho”.

En estos términos, la actividad material no ha representado para la doctrina un tema de estudio significativo como forma de expresión con efectos jurídicos autónomos y con posibles resultados eficaces para cumplir los fines de la Administración pública. Prueba de ello es el tratamiento limitado que en los tratados y la literatura administrativa presenta. En este punto, es necesario enfatizar que aunque la doctrina tradicional identifique como actividad material una diversidad de supuestos “actos no jurídicos” de la Administración, se conviene con el profesor Jorge Agudo (2011a, pág. 20) que, al ser tal actividad en mayor parte “la materialización fáctica y técnica de las atribuciones jurídico-públicas conferidas por el ordenamiento” no puede considerarse como “una actuación irrelevante o ajena al mundo jurídico”.

En este punto es necesario reiterar que, como se adelantó en el Capítulo 2, se considera que la clasificación de la actividad administrativa en actividad material no contribuye a la construcción sistemática del Derecho Administrativo. El motivo se halla en que no se fundamenta en criterios expresos que le otorguen unidad, y es por ello, que la conforman una variedad de actuaciones inconexas.

Es por las razones anteriores que conviene revisar las categorías incluidas en la llamada actividad material o técnica a fin de identificar a qué se le considera “informal” a partir de unas características generales que permitan su distinción de las demás actuaciones, así como si es suficiente el tratamiento que otorga la teoría de las formas jurídicas para estudiar la actividad informal de concertación. Empero, antes de abordar este estudio, debe hacerse precisión sobre el alcance que la doctrina le ha atribuido a la actividad material frente al acto administrativo, pues de ello depende la amplitud o incluso, la existencia de esta actividad como tipo con relevancia jurídica.

(2005), Sarmiento (2008), Agudo (2011a y 2013b), Ferrajoli (2011), Santaella (2011), Del Campo (2012), Maurer (2012) y Sánchez Pérez (2012).

I. PREMISA: DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD MATERIAL DE ACUERDO CON LA CONCEPCIÓN AMPLIA O ESTRICTA DE ACTO ADMINISTRATIVO

Al tener en cuenta que la figura del acto administrativo ha concentrado gran parte de la atención del desarrollo doctrinal, se ha considerado que de acuerdo con el enfoque sobre esta forma jurídica se puede establecer la existencia o no de actividades materiales o informales. Siguiendo al profesor Velasco (1998, pág. 56), la importancia y riqueza de la actividad material depende del concepto amplio o estricto que se adopte sobre el acto administrativo.

Si se asume una definición amplia de acto administrativo, esto es, aquella que contiene toda actuación de la Administración, incluidas la declaración de voluntad, juicio o deseo se limita el número y ámbito de la actividad material, algunas manifestaciones de la actividad material quedarían incluidas como expresión de la figura del acto administrativo.

En los orígenes de la formación de la doctrina del acto administrativo en Alemania, a diferencia de la versión restringida del acto propuesta por Otto Mayer, Adolf Merkl (1975, pág. 231) consideró que el término de acto administrativo comprendía toda actuación de la Administración en el sentido amplio de este concepto:

Toda procuración de un fin administrativo que pueda ser individualizado en el campo total de la actividad administrativa, todo obrar administrativo encerrado en sí mismo, separado de la totalidad de lo administrativo por ser cumplimiento de un fin administrativo determinado, constituye una actividad administrativa, un acto administrativo en el sentido más amplio de la palabra.

En esta vía, Merkl añadió a los rasgos fundamentales del acto administrativo un carácter intemporal e internacional “lo que permanece en el transcurso de las edades y de los Estados” (Merkl, 1975, pág. 295), con lo cual destacó el carácter abstracto y racional de la creación y aplicación de las formas jurídico-administrativas.

En la actualidad, los profesores García de Enterría y Fernández (2008, pág. 526) conforman la doctrina española más representativa que asume el acto administrativo en sentido amplio. A partir de la influencia italiana, en especial de la definición de Zanobini, proponen el concepto de acto administrativo como: “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”. Dentro de esta amplia definición se

incluirían las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, o como los juicios (informes o rendición de cuentas), deseos (propuestas o peticiones), conocimiento (actos certificantes). La declaración procede de un órgano de la Administración y, por tanto, excluye los actos de los administrados, los actos materialmente administrativos de los demás poderes y los contratos o convenios. Por ello mismo, según los profesores García de Enterría y Fernández (2008, pág. 527-530), al tratarse de una declaración intelectual no se incluyen las actividades materiales, entendiendo por tales las ejecuciones forzosas y la actividad técnica⁵⁴⁰.

Por el contrario, una noción estricta o restringida de acto administrativo, limitada a la resolución unilateral de un caso concreto con efectos jurídicos vinculantes, definición acogida en este trabajo⁵⁴¹, amplía el ámbito y las diferentes manifestaciones de la actividad material de la Administración⁵⁴².

La noción de acto administrativo en sentido amplio, de acuerdo con el profesor Velasco (1998, pág. 57), tuvo su sentido en la época en que el control jurisdiccional se limitaba exclusivamente a la revisión de los actos administrativos. En consecuencia, la ampliación del control de la jurisdicción contenciosa a las demás formas de actuación administrativa restó importancia útil a la citada noción. Para efectos de este trabajo, la utilidad de una definición estricta de acto administrativo en relación con el estudio de la actividad material, está en identificar con mayor claridad la gran variedad de formas que reviste tal actividad, que si bien

⁵⁴⁰ Por declaración no sólo se comprende la expresada formalmente, sino también los distintos comportamientos que expresan la posición intelectual previa a la acción.

⁵⁴¹ En la presente investigación se adopta la definición de acto administrativo de los profesores Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach (2001, pág. 45): “acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictada por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos”. En igual sentido en la doctrina administrativa colombiana: Santofimio (2008, pág. 131).

⁵⁴² La teoría del acto administrativo en su versión restringida se debe a Otto Mayer. El jurista contempló una serie de categorías de acuerdo con las cuales se clasificarán los actos administrativos y en las que se percibe, la influencia de la sistematización de hechos jurídicos de Savigny (2005). Esta clasificación corresponde a las categorías de *decisiones* y *disposiciones*. Las *decisiones* como “actos administrativos de contenido jurídicamente regulado” (Mayer, 1949, pág. 132) a los que solamente aplican las reglas de Derecho en un caso particular, y no existe ningún tipo de innovación en su declaración. Las *disposiciones*, en cambio, *tienen* origen en la voluntad del órgano que los dicta para regular las condiciones de la relación jurídica dentro de los límites de la Ley. Mediante la *disposición* se expresa la autoridad que la Administración puede ejercer sobre el súbdito, por ejemplo, la llamada instrucción en las relaciones de sujeción particular, o puede tratarse de la creación de una relación jurídica. Se establece una noción estricta o restringida del acto administrativo, en la que no se contemplan los actos de la Administración con efectos generales ni todas las actividades que implica su función. Prueba de ello es su crítica a Jellinek, para quien el acto administrativo era sinónimo de toda actuación de la Administración (Mayer, 1949, pág. 126).

no permite una clasificación completa de todas sus manifestaciones, posibilita el estudio de las características mínimas que la definen y su relación con la actividad informal.

II. ALCANCE DE LA ACTIVIDAD MATERIAL Y LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO AMBIENTAL COLOMBIANO.

Como se ha expuesto, la escasa atención de la doctrina tradicional por la actividad material ha tenido como resultado que dentro de esta categoría se incluya todo tipo de manifestación de la Administración que no encaja dentro de las formas jurídicas tradicionales (Agudo, 2013b, pág. 131). Con el nombre de actividad material se comprende un gran número heterogéneo de actividades que no permite distinguir con claridad unas características específicas que expliquen la actuación informal de concertación en el ámbito ambiental y que, por tanto, se pueda afirmar como suficiente este tratamiento dogmático para comprender el alcance actual de este fenómeno⁵⁴³.

Un ejemplo de la heterogeneidad de la actividad material es la clasificación de Stober y González-Varas⁵⁴⁴. Con apoyo en la tesis general de que las actividades materiales presentan como carácter identificador su falta de coercibilidad jurídica, así como que no corresponden a

⁵⁴³ La actividad material o también llamada técnica se ha definido como manifestación de actos “que no implican ninguna modificación de situaciones jurídicas o la producción de efectos jurídicos específicos ligados a su sola emanación” (García de Enterría & Fernández, 2008, pág. 797). También se le ha denominado así a las “tareas o cometidos, que se cumplen normalmente observando las reglas (no siempre, ni normalmente, objeto de regulación o formalización jurídicas, menos aún de forma completa) técnicas o facultativas propias de aquéllos” (Parejo, Jimenez, & Luís, 1998, pág. 386). En el Derecho francés los actos materiales también son conocidos como “decisiones no ejecutorias” en tanto actos unilaterales que no producen efectos jurídicos tales como actos preparatorios y de ejecución de la decisión (Morand Deviller, 2010, págs. 371-372; De Laubadere, 1984, págs. 175-176; Vedel, 1980, págs. 140-145). En el ordenamiento alemán se emplea el término *Verwaltungsrealakte* (Peine, 2011, pág. 888; Maurer, 2012, págs. 406, 545) para identificar todos los actos no jurídicos o preparatorios del acto administrativo; al respecto Merkl (1975, pág. 232) denominaba como *meros actos* a todas las realizaciones técnicas y gestiones materiales de la administración autoritaria. Por su parte, en el ordenamiento colombiano la actividad material se ha entendido tradicionalmente como la ejecución directa de trabajos o hechos materiales que no poseen efectos jurídicos (Vidal Perdomo, 1966, pág. 307; Gómez E. , 1995, pág. 189; Penagos, 2008, pág. 234; y en los demás países latinoamericanos (Sayagues Lasso, 1986, págs. 381-382). La actividad técnica también se asume por la doctrina en el sentido de reglas que provienen de otras ciencias distintas al Derecho: “Se plantea entonces la distinción del quehacer administrativo, desde el punto de vista de las reglas que lo disciplinan: si esas reglas son normas jurídicas, estamos ante la actividad propiamente *administrativa*, (o jurídica); y si son propias de una ciencia o técnica o un arte, se trata de la actividad *técnica* de la Administración” (Morell, 2000, pág. 1238), en igual sentido: Zanobini (1954, pág. 20).

⁵⁴⁴ No obstante la poca importancia que la dogmática tradicional le ha otorgado a las actividades materiales, Stober y González-Varas (1995, pág. 575-576) señalan su relevancia para explicar jurídicamente toda la actuación que se comprende por fuera del acto administrativo, promesas, contratos o planes en cumplimiento de los principios de transparencia, proporcionalidad y garantía de los derechos fundamentales.

alguna forma de actuación administrativa tipificada. Los autores identifican la existencia de cinco grandes tipos: las actuaciones «*puramente materiales*»⁵⁴⁵, las actuaciones de tipo ejecutivo⁵⁴⁶, las informaciones y comunicaciones sin carácter vinculante⁵⁴⁷, las declaraciones sin efecto vinculante en el ámbito interno administrativo⁵⁴⁸ y los acuerdos o convenios informales con la Administración⁵⁴⁹ (Stober & González-Varas, 1995, págs. 579-582).

Sin prejuicio del valor clasificatorio de este intento, lo cierto es que las actuaciones que corresponderían a la actividad material incluyen un grupo tan variado de tipologías que sólo permiten extraer unos atributos generales que la identifican. Es más, podría llegar a decirse que todos esos atributos comunes no son cumplidos por ser necesariamente excluyentes tal como se expone en la siguiente enumeración:

- No se subsumen dentro de los requisitos de los actos jurídico-públicos tradicionales (acto, contrato y norma).
- Se trata de hechos que se ejecutan por la Administración antes de la concreción de un acto jurídico, o como consecuencia de su formulación; es decir, pueden presentarse antes o después de que se dicte formalmente un acto jurídico.

⁵⁴⁵ Las actuaciones «*puramente materiales*» son todas aquellas actividades prácticas mediante las cuales la Administración cumple su función y sin las que sería imposible llevar a su culminación. Por ejemplo: los viajes de servicio, cuidado o mantenimiento de caminos o la extinción de un incendio.

⁵⁴⁶ Las «*actuaciones de tipo ejecutivo*» se dirigen a la ejecución fáctica de las actuaciones tipificadas como los actos administrativos, reglamentos o contratos. Un ejemplo de ellas, serían la ejecución de órdenes de pago o la aplicación de medios coactivos. En Colombia, como trasplante del Derecho francés, esta clasificación se identifica con las operaciones administrativas: “la operación es posterior a la existencia misma del acto y tendiente de manera exclusiva a estructurar mecanismos coherentes con la materialización de las decisiones contenidas en el acto administrativo” (Santofimio, 2008, pág. 111).

⁵⁴⁷ Las «*informaciones y comunicaciones sin carácter vinculante*» tienen como finalidad, la de informar y servir de base para la toma de decisiones. Como por ejemplo avisos y recomendaciones. Un estudio detallado sobre la información administrativa en Velasco (1998).

⁵⁴⁸ Las «*declaraciones sin efecto vinculante en el ámbito interno administrativo*» tales como informes y resultados de investigaciones. Este tipo de actuaciones materiales también han sido identificadas por la doctrina como *soft law* o derecho blando administrativo (Sánchez Pérez, 2012, pág. 72), en especial con la categoría de *soft law* público con efectos *ad intra* (Sarmiento, 2008, pág. 107).

⁵⁴⁹ Los «*acuerdos o convenios informales con la Administración*» en tanto no presentan efectos jurídicos que vinculan las partes y están dirigidos a la sustitución de un acto administrativo o un contrato. Un ejemplo de éstos son los acuerdos voluntarios de medio ambiente (Mora, 2007, pág.133) antes del trámite de una autorización ambiental integrada en el ordenamiento español o un acuerdo de producción más limpia entre la autoridad ambiental colombiana y los gremios (Gallego, 2009, pág. 170). Sarmiento (2008, pág. 133) define este tipo de acuerdos como *Soft Law* paccionado dentro de la categoría de efectos *ad extra*: “una manifestación concertada entre el poder público y los particulares, con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos *sui generis*”.

- No obstante el atributo anterior, puede ser una actuación sin ninguna relación con un acto jurídico-público.
- Por tanto, no responden a un procedimiento administrativo, aunque en algunos casos, guarde relación directa o indirecta con los actos jurídico-públicos; y
- en sí misma, la actividad material, salvo previsión legal en contrario, no presenta eficacia jurídica vinculante.

Sobre la utilidad del tipo de la actividad material dentro de la teoría de las formas jurídicas, el profesor Velasco (1998, pág. 72) sostiene su insuficiencia para explicar la Administración contemporánea, en tanto que remitir gran parte de su actividad, es decir, aquella que no encaja en las formas jurídicas clásicas, a una “categoría residual” es insatisfactorio, “precisamente porque no estamos ante verdaderas categorías, sino ante una adición de fenómenos desconexos”⁵⁵⁰. Un argumento adicional a esta crítica se encuentra en la falta de encaje y coherencia de este tipo de actividad en el actual Estado Social de Derecho, sobre todo cuando una de las características que le ha otorgado la doctrina es la “falta de su relevancia jurídica”; se trata de una evidente contradicción con el principio de legalidad, según el cual no puede haber actividad del Estado sin fundamento en una norma jurídica⁵⁵¹. Al respecto podría decirse que por “falta de relevancia” se entiende falta de coercibilidad jurídica de esta actividad. No obstante, este argumento es discutible, dado que muchos de los actos materiales que incluye esta categoría producen efectos jurídicos y hasta pueden llegar a ser objeto de control judicial, como los ejemplos de caso de actuaciones ambientales estudiados en este trabajo.

Teniendo en cuenta lo tratado anteriormente, **las actuaciones informales serían una manifestación parcial de los atributos de la actividad material, en donde el hecho exclusivo de no estar específicamente reguladas no permite ni eludir, ni excluir la**

⁵⁵⁰ De la misma opinión: Agudo (2011a, pág. 20).

⁵⁵¹ Sobre este tema Merkl (1975, págs. 232-233) ya había llamado la atención afirmando que “no hay manera de poner de acuerdo esta clasificación con el principio de legalidad. Porque parte del supuesto de que existen actos administrativos, por consiguiente, del Estado que, jurídicamente serían irrelevantes. Pero la atribución de un acto al Estado exige, como condición previa, que una norma jurídica cualquiera, basta con que sea una norma de competencia, haya procurado una posibilidad de atribución”. En este caso Merkl asumirá que la distinción no se hace con base en la relevancia jurídica de los actos, sino en su posibilidad de crear derechos (actos administrativos), y de ser meramente ejecutivos (*meramente ejecutivos*).

importancia de sus efectos, por ejemplo, representan para la gestión de los asuntos ambientales (*Vid. Cap. 2.C.*)⁵⁵².

En el ordenamiento colombiano se constata el aumento y relevancia que representan las actuaciones informales de las autoridades ambientales, cuyo ejercicio posee habilitación legal y son parte del desarrollo de los instrumentos de políticas públicas (Santaella, 2011, págs. 91-95). Los casos de concertación informal en el ámbito interno -ya citados en esta investigación- de toma de decisiones participativa como estrategia para la conservación de la biodiversidad; los procedimientos de la consulta previa a comunidades étnicas; y los convenios y guías ambientales en materia de producción más limpia y consumo sostenible demuestran que en ordenamientos administrativos caracterizados por su excesivo formalismo y férreo apego a la dogmática tradicional como el colombiano, se presenta cada vez con mayor intensidad, el ejercicio de actuaciones informales promovidas por la Administración que soportan un sin número de relaciones con los particulares y de las cuales se derivan compromisos que evidentemente envuelven tareas administrativas y recursos públicos.

En este contexto, la actividad material desde el enfoque de la teoría de las formas jurídicas no define o, por lo menos, no otorga unos criterios mínimos y generales que concreten los efectos jurídicos que en la actualidad implica el ejercicio de la actuación informal. Razón por la que no puede considerarse la actividad material como un verdadero tipo del concepto dogmático de actividad administrativa, en tanto no cumple con las funciones de describir, explicar y ordenar la realidad que pretende traducir al ámbito jurídico⁵⁵³.

Así las cosas, es conveniente establecer unas características básicas que identifiquen las actuaciones informales y que confirmen que si bien pueden tratarse como una modalidad de la actividad material, es claro que la doctrina tradicional alrededor de esta materia no es suficiente para explicar su importancia práctica en el ámbito de la gestión pública ambiental y en general, en los demás sectores de referencia administrativos. De igual modo, es necesario señalar que al interior de lo que podría llamarse como actividad material informal se

⁵⁵² Al respecto la dogmática alemana desde hace más de veinte años ha identificado la importancia de la concertación y cooperación informal en el ámbito del Derecho Ambiental, como una actividad alterna al uso del poder regulativo de la Administración (Bohne, 1990, págs. 217-230; Hoffman Riem, 1993, pág. 54; Kloepfer, 1993, págs. 36-44; Maurer, 2012, pág. 413; y Kluth, 2013, pág. 56).

⁵⁵³ El concepto de actividad material es un claro ejemplo del tratamiento en que en la doctrina de las ciencias sociales, incluyendo al Derecho, se hace de los conceptos, al presentarlos como algo “dado” sin justificación. El proceso de su construcción no es algo que se exteriorice o enseñe por la doctrina. (Gabriel, 2014, pág. 4).

presentan distintas tipologías que merecen también criterios de distinción a fin de caracterizar las que corresponden a procesos de concertación de la Administración⁵⁵⁴.

En todo caso, debe precisarse que al ser las actuaciones informales expresión de la creatividad o de la innovación de la Administración en la búsqueda de alcanzar los fines sustantivos propios de su función, se hace ilusoria la empresa de identificar de manera absoluta las particularidades y categorías de la misma, tal y como lo exige la doctrina de las formas jurídicas. Por tanto, se considera que además de su estudio permanente, la concreción de tipologías sólo puede pretender a la presentación de aproximaciones.

Para cumplir con este propósito, y acorde con la propuesta del profesor Agudo (2011a, pág. 21), el límite que distingue la actuación informal de la generalidad de las actividades materiales, está “en función del grado de «procedimentalización» de la actuación material” y su previsión normativa. De esta manera, la actuación informal será aquella que estrictamente no posee ningún grado de «procedimentalización», esto es, no se presenta en la práctica como una actuación precedente a la expedición de un acto administrativo o un contrato, o como forma de ejecución fáctica de estos actos. Podría decirse que se trata de una actuación “independiente” con respecto de los procedimientos formalizados. No obstante, desde el punto de vista sustantivo, toda actuación informal guarda conexión con un fin jurídico-público, lo que permite que *ex ante* o *ex post* se relacione materialmente con un procedimiento que “juridifica” formalmente los acuerdos a los que se ha llegado de manera informal.

Las consideraciones anteriores permiten adelantar unas características generales de la actuación material informal y concretar como un *tipo* la actuación informal de concertación, que si bien se piensan en el ámbito de la gestión pública ambiental y se propone a partir de la observación de la práctica de las autoridades en este sector, pueden ser extrapolables a cualquier otro ámbito de la actividad administrativa. Se reitera que las actuaciones que se

⁵⁵⁴ Definir unas características propias de la actividad informal tiene como propósito su individualización, descubriéndola de entre el grupo heterogéneo de la actividad material, con el ánimo de integrarla en un régimen jurídico adecuado a sus particularidades. Este propósito no persigue desestimar la trascendencia de la doctrina de las formas jurídicas, sino proponer elementos dogmáticos distintos para comprender nuevos fenómenos de la actividad administrativa.

citan son ejemplificativas sin ánimo de exhaustividad, a fin de prevenir no caer en un excesivo casuismo⁵⁵⁵.

1. LA INFORMALIDAD COMO ACTUACIÓN QUE PUEDE SURGIR INDEPENDIENTEMENTE DE UN ACTO JURÍDICO-PÚBLICO.

La informalidad puede distinguirse en actuaciones que nacen sin una necesaria vinculación con un acto jurídico-público, ni de manera precedente como un acto preparatorio, ni como parte de su aplicación (como las actuaciones de tipo ejecutivo), es decir, son actuaciones que adquieren relevancia propia. Esta característica no desconoce que las actuaciones informales pueden, de todos modos, vincularse luego de su “*perfeccionamiento*”, esto es cumplidos sus cometidos, con actos posteriores. Un mejor entendimiento en los siguientes casos⁵⁵⁶.

Un ejemplo de esta característica son los Memorandos de Entendimiento –MdE-⁵⁵⁷ y los Acuerdos de Régimen Especial de Manejo –REM- como estrategias de conservación *in situ*. Son procesos de concertación con diferentes sectores de la sociedad civil y el gobierno cuyo origen es el desarrollo de políticas públicas como la Política de Participación Social en la Conservación y la Política Nacional para la Gestión de la Biodiversidad. De igual manera, sucede con los Acuerdos de Concertación ambiental o Agendas Ambientales y las Guías Técnicas Ambientales como espacios de participación para llegar a pactos sobre estándares de calidad y cumplimiento de la Política de Producción y Consumo Sostenible –PPyCS-⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Como se ha sostenido en este trabajo, la actividad informal al ser el producto de la creatividad de la Administración y no estar expresamente regulada, se presenta en la realidad a través de un variado grupo de actuaciones de difícil identificación.

⁵⁵⁶ Esta característica se refiere a actos jurídicos que directa y expresamente autorizan la realización de una actuación informal, y no a los eventos en que la competencia para llevar a cabo un actuación informal está consignada en un reglamento de manera general.

⁵⁵⁷ Como se citó en la introducción del Capítulo 1, los MdE son “una instancia articuladora de carácter técnico y político que propicia la participación” entre el Gobierno y la ciudadanía para colaborar en la implementación del Plan de Acción del SINAP, éste último instrumento de política pública, como desarrollo del Convenio sobre Diversidad Biológica adoptado por la Ley 165 de 1994.

⁵⁵⁸ La Política Nacional de Producción más Limpia de 1997 consignó la estrategia de *promoción de las prácticas empresariales de autogestión y autorregulación*, en la que planteó como principal herramienta de trabajo el mecanismo de los Convenios de Concertación más Limpia con los sectores productivos, y el apoyo del sector de la ciencia y la tecnología (Ministerio del Medio Ambiente, 1997). Más tarde en 2010, la política de Producción y Consumo Sostenible conservó esta figura a través de las agendas ambientales, conjuntamente con la formulación de las guías ambientales (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010).

Estas actuaciones de la Administración se cumplen sin necesidad de la previa expedición de un acto administrativo y tampoco su propósito es alcanzar acuerdos que serán formalizados por medio de actos o contratos administrativos. Tal característica, no quiere decir que a futuro los acuerdos informales no puedan trasladarse a una actuación formal, tal como puede suceder con una autorización ambiental que dentro de sus requerimientos ordene seguir una Guía Técnica Ambiental. La cuestión clave a resaltar, es que como tal las actuaciones informales se emprenden sin el ánimo de ser objeto de formalización posterior.

Sobre esta última aclaración cabe citar la Consulta Previa, en tanto esta se desarrolla como un proceso de participación y concertación, que como su nombre lo indica, es previo a la toma de una medida legislativa, que en el caso colombiano puede ser un acto administrativo o la presentación de un proyecto de Ley al Congreso, o incluso la adopción de una política pública que no requiere su formulación por medio de un acto administrativo. Lo interesante de este mecanismo de participación, es que no requiere de la expedición de un acto jurídico-público previo para su ejecución.

El espacio de la política pública es asumido por la Administración como el idóneo para trazar estrategias que incidan en el logro de la participación y concertación con los actores involucrados en las actividades generadoras de contaminación o de pérdida de la biodiversidad, así como con las comunidades que reclaman acciones de prevención. Así, el Gobierno asume las políticas públicas con el objetivo de “hacer la planeación de la acción de la Administración lo más eficiente posible, en especial en lo referente a la distribución de los recursos que destinará a la solución de las situaciones percibidas como problemáticas por una sociedad” (Rojas, 2011, pág.12; Roth, 2004, págs. 11-20)⁵⁵⁹.

La inclusión de la participación y concertación ambiental como objetivos clave de la política pública y, por tanto, como tareas a cumplir por la Administración, evidencia que los espacios de gobernanza⁵⁶⁰ son instrumentos planeados que parten de la posibilidad de

⁵⁵⁹ Es claro en los procesos de concertación ambiental que la Administración en la construcción de la política pública se apoya en la formulación de acciones *predecisionales*, es decir, asume el concepto de individuo de la economía (desde el enfoque de la teoría de la elección racional), esto es, un sujeto racional que busca maximizar sus beneficios, y por tanto, su comportamiento es posible de predecir e influenciar de acuerdo con los incentivos que se le presenten (Rojas, 2011, pág. 12).

⁵⁶⁰ *Vid.* Cap. 2.A. Nos referimos a los espacios de participación decisorios, estables y promovidos a iniciativa de la Administración (Aguilar, 2006; Ibarra Güell, 2011; Cerrillo, 2012; Porras Nadales, 2014).

influenciar las decisiones de las personas en la búsqueda de un fin concreto, cuya mejor herramienta es el diálogo amplio. Así, la política pública en su acepción de propósitos y programas gubernamentales para alcanzar un fin determinado⁵⁶¹ como la protección del ambiente (art. 8 C.P.), se convierte en la fuente que promueve y da un curso definido a la actividad de concertación, que en gran parte se ejecuta de manera informal.

Cabe precisar, que si bien es posible distinguir la política pública ambiental como una de las fuentes de la actuación informal de concertación, la auténtica fuente habilitante son los fines y los principios constitucionales, así como las competencias legales, a los cuales debe ajustarse toda actividad pública⁵⁶². En este punto cabe agregar, que las normas constitucionales no establecen un marco cerrado y estricto de la política pública, gracias a que se reconoce al legislador y al ejecutivo la libertad de escoger entre las múltiples formas para alcanzar los fines constitucionales⁵⁶³. En consecuencia, en la mayoría de casos, los límites se

⁵⁶¹ De acuerdo con Roth (2004, pág. 25), el término política tiene por lo menos tres acepciones, que en español no son distinguidas como sí pasa en el inglés. “Primero, la *política* concebida como el ámbito de gobierno de las sociedades humanas, *polity*, en inglés. Segundo, la política como la actividad de organización y lucha por el control del poder, *politics* en inglés. Y finalmente, la política como designación de los propósitos y programas de las autoridades públicas, *policy* en inglés”. En este trabajo, asumimos política en este último sentido. En tal caso, la definición de política pública que se acoge sería igualmente la formulada por Roth (2004, pág. 27): “Un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como satisfactoria o problemática”.

⁵⁶² En apoyo a esta afirmación Merkl (1975, págs. 232) ya citado antes, es claro que no puede haber ninguna atribución de una actividad a la Administración sin que exista una norma jurídica que por lo menos disponga de una competencia general.

⁵⁶³ “La elaboración de cualquier política pública parte de un hecho básico y es que existen múltiples maneras, distintas desde el aspecto económico, técnico y político, para desarrollar determinado propósito constitucional. Dada la amplitud de posibilidades para desarrollar la política económica y social, el control constitucional de la economía es usualmente —para expresarlo en términos de derecho constitucional— un control de “razonabilidad”, es decir, un control no estricto sino leve (Rodríguez Garavito 1998). Un control leve es aquél en que el juez constitucional debe mirar únicamente si el objetivo que persigue una política es constitucionalmente admisible y si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito. Es, por tanto, un control relativamente suave, en virtud del cual únicamente las políticas económicas y sociales manifiestamente irrazonables son declaradas inconstitucionales. Este es el tipo de control de la política económica y social que domina en Estados Unidos desde el New Deal y que ha conducido a que muy pocas decisiones de política económica y social hayan sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de ese país. Por el contrario, un control constitucional estricto, que opera en otros ámbitos, implica que no basta con que la finalidad perseguida por las autoridades sea admisible sino que debe ser imperiosa, y el medio usado por la Ley o el poder ejecutivo para alcanzar dicho propósito debe ser no sólo potencialmente adecuado sino estrictamente necesario (Rodríguez Garavito 1998)” (Uprimny & Rodríguez Garavito, 2007, págs. 36-37).

concretan de forma general en el respeto a los principios y garantía de los derechos y, de manera particular, según el ámbito de la política⁵⁶⁴.

Especialmente en materia ambiental, la Constitución de 1991 estableció como principio fundamental la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas naturales de la Nación (art. 8 C.P.) y, reconoció el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y la obligación legal de garantizar la participación de todas las personas en las decisiones que puedan afectarlo (art. 79 C.P.). Del mismo modo, la Ley 99 de 1993 establece en su artículo 1 los principios generales que debe seguir la política ambiental colombiana. Esta disposición es primordial para comprender la adopción por la legislación ambiental de las directrices de la gobernanza en todos los procesos de decisión pública. La norma ordena la adopción de los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, entre los que se consigna el principio 10 sobre participación en las decisiones públicas ambientales (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

Aunado a lo anterior, la Ley 99 de 1993 complementa la consagración del principio de participación con la positivización de la competencia de las autoridades ambientales de ejecutar acciones de participación y concertación con la ciudadanía. Así lo establecen los artículos 31 y 32 de la norma⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ En el ordenamiento colombiano, la Constitución de 1991 adoptó un modelo abierto, en la medida que permite la formulación e implementación de diversas políticas para alcanzar los intereses públicos. No obstante, este modelo abierto está limitado tanto, por la Ley en lo atinente a la acción de las autoridades públicas, como por los fines y principios, entre estos, los consignados en los artículos 2 y 209 constitucionales, como fines del Estado y principios de la función administrativa respectivamente. De acuerdo con Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez (2007, pág. 27): "... la Constitución colombiana es i) vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los poderes públicos, y ii) valorativa porque consagra principios y valores específicos. Sin embargo, sostenemos que la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas y sociales diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos."

⁵⁶⁵ El artículo 5 numeral 32 de la Ley 99 de 1993, establece esta competencia para el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, máxima autoridad del SINA: "32) Establecer mecanismos de concertación con el sector privado para ajustar las actividades de éste a las metas ambientales previstas por el Gobierno; definir los casos en que haya lugar a la celebración de convenios para la ejecución de planes de cumplimiento con empresas públicas o privadas para ajustar tecnologías y mitigar o eliminar factores contaminantes y fijar las reglas para el cumplimiento de los compromisos derivados de dichos convenios. Promover la formulación de planes de reconversión industrial ligados a la implantación de tecnologías ambientalmente sanas y a la realización de actividades de descontaminación, de reciclaje y de reutilización de residuos". Por su parte, en el caso de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) autoridades ambientales en el nivel regional, el artículo 31 numerales 3 y 6 regulan las funciones en esta materia: "3) Promover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables; (...) 6) Celebrar contratos y convenios con las entidades territoriales, otras entidades públicas y privadas y con las entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea la defensa y protección del medio

En este orden de ideas, la Administración encuentra tanto en la Constitución como en la Ley, la fuente formal de la actividad de concertación ambiental promovida y planeada por la política pública. Así las cosas, el amplio margen de que goza la política ambiental, autorizado por la norma constitucional, habilita la posibilidad de emplear actuaciones informales de concertación para alcanzar los fines del Estado. Dicho de otra manera, **el marco normativo de las políticas públicas establece la libertad de formas a emplear por la Administración siempre que estas respeten los límites establecidos en los principios de la función administrativa y los fines estatales.**

No obstante, cabe precisar que además de la observancia de los límites constitucionales y legales, la política pública ambiental cumple una función innovadora del Derecho, en tanto es ésta donde se consigna el diseño de nuevas formas que adopta la actividad de concertación de la Administración, que en la gran mayoría de casos, se identifican por sus características de informalidad. Por tanto, **los principios y fines constitucionales, así como la Ley constituyen el marco jurídico habilitante para desarrollar la actividad informal de concertación, pero es la política pública el instrumento que concreta la forma de la actuación.**

2. LA ACTUACIÓN INFORMAL NO SE MANIFIESTA POR MEDIO DE LOS ACTOS JURÍDICO-PÚBLICOS TRADICIONALES Y NO SE CONCRETA EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO REGULADO.

En la práctica las actuaciones informales se distinguen por unas características propias que no encajan en los requisitos formales de un acto o contrato, aunque guarden similitud con éstos. Además, no son tampoco la expresión de una norma especial que establece una forma jurídica novedosa con un contenido específico; como podría tratarse de un acuerdo, *v. gr.*, entre la Administración y particulares regulado en todas sus partes por una Ley o reglamento ambiental dirigido a la eliminación de sustancias peligrosas en la industria.

ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de ejecutar de mejor manera alguna o algunas de sus funciones, cuando no correspondan al ejercicio de funciones administrativas” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

La falta de regulación de un procedimiento administrativo particular no quiere decir que no se emplee una serie de pasos, o ruta, para llevar a cabo la actuación informal de la Administración y que ésta sea verificable en la realidad. Un ejemplo de ello es la Consulta Previa de medidas administrativas, proyectos de Ley, reformas a la Constitución (actos legislativos), y tratados internacionales⁵⁶⁶. Éste es el caso más representativo del reconocimiento del Estado de un procedimiento administrativo informal con efectos jurídicos, dado que ha sido la Corte Constitucional quien ha fijado ciertas reglas que guían el procedimiento conforme a la observación de la práctica de los distintos conflictos conocidos por ella, los derechos y garantías constitucionales, y los instrumentos internacionales.

En este caso la alta corporación ha elevado la Consulta Previa a una garantía procedimental. Así en la Sentencia C-702 de 2010, la Corte Constitucional hizo una compilación de los fallos más importantes en el tema:

...en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte hizo explícito el carácter procedimental sustantivo del vicio que se presenta cuando se omite la consulta a las comunidades étnicas que van a ser afectadas con la adopción de una medida legislativa. Ciertamente, refiriéndose a este asunto, la Corte expresó:

“... tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque... el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley”. (Negrillas y subrayas fuera del original)

Más recientemente, en la Sentencia C-461 de 2008, la Corte dejó claro que el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa constituye una *“garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos”*. Como puede observarse, en pocas palabras se admitió que si bien la consulta en sí misma se erige en un *procedimiento*, su omisión se proyecta sobre el contenido material de las medidas que a través del procedimiento se lleguen a adoptar.

Obsérvese cómo con toda claridad la Corte admite que el control de constitucionalidad sobre las medidas legislativas que afectan a las comunidades étnicas comporta *“la verificación de un*

⁵⁶⁶ La Corte Constitucional ha interpretado de manera extensiva y garantista el concepto de medidas legislativas al determinar que por tal: “La noción de “medidas legislativas” es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia” (Sentencia C-702 de 2010, 2010). Otros precedentes: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008; Sentencia C-461 de 2008; Sentencia C-175 de 2009; Sentencia C-615 de 2009; y Sentencia 941 de 2010.

procedimiento”, el de la consulta previa, el cual aunque tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-702 de 2010, 2010)⁵⁶⁷.

Como garantía procedimental, la Corte Constitucional ha fijado un importante precedente jurisprudencial que reafirma el carácter autónomo de las comunidades indígenas y demás pueblos étnicos, en el que una de las reglas más importantes es la de consultarles el procedimiento a llevarse cabo (plazos, lugares y metodología)⁵⁶⁸ por medio de sus representantes⁵⁶⁹. Estos pasos, que en términos jurídicos constituyen el procedimiento administrativo informal de la Consulta Previa de medidas legislativas, no pueden ser idénticos o responder a “un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-737 de 2005, 2005)⁵⁷⁰. Al respecto, la doctrina ha establecido de manera indicativa los pasos o ruta que garantizan el derecho a la Consulta Previa: acercamiento; etapa pre-consultiva⁵⁷¹; taller de identificación de impactos;

⁵⁶⁷ Otros precedentes constitucionales para mayor profundidad en el tema: Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003; Sentencia T-382 de 2006; y Sentencia C-461 de 2008.

⁵⁶⁸ Los precedentes constitucionales en este tema han sido: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 652 de 1998; Sentencia T-955 de 2003; Sentencia T- 880 de 2006; Sentencia T-745 de 2010, 2010; y Sentencia T-049 de 2013. Entre las disposiciones constitucionales que fundamentan la jurisprudencia constitucional se citan: el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (arts. 9 y 330 C.P.); el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas en las decisiones que las afectan, a través de procedimientos adecuados y con la participación de sus instituciones representativas (arts. 40-2, 329 y 330 C.P.); el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (art. 70 C.P.); y el derecho a gobernarse por consejos indígenas según sus usos y costumbres (art. 330 C.P.).

⁵⁶⁹ La Corte Constitucional ha considerado que no tienen valor de consulta previa “los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afro descendientes afectadas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997, 1997).

⁵⁷⁰ Otras reglas procedimentales reconocidas por la Corte Constitucional que guían el proceso de Consulta Previa son por ejemplo la necesidad de traducción de documentos a la lengua de las comunidades: El “Criterio diferencial de accesibilidad”, introduce medidas especiales para asegurar el acceso a la información pública a los distintos grupos étnicos y culturales del país y a las personas discapacitadas. Para los primeros, prevé en cabeza de los sujetos obligados, a solicitud de las autoridades de las distintas comunidades, el deber de divulgar la información pública en diversos idiomas y lenguas, y elaborar formatos alternativos comprensibles para las mismas. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-274 de 2013; Sentencia T-489 de 2014). Al respecto consultar el Cuadro 5 Principios y reglas jurisprudenciales para el ejercicio de procesos participativos (Consulta Previa).

⁵⁷¹ Sobre la forma de adelantar la consulta, la Corte Constitucional señaló que ésta “habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular,

apertura o instalación; protocolización; y seguimiento y posterior cierre⁵⁷². Como resultado de este proceso se firma por las partes, representantes de la comunidad y del Gobierno un acta de acuerdo que luego es protocolizada.

Debe también citarse que, aunque recientemente el Gobierno colombiano ha expedido una directiva presidencial⁵⁷³ y un protocolo que establece algunas directrices de coordinación de competencias internas de la Administración y de desarrollo de la Consulta Previa, estos instrumentos deben respetar el precedente jurisprudencial anotado. En el caso del protocolo⁵⁷⁴, si bien se expidió por medio de un decreto reglamentario de la Ley 21 de 1991, este solamente tiene efectos internos y no es oponible a las comunidades en lo que concierne al proceso de participación y concertación que debe llevarse a cabo en los casos concretos. Debe destacarse que las comunidades étnicas se oponen al obediencia del protocolo y la directiva argumentando la violación de sus derechos fundamentales a la libre autodeterminación⁵⁷⁵.

Además de la Consulta Previa, se pueden citar otros casos ejemplo en el procedimiento que se sigue en los Acuerdos REM, MdE, Convenios de Concertación y las Guías Técnicas Ambientales. En éstos los pasos para llegar a los respectivos acuerdos son construidos a partir del diálogo y compromiso de los actores participantes. Las reglas que se siguen no son objeto de documentación, a excepción de los Convenios de Concertación de producción más limpia en los que existe una guía informal del Ministerio de Ambiente y, como se trata en el Capítulo

respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad” (Corte Constitucional, Sentencia C-702 de 2010; Sentencia T-737 de 2005).

⁵⁷² En el estudio doctoral de la profesora Gloria Amparo Rodríguez (2014, págs. 126-139) se plantea de forma tentativa las etapas de la Consulta Previa, con base en los aportes de la práctica de un significativo número de Consultas, entrevistas actores y documentos oficiales y no oficiales en el tema. En especial sobre proyectos de Ley, Rodríguez Garavito y Orduz (2012).

⁵⁷³ Conforme a la clasificación de Sarmiento (2008, pág. 107), esta Directiva al no contener los requisitos de los actos administrativos según la legislación interna colombiana, puede ser un tipo de *Soft Law* público *unilateral* con efectos *ad intra*, dado que quién participa en la actuación es exclusivamente la Administración y los efectos que se persiguen sólo incumben a la misma administración interna.

⁵⁷⁴ Este protocolo fue expedido por medio del Decreto 2613 de 2013 (Presidencia de la República, 2013).

⁵⁷⁵ Este decreto ha despertado polémica en el ámbito académico y las comunidades étnicas. Para Viana (2015) la discusión sobre la legalidad del Decreto está dividida en dos opiniones: quienes opinan que el decreto es inconstitucional porque la reglamentación de los derechos fundamentales – como lo es la consulta- debe regularse por medio de Ley Estatutaria (Rodríguez G., 2014, pág. 63), incluso habiendo sido previamente consultada. Otros, en cambio, apuntan que el gobierno puede organizar las competencias de sus entidades siempre que hayan consultado la política pública de la que se deriva esa decisión”. Las comunidades afrodescendientes han manifestado al respecto que: “la expedición del funesto decreto 2613 de 2013 y la publicación de una Guía para la realización de consulta previa con comunidades étnicas pone en riesgo el carácter libre, informado y autónomo de dicho mecanismo irrenunciable e innegociable” (Cuestión P, 2015).

4, han sido detallados en artículos académicos⁵⁷⁶. Por último, los acuerdos que se plasman en actas, guías o acuerdos son publicados en las páginas oficiales o gacetas de las autoridades ambientales⁵⁷⁷.

Como se desprende del ejercicio de los espacios de gobernanza ambiental mencionados, si bien los procedimientos informales no cumplen una regulación expresa ello no impide que éstos sean públicos y sigan unas “reglas de juego” ordenadas y acordadas. Incluso en su manifestación escrita externa, como resultado final, siguen las mismas características de forma que un contrato o convenio, o guía regulada. Esta particularidad de las actuaciones informales demuestra que no se está en presencia de vías de hecho o de actuaciones ocultas que tienen como intención la vulneración de derechos o en general del ordenamiento jurídico. En consecuencia, la actuación informal de concertación se ha venido construyendo con base en procedimientos y figuras similares –pero alternas- al ordenamiento jurídico, sin que se esté en presencia de situaciones ilegales ni alegales.

3. LA INFORMALIDAD ESTÁ ORDENADA A LA CONSECUCIÓN DE UN FIN JURÍDICO PÚBLICO.

Las actuaciones informales tienen por finalidad alcanzar de forma eficaz los fines para los cuales ha sido investida de competencia la Administración. Por tanto, no se habla de actividad informal en los casos en que se persigue exclusivamente un interés privado. El interés privado puede concurrir con el interés público, pero es condición de tal actividad la existencia de este último. Los fines constitucionales del Estado se constituyen en un límite ineludible de la actividad administrativa y la actuación informal no está fuera de esta exigencia.

En los casos de la actuación informal de concertación, la Administración contempla que la participación de los actores afectados en la toma de decisiones públicas asegura una mayor eficacia en el cumplimiento del fin público perseguido, siendo igualmente, la garantía de la participación ciudadana, por sí misma, un fin constitucional (art. 2 y 79 C.P.). Los casos de

⁵⁷⁶ Como se ilustra en el Capítulo siguiente, los procesos de concertación más limpia en Colombia han sido objeto de descripción e información al público a través de la asesoría y publicación de artículos en revistas (Cardona, Flores, Silvia, & Arango, 2010). En estos casos no existe jurisprudencia que pueda ilustrar los procedimientos que son desarrollados.

⁵⁷⁷ Por ejemplos, los REM se publican en la página web de Parques Nacionales Naturales (Parques Nacionales Nacionales de Colombia, 2015c); al igual que los MdE (Parques Nacionales Nacionales de Colombia, 2015d).

concertación informal ambiental identificados en esta investigación corroboran su finalidad en el logro de un fin jurídico público.

Al respecto, todos los Acuerdos REM incluyen en sus *consideraciones*, como finalidad, establecer las condiciones para la conservación de las áreas protegidas y la protección de la autonomía e identidad cultural de las comunidades indígenas⁵⁷⁸. Como parte de los instrumentos de la Política de Participación Social en la Conservación, estos acuerdos buscan cumplir con el fortalecimiento de “la capacidad de la Unidad de Parques Nacionales para promover y consolidar procesos de participación social y coordinación interinstitucional para la conservación de la biodiversidad, de los servicios ambientales de las áreas protegidas y de la diversidad cultural del país” (Parques Nacionales de Colombia, 2001). Sin duda, estos objetivos están dirigidos al cumplimiento del fin constitucional de protección de las “riquezas culturales y naturales de la Nación” (art. 8 C.P.)⁵⁷⁹.

Por su parte, el respeto y la garantía del desarrollo la Consulta Previa en todos los eventos exigidos por la Corte Constitucional y el Convenio 169 de la OIT corresponde al cumplimiento de un fin constitucional: “asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación eficaz” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011, 2011).

Con respecto a las medidas para prevenir y controlar la contaminación, las estrategias participativas y de concertación de los Convenios de Concertación de Producción Más Limpia y las Guías Técnicas Ambientales como parte de las estrategias de implementación de la PPyCS, su objetivo es: “orientar el cambio de patrones de producción y consumo de la sociedad colombiana hacia la sostenibilidad ambiental, contribuyendo a la competitividad de las empresas y al bienestar de la población”. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 35).

⁵⁷⁸ Esta finalidad se concreta en declaraciones como: “armonizar los intereses de las autoridades firmantes con el fin de generar un acuerdo que contribuya al cumplimiento de los objetivos tanto del área protegida como de las comunidades” (Parques Nacionales Naturales-Resguardo Perratpu, 2009).

⁵⁷⁹ Esta es la misma finalidad de los MdE al constituirse en una instancia participativa y de articulación para la creación del Plan de Acción del Sistema Integral Nacional de Áreas Protegidas (MAVDT; PNN, 2010).

4. LA INFORMALIDAD ES EJERCIDA POR LAS MISMAS AUTORIDADES COMPETENTES DE EJECUTAR LAS FUNCIONES RELACIONADAS CON EL FIN JURÍDICO-PÚBLICO QUE PERSIGUE LA ACTIVIDAD FORMAL.

Esta característica que está muy vinculada a la finalidad de realización de un fin jurídico-público, reafirma la incompatibilidad de la actuación informal con la llamada vía de hecho. En efecto, se está en presencia de una actuación informal cuando esta, además de llenar los requisitos anteriores, es desarrollada por la autoridad habilitada para alcanzar el mismo fin jurídico a través de una actuación jurídico-pública como el acto administrativo o el contrato, en el marco de las competencias atribuidas por el ordenamiento⁵⁸⁰. En otras palabras, la informalidad no se desarrolla a espaldas de la legalidad. Conviene destacar que las tres últimas características se diferencian claramente de la actividad material constitutiva de vía de hecho, que se ha identificado como una actuación material ejercida por órganos administrativos con “falta manifiesta de competencia y ausencia del procedimiento legalmente previsto” (Parejo, 1998, pág. 876)⁵⁸¹.

En los casos de participación y concertación bajo estudio, el Derecho Ambiental colombiano establece reglas de competencia y principios generales que promueven y fundamentan los espacios de gobernanza ejecutados por las distintas autoridades ambientales. Las principales disposiciones se hallan en la consagración entre los fines constitucionales el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (art. 2 C.P.); y el reconocimiento del derecho a un ambiente sano: “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo” (art. 79 C.P.).

⁵⁸⁰ En este punto, la actividad administrativa se comprende a la luz del principio de juridicidad de la Administración propuesto por Merkl (1935, pág. 212): “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”.

⁵⁸¹ Sobre la materia consultar la obra del profesor Velasco (1998, pág. 58), en la que cita las características que la doctrina le ha atribuido a la actividad material, y en especial, se le ha considerado como ilegal, es decir como una actuación administrativa constitutiva en una vía de hecho.

Como se citó anteriormente el desarrollo de las normas constitucionales, la Ley 99 de 1993 incluyó el principio 10 de la Declaración de Rio de Janeiro de 1992 y las competencias generales del MADS y de las Corporaciones Autónomas Regionales para desarrollar mecanismos de concertación con los sectores económicos y promover la participación comunitaria (art. 31 y 32, Ley 99 de 1993).

En particular, algunos de los casos estudiados poseen normas reglamentarias especiales que concretan aún más la competencia de las autoridades para llevar a cabo los espacios de diálogo y concertación informal. En materia de Acuerdos REM, el Decreto 622 de 1977 en el artículo 7 establece que no es “incompatible la declaración de un parque nacional natural con la constitución de una reserva indígena”, y en consecuencia, se otorga competencia a la respectiva autoridad ambiental de establecer “un régimen especial en beneficio de la población indígena de acuerdo con el cual se respetará la permanencia de la comunidad y su derecho al aprovechamiento económico de los recursos naturales renovables...” (Ministerio de Agricultura, 1977). Como se desprende de la lectura de la disposición, ésta como tal no obliga a un proceso participativo, siendo la Política de Participación Social en la Conservación la que promueve que al presentarse la situación descrita por la norma, se llegue a acuerdos con las comunidades indígenas.

Con respecto a la Consulta Previa, como ya se ha expuesto ampliamente, la competencia general de las autoridades colombianas para su ejecución se desprende del art. 6 de la Ley 21 de 1991 por la cual se adoptó el Convenio 169 de la OIT (Congreso de la República, 1991); y de manera concreta, el art. 16 del Decreto 2893 de 2011 otorga al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, la competencia para “Dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa” (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011). Adicionalmente, el Decreto 2613 de 2013 establece reglas de coordinación de competencias entre las distintas autoridades públicas con responsabilidades en los procesos de Consulta Previa (Presidencia de la República, 2013).

Del estudio de la normativa ambiental anterior puede concluirse que la actuación informal es legal dado que se cumple por las autoridades que poseen las competencias necesarias para llevar a cabo procesos de concertación, aunque no exista para ello una regulación expresa de los procedimientos que deben ser ejecutados; situación esta última que no es un obstáculo

para su desarrollo, dado que como se ha expuesto y se propone más adelante, los principios jurídicos, los aportes de la gobernanza y la jurisprudencia son un marco jurídico suficiente para su práctica como garantía de derechos y cumplimiento de fines constitucionales.

5. LA ACTUACIÓN INFORMAL PUEDE SER INTERNA O EXTERNA.

Por último, referente a los destinatarios de la actuación informal, ésta puede ser interna, esto es, dirigida a la misma Administración, siendo una tipología ejemplificativa, las «declaraciones sin efecto vinculante en el ámbito interno administrativo»⁵⁸²; o externa, dirigida a una persona, ciertos grupos sociales o la comunidad en general, como en el caso de la información administrativa al público⁵⁸³.

La actuación informal externa en muchos casos se apoya en la colaboración voluntaria de actores privados que pueden hacer parte de grupos organizados con ciertos intereses sociales o gremiales, o tratarse de la participación de miembros de la comunidad en general. En este caso, puede tratarse de convenios plurilaterales en los que participan de manera activa una gran variedad de actores interesados. **Este último atributo es el que identifica y diferencia la actuación informal de concertación de las demás actuaciones informales.** En este caso, la concertación puede definirse como (Licha, 2004, pág. 12):

una práctica participativa amplia mediante la cual los distintos actores involucrados en la formación de las políticas públicas generan acuerdos básicos para conceptualizarlas y ejecutarlas. Como proceso, la concertación entraña una práctica dialógica eficaz para conocer y hacer confluir las aspiraciones de la población a la vez que asegurar su inclusión en las políticas públicas. Así, mediante el diálogo social se favorecen procesos de construcción del

⁵⁸² Tales como informes y resultados de investigaciones conforme a la clasificación de Stober y González-Varas (1995, pág. 579-582).

⁵⁸³ La información administrativa al público en la forma de avisos, advertencias o recomendaciones, cuando ésta no está sujeta a un procedimiento administrativo y no es vinculante⁵⁸³. El profesor Velasco (1998, pág. 43-44) define estos tipos de información: el aviso “se limita a ofrecer unos datos y aportar una valoración de los mismos, sin contener una propuesta de comportamiento claramente definida”; la advertencia “especifica un comportamiento concreto que se debe o no seguir”; y la recomendación “identifica varios comportamientos posibles, aconsejando uno de ellos”. Cabe advertir como lo hace el profesor Velasco (1998, pág. 59) que “la información no es necesariamente informal. Que depende del concepto de informalidad del que se parta. Pero lo cierto es los estudios sobre la actuación informal del Estado parten de una asimilación conceptual entre actuación material y actuación informal”.

interés general y se ejercita la deliberación ciudadana, operando por lo tanto como un mecanismo de democratización de la toma de decisiones públicas⁵⁸⁴.

En este momento de la exposición, el término concertación se ilustra a partir de la definición proveniente de las Ciencias Políticas, dada la inexistencia de una elaboración conceptual del término en la doctrina jurídico-administrativa; no obstante, más adelante se precisará el alcance jurídico de este concepto con el análisis principal que se hace al final de este capítulo. Cabe precisar por otro lado, que en este trabajo no solo se identifica la concertación en los procesos de formulación de políticas públicas, sino que se admite también su presencia en los procesos de toma de decisión que implica participación ciudadana en todos los ámbitos de la actividad administrativa. **En consecuencia, no corresponden a la actuación informal de concertación todas aquellas actuaciones en las cuales no se presente tanto una colaboración activa y voluntaria de los particulares, como el interés de la Administración en promover su participación.**

Con base en esta última afirmación, en la práctica administrativa ambiental, la actuación informal de concertación a su vez comprendería distintas subtipos. Éstos se clasificarán según la intensidad de la participación de los particulares, el número de actores que participan y el alcance de los compromisos asumidos. Así, una propuesta tentativa de tipologías incluiría las siguientes actuaciones de concertación:

- Las actuaciones en que la Administración promueve la celebración de acuerdos informales con los particulares, con el interés de alcanzar su colaboración en el cumplimiento de su función y se asume el cumplimiento de tareas bilaterales. Manifestación de estas

⁵⁸⁴ En este trabajo también puede definirse concertación como deliberación. En este caso se asume la deliberación desde una perspectiva flexible y realista, ilustrada por Ibarra Güell (2011, pág. 108-116). Así existe un espacio deliberativo (o de concertación) cuando se está en presencia de un proceso público en el que participan los actores implicados (políticos-insituacionales y sociales), en el que surgen nuevas relaciones, se trascienden los intereses individuales y grupales, y “se tiene como resultado una decisión colectiva capaz de impactar, coyuntural o estabemente, de estar objetivamente reflejada en las correspondientes decisiones o estructuras de decisión política”. Esta perspectiva es realista y flexible en tanto que, a diferencia de la posición clásica de la democracia deliberativa, no todos y cada uno de los actores deben estar presentes en el proceso de diálogo y no todos los intereses deben coincidir simétricamente para poder tomar una decisión democrática. En tal sentido debe asegurarse que exista “realmente un proceso de comunicación multilateral y horizontal e igual. En segundo término, que a resultados de ese proceso se conozcan, perfilen y definan mejor los intereses en juego. Y en tercer término...sea posible a partir de ese mejor conocimiento el decidir, aunque solo sea en aspectos parciales del debate y aunque solo represente a parte de los deliberantes, elaborar propuestas, establecer decisiones, que impliquen algo más que la simple suma indiscriminada de los distintos intereses individuales; de los que y en los que se pueda afirmar que existe al menos un intento de establecer un bien común.” (Ibarra Güell, 2011, pág. 114).

actuaciones son los Convenios de Concertación de producción más limpia⁵⁸⁵, o los llamados “*gentlements agreement*” o acuerdos sobre medio ambiente en el ámbito europeo⁵⁸⁶. Estas actuaciones se identifican con el concepto de concertación. Teniendo en cuenta que los procesos participativos están dirigidos al logro de una serie de compromisos de las partes; trascienden los intereses individuales y grupales dado que persiguen el interés público; concurre diversidad de actores; por último se tramitan en espacios dispuestos por la Administración.

- Con un menor grado de adopción de compromisos por parte de los particulares, se encuentran los procesos participativos que impulsa la Administración en aras de establecer unas ciertas directrices, generalmente técnicas, dirigidas a sectores económicos, institucionales o gremiales específicos y cuyo cumplimiento es voluntario. En estos procesos, la Administración actúa de manera activa al detentar la iniciativa de la convocatoria de los participantes y centra su función en la intermediación en el diálogo para fijar las directrices técnicas correspondientes.

En esta modalidad de actuación informal, la asunción de compromisos es menor que en el caso de los acuerdos. Como ejemplo de este tipo de actuación se encuentran las guías ambientales o guías de mejores técnicas disponibles (Santaella, 2011 y Revuelta, 2003), en las cuales el nivel de los compromisos se limita a la participación de una organización gremial en la elaboración de una guía y ello no implica su cumplimiento obligatorio⁵⁸⁷.

Con respecto al número de actores, la actuación informal de concertación puede ser bilateral, en la que se identifica plenamente las dos partes y sus intereses en el acuerdo, los compromisos asumidos y su alcance. Verbigracia, los acuerdos ambientales que son suscritos

⁵⁸⁵ Su estudio detallado se aborda en el Capítulo 4.

⁵⁸⁶ “pueden calificarse estos acuerdos como informales precisamente porque su existencia no está vinculada a determinados presupuestos jurídicos, ni –conforme a la doctrina hasta hoy dominante– genera directamente efectos jurídicos. Deben celebrarse sin forma específica pero no contienen promesas de conductas vinculantes jurídicamente (en otro caso tendrían que interpretarse como contratos). Más bien se circunscriben a declaraciones de intenciones que en último término no obligan jurídicamente, si bien es preciso en todo caso efectuar delimitaciones cuidadosas, por razón de las numerosas graduaciones que se presentan en la praxis en una «zona gris entre vinculaciones jurídicas y fácticas»” (Kloepfer, 1993, pág. 40).

⁵⁸⁷ Sobre estas dos últimas tipologías de concertación se profundizará más adelante en el estudio del caso colombiano que se presenta en el Capítulo 4.

entre la Administración y un sector industrial específico o una empresa concreta a fin de alcanzar propósitos de producción más limpia y consumo sostenible⁵⁸⁸.

De igual manera, pueden presentarse acuerdos plurales o plurilaterales en los que la variedad de actores presentes y, por tanto, la diversidad de intereses que representan hacen muy compleja la identificación de las partes o las posiciones en el proceso de concertación. Los procesos de participación sobre asuntos ambientales controvertidos por la implicación de riesgos en la salud humana o en la protección de los recursos naturales son un claro escenario para este tipo de acuerdos⁵⁸⁹. *V. gr.*, la decisión del Estado de promover una cierta política ambiental que incluye la promoción de una nueva técnica de producción de alimentos, en los que como estrategia de ejecución decide reunir todos los sectores sociales para lograr consensos para legitimar su adopción.

En suma, el análisis de la actividad material, en especial el conjunto heterogéneo de actuaciones que comprende, reitera los argumentos expuestos en líneas anteriores (*Vid.* Cap. 2.D.), en tanto la inconveniencia de ésta clasificación para la construcción sistemática del Derecho Administrativo. La identificación de la actuación informal de concertación como parte de la actividad material no despeja la cuestión sobre sus atributos, fines y funciones en el ordenamiento jurídico. Esta situación, conlleva a que tampoco se pueda predicar una función dogmática de ordenación del material jurídico. Al contrario, este tipo como se ha

⁵⁸⁸Un ejemplo de este tipo de concertación informal se halla en el ámbito europeo, en el que se promueve la celebración de acuerdos con sectores industriales específicos: En efecto, en la Comunicación de Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo (Comisión Europea, COM (2000) 576, 2000, pág. 26): “*Conjugar nuestras necesidades y nuestras responsabilidades: integración de las cuestiones medioambientales en la política económica*”, la Comisión afirma que debe negociarse con los sectores empresariales porque son éstos los que saben mejor sus actividades que la administración que las regula. Igualmente, considera que los acuerdos deben suscribirse con sectores empresariales, y no con empresas individualmente consideradas, para evitar enfoques incoherentes de la política ambiental e introducir distorsiones adicionales a la economía, además “Esto puede ocasionar una situación en la que la carga de la reducción de la contaminación recaiga indebidamente en las pequeñas empresas de los sectores en desarrollo y en la economía doméstica”.

⁵⁸⁹En este mismo sentido Schmidt Assmann (2003, pág. 135) cuando destaca que “cuando se incide en el medio ambiente, por regla general no cabe obtener la satisfacción de un determinado interés sin recortar *otros* intereses. Intereses en el progreso y en el mantenimiento del *statu quo*; intereses locales y sectoriales; intereses a corto y largo plazo se concitan en este ámbito formando una amalgama difícilmente discernible. Las estructuras de intereses multipolares constituyen, por tanto, la situación característica en el Derecho administrativo ambiental”.

resaltado, contribuye al mantenimiento de “zonas grises” o conceptos dogmáticos confusos dentro del sistema jurídico-público⁵⁹⁰.

El intento de sistematización de los tipos de actuación informal y material hecho en este trabajo, fuerza excesivamente el contenido de la categoría de actividad material, razón por la que se propone no mantener esta clasificación y en su reemplazo, abordar el estudio y construcción de las diferentes actuaciones materiales (incluidas las informales) como tipos autónomos de las formas de actuación jurídico pública. En el caso concreto de las formas de participación y concertación informal asumidas por la Administración, la falta de criterios de unidad y orden de la clasificación de actividad material, no permite fundamentar su contenido en un solo fin, como puede ser el de la garantía de la participación ciudadana (art. 2 C.P.). De otra parte como se trató en el capítulo anterior, la participación ciudadana en todos los niveles de decisión pública se ha convertido, en muchos casos, en un requerimiento transversal a la ejecución de la función administrativa, por lo que ya no es posible encasillarla en una sola modalidad de actividad de la Administración.

Habiendo identificado los atributos de la actuación informal de concertación se propone el reconocimiento de ésta como un tipo dogmático, dentro del conjunto de actos jurídico-públicos que concretan la actividad administrativa. Como se ha reiterado en este trabajo, esta propuesta se basa en la constatación en la realidad de una variedad de actuaciones informales de concertación de la Administración que permiten una sistematización dogmática, por lo menos en el ordenamiento jurídico colombiano.

B. LOS CONCEPTOS DE TIPO Y RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS COMO INSTRUMENTOS METODOLÓGICOS PARA EL ESTUDIO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

Los diferentes atributos de la concertación informal no han sido interiorizados por la doctrina de las formas jurídicas, precisamente por la percepción ilegal/alegal tradicionalmente

⁵⁹⁰ Contrariamente a la función de los tipos en materia dogmática, que como se citó antes son “imágenes muy gráficas de la realidad” (Vosskuhle, 2012, pág. 180), y que como conceptos dogmáticos tienen la tarea de reducir la complejidad de la realidad, esto es “establecer la unidad de la diversidad” (Martin, 2014, pág. 14).

asumida de la actividad material⁵⁹¹. La concertación informal como manifestación de la Administración contemporánea debe ser estudiada a través de instrumentos metodológicos distintos al del análisis centrado en las tres formas clásicas de actuación administrativa (acto, contrato y norma)⁵⁹².

En el Capítulo 2, se propuso la revisión y adaptación del concepto dogmático de actividad administrativa a partir de las teorías de la gobernanza y de la función administrativa desde el criterio teleológico. Con base en estas premisas teóricas, se plantea ahora el análisis de la actuación informal de concertación a través de dos instrumentos metodológicos: el *tipo* y las *estructuras de responsabilidad*.

Como instrumento metodológico, el *tipo* facilita la identificación de fenómenos o situaciones problema que no pueden ser explicados solamente desde la interpretación normativa o la exclusiva aplicación de conceptos dogmáticos (Díez Sastre, 2015, pág. 122). Como prueba de ello, en el capítulo anterior (*Vid.* Cap. 2 E.) se expuso el abundante material normativo relacionado con diferentes figuras de participación ciudadana en la toma de decisión pública, entre las que se destacan las actuaciones informales y la insuficiencia del concepto dogmático de actividad administrativa para comprender tal realidad⁵⁹³.

Dicho de otra manera, frente al fenómeno de la concertación informal de la Administración, la dogmática tradicional ha perdido su propósito tanto de simplificar la realidad, como de sistematizar y ordenar el Derecho Administrativo (Vosskuhle, 2012; Parejo, 2012; Vaquer Caballería, 2013). El presente trabajo investigativo, advirtiendo de la importancia e incremento de la participación ciudadana en los asuntos públicos, aunado a las consideraciones de un nuevo modelo de legitimidad que cuestiona la base misma de la

⁵⁹¹ Recapitulando, esta afirmación se sustenta en el limitado tratamiento dogmático que la doctrina tradicional le ha otorgado a la actividad material. Dentro de esa limitación la actuación informal de concertación puede percibirse como una expresión de la actividad material, pero su alcance es estudiado en este trabajo a partir de una construcción dogmática distinta a la de las formas jurídicas, y por tanto, se adoptan otros elementos metodológicos como se expone en este acápite.

⁵⁹² La complejidad de la realidad actual a la que cada día debe enfrentarse la Administración, requiere de la ayuda de instrumentos de análisis empíricos para evaluar la idoneidad de las formas tradicionales de actuación o la implementación de nuevas formas: “En definitiva, y en lo que ahora nos importa, es precisa una nueva Ciencia del Derecho Administrativo en el siglo XXI, lo que exige innovación dogmática, con menos formalismo y más realismo, en conexión con un mayor protagonismo del empirismo” (Ponce, 2014, pág. 21).

⁵⁹³ Aquí la investigación dogmática es de gran utilidad en tanto explica el Derecho positivo como un sistema armónico que responde a los fenómenos políticos y sociales (Troncoso, 1999, pág. 96; Gallego Anabitarte, 1996, pág. 30; Melero, 2003, pág. 240).

actividad pública⁵⁹⁴, propone la delimitación de una actuación autónoma informal que a través de un instrumento como el *tipo*, contribuya a la construcción sistemática del ordenamiento jurídico. De otra parte, la delimitación teórica de la actuación de concertación informal de la Administración desde la figura del *tipo* también implica ciertas ventajas analíticas. La interpretación de una situación de la realidad a través de tipos, desde el enfoque metodológico, no requiere que un suceso cumpla con todos los atributos que describen el *tipo*, a diferencia del análisis mediante conceptos dogmáticos en donde un hecho debe cumplir con todas sus “notas distintivas”. (Larenz, 2010, pág. 211)⁵⁹⁵. Del mismo modo, el tipo permite identificar sus características especiales, sin que deba encajar perfectamente en la definición de un concepto dogmático preexistente (Martin, 2014, pág. 14)⁵⁹⁶. Así, los tipos se asimilan a conceptos clave, que se construyen a partir de “conceptos que ya no explican suficientemente la realidad” (Díez Sastre, 2015, pág. 122). En otras palabras, el tipo, al igual que los conceptos clave, proponen nuevas ideas sobre las que se plantea una revisión del material dogmático, reevaluando o integrando conceptos o instituciones jurídicas tradicionales (Vosskuhle, 2012, pág. 180).

El trabajo dogmático a través de la figura del *tipo* ha permitido el desarrollo de la teoría jurídico-administrativa, un ejemplo de ello es la doctrina de las modalidades o tipos de la actividad administrativa (Schmidt Assmann, 2003, pág. 179). De acuerdo con el profesor Rodríguez de Santiago (2007, pág.92), el tipo administrativo permite aislar diferentes

⁵⁹⁴ En este sentido, Porras Nadales (2014, pág. 30) explica: “El riesgo de que un particionismo difuso pueda llegar a afectar a la propia gobernabilidad, alterando las pautas programáticas puestas en marcha por la mayoría gobernante, constituye en efecto un factor problemático tras el que se esconde una inevitable tensión entre el circuito político/representativo y el ciudadano/participativo”. Sobre la crisis de legitimidad del sistema representativo de gobierno: Mescheriakoff (1990), Baltodano (2002), Schmidt Assmann (2003), Bobbio (2005), Ponce (2011), y Agudo (2013b).

⁵⁹⁵ Sobre la distinción entre conceptos dogmáticos y tipos, Larenz (2010, pág. 211) explica: “Un concepto está fijado por medio de su definición de tal modo que haya que aplicarse a un suceso concreto o hecho *sólo cuando y siempre y cuando*, si es que se pueden encontrar en él todas las notas distintivas de la definición. Esta norma no vale para el *tipo*. Las notas distintivas indicadas en la descripción del tipo, o al menos, algunas de ellas, no precisan estar todas presentes; especialmente pueden darse en distinta medida. Son además, con frecuencia, graduables y, hasta cierto, intercambiables unas con otras. Consideradas aisladamente, solo tienen el significado de señales o indicios. Lo decisivo es que en cada caso enlacen con la realidad concreta.”

⁵⁹⁶ De acuerdo con Larenz (2010, pág. 211), como se citó, lo importante es que corresponda con la “realidad concreta”, realidad que en nuestro caso se observa tanto a través de la práctica administrativa en cumplimiento de disposiciones legales generales, que con llevar a la ejecución de actuaciones informales. Así “El tipo no se define, sino que se describe. Bajo la descripción del tipo no se puede subsumir; pero se puede con su ayuda, enjuiciar si un fenómeno puede integrarse o no al tipo”.

dimensiones de la actividad administrativa e identificar diversas actuaciones que la Administración asume para cumplir con los fines de su función⁵⁹⁷.

De esta manera, las modalidades de la actividad administrativa representan una especial forma de relacionamiento entre las autoridades públicas y la ciudadanía, y es esta forma de entablar relaciones jurídicas la que le imprime al tipo sus particularidades. La flexibilidad del tipo como herramienta metodológica ha permitido que la doctrina elabore diversas clasificaciones o modalidades de la actividad administrativa (*Vid.* Cap. 2.D.).

Si bien en este trabajo no se recurre al concepto de *tipo* según el ejemplo citado, dado que como se expuso en el capítulo anterior no se propone una nueva modalidad de actividad administrativa⁵⁹⁸, vale citar que en el caso de esta investigación cumple con el mismo cometido general señalado por Schmidt Assmann (2003, pág. 180), para quien el fundamento de la doctrina de los tipos en un enfoque funcional permite pasar de una “conceptualización fuertemente normativista” de la actividad administrativa, a una vinculada más estrechamente con los cambios de las funciones estatales y los fines que se persiguen. En este contexto, asumir la existencia de la concertación informal supone pasar de un enfoque “fuertemente normativista” de la actividad de la Administración, hacia uno más amplio que considera el Derecho como un sistema abierto, en el que los aportes de conceptos clave provenientes de las ciencias sociales, como la gobernanza y la Teoría de la Dirección son necesarios para la renovación y adaptación constante.

Con base en estas premisas, el *tipo* de actuación informal de la Administración representa una especial forma de relacionamiento entre las autoridades y la ciudadanía, y es precisamente esta forma de entablar relaciones jurídicas, la que le imprime al tipo sus particularidades. Se trata de esa dimensión participativa, de diálogo y de concertación que

⁵⁹⁷“Cada tipo representa un ámbito de actividad administrativa en el que se plantean específicos problemas semejantes, en el que la Administración se vale de formas características de actuar y en el que la doctrina puede elaborar conceptos útiles para ordenar el material normativo. El resultado es que a partir de la ubicación de un problema concreto en el contexto del tipo administrativo que le corresponde se pueden obtener para la cuestión problemática soluciones jurídicas que su regulación normativa no ofrece directamente; y que se crean modelos explicativos que reconducen las variadas y dispersas reglas de Derecho a la unidad y a la coherencia que se contiene en la misma idea de sistema” (Rodríguez de Santiago, 2007, pág.92).

⁵⁹⁸ Cabe reiterar que en el derecho contemporáneo administrativo la idea de una actividad administrativa que ya no se cumple solo por tareas bien definidas pierde su vigencia, debido a la línea cada vez más borrosa entre las diferentes técnicas de actuación, y la necesidad de asumir estrategias integrales.

caracteriza a las tareas públicas en aras de alcanzar los fines constitucionales que dirigen su función.

Siendo la principal característica de este tipo administrativo la participación o colaboración de los particulares en la gestión pública y, por tanto, una especial predisposición al diálogo y concertación de la Administración con la ciudadanía, es necesario establecer el alcance y la intensidad con que estos actores asumen sus actividades y compromisos. Para emprender este último análisis, el concepto de *responsabilidad administrativa* presenta un cometido instrumental, en tanto permite determinar la intensidad con la que el “Estado se vincula a cada tarea y el tipo de función que desempeña con respecto a ella”. Este concepto no solo permite establecer la intensidad de la intervención del Estado en la asunción de cada tarea, sino el reparto de responsabilidades entre el Estado y las personas privadas en su cumplimiento (Rodríguez de Santiago, 2007, pág. 57)⁵⁹⁹. En esta dirección, Schmidt Assmann (2003, pág. 179) plantea la función metodológica del concepto de *responsabilidad administrativa*: “...la graduación de la responsabilidad sirve para analizar el reparto de papeles entre los poderes públicos y la sociedad en ámbitos concretos para identificar ámbitos de actuación complementaria y para contribuir además a una sintonía de los instrumentos empleados”.

Esta manera de abordar el estudio de las tareas estatales es útil en materia ambiental, dado el reconocimiento tanto en los ordenamientos positivos internos, como en los instrumentos internacionales de la responsabilidad del Estado y de los particulares en la defensa y la protección del ambiente (*Vid.* Cap. 2.A-III)⁶⁰⁰. De igual modo, el concepto de *responsabilidad administrativa* facilita la identificación del lugar que ocupan las actuaciones de concertación informal dentro del conjunto de tareas administrativas, según la intensidad de la intervención de la Administración y la participación de la ciudadanía. La caracterización de las relaciones que entabla la Administración con los particulares según la escala de responsabilidad, en el ámbito de la concertación informal, es además útil para su articulación con el marco jurídico que le debe ser aplicable, en el caso de este trabajo, con fundamento en el ordenamiento colombiano.

⁵⁹⁹ En el caso del ordenamiento colombiano, el artículo 8 de la Constitución Política, dispone que es obligación del Estado y de los particulares la protección de la riqueza natural de la Nación (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

⁶⁰⁰ De la mano del actual enfoque de corresponsabilidad del Estado y la ciudadanía, promovida por los instrumentos de política ambiental internacional (Sans, 1999; Uvalle Berrones, 2012; Barnés, 2014a).

En definitiva, el análisis de la actuación informal de concertación a partir de recursos metodológicos como el *tipo* y la *responsabilidad administrativa* contribuyen al análisis sistemático, en tanto se vincula el fenómeno bajo estudio ubicado en un sector de referencia particular como el del Derecho Ambiental, con conceptos y principios generales reconocidos por el Derecho Administrativo, otorgando coherencia y unidad al nuevo discurso dogmático que se sustenta y propone en esta investigación⁶⁰¹.

C. EL TIPO DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

De acuerdo con las anteriores consideraciones, desde la perspectiva metodológica la construcción del tipo de actuación informal de concertación de la Administración persigue el propósito de plantear una novedosa forma de actuación jurídico-pública. Ésta posee la función de describir, explicar y ordenar la diversidad de espacios de participación promovidos por el Derecho positivo, y que dada su carencia de “procedimentalización” (Agudo, 2011c, pág. 86) y falta de encaje con el formalismo jurídico, no han generado el interés de la doctrina tradicional. En este orden de ideas, se identifican como atributos necesarios para la construcción del tipo de actuación informal de concertación los fines estatales que la orientan; los niveles de responsabilidad que comprende y que dan lugar a unas especiales relaciones jurídico-públicas; y los parámetros de conducta aplicables a sus manifestaciones prácticas⁶⁰².

Debe reiterarse que este análisis se fundamenta metodológicamente en los planteamientos de la *nueva ciencia jurídico-pública*. Se asume una Administración en el marco de un

⁶⁰¹ Es pertinente traer los conceptos de unidad y orden como consustanciales a la noción de sistema: “se trata de una coherencia «interna» racionalmente captable, es decir, fundada en la cosa misma. En lo que tiene que ver con la unidad, este elemento modifica el de orden por cuanto que dicha unidad no puede romperse en una serie de unidades individuales y desconectadas, sino que ha de reconducirse a unos pocos y determinantes principios básicos” (Canaris, 1999, pág. 20).

⁶⁰² De acuerdo con Díez Sastre(2015, pág. 122), los tipos se construyen a través de la selección de atributos de la realidad: “Se engendran por abstracción, mediante la selección de una serie de atributos típicos de una realidad. Ahora bien, a diferencia de los conceptos dogmáticos, *los atributos de los tipos no tienen que darse necesariamente de forma cumulativa y simultánea*. Basta con que concurren unos u otros con la suficiente intensidad como para poder identificar cierta realidad”. Dado que no existe una guía metodológica para la selección de los atributos que conforman el tipo, corresponde al investigador tomar esa decisión. En este acápite la selección de atributos se adopta a partir de los marcos teóricos de referencia estudiados en el Capítulo 2, y que plantean en síntesis como elementos definidores de la actividad administrativa: los fines (teoría de la función teleológica administrativa); la relación Administración y ciudadanía (un derecho administrativo *ex parte civis*-teoría de la gobernanza); y las formas procedimentales asumidas para intervenir en la realidad (teoría de las formas jurídicas-teoría de los parámetros-principios de buena gobernanza).

Derecho que ha incorporado la participación del ciudadano, con tal importancia que programa de manera finalística la actuación administrativa. Igualmente, se parte del estudio del sector de referencia del Derecho Ambiental, debido a su aporte metodológico de permitir la conexión con la realidad y práctica de la Administración sobre todo en lo atinente a la intervención ciudadana en el actuar administrativo. Como toda investigación que pretende impactar en un contexto especial, las siguientes consideraciones abordan de manera transversal el Derecho positivo Ambiental colombiano⁶⁰³.

I. LOS FINES DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN EN EL SECTOR DE REFERENCIA DEL DERECHO AMBIENTAL.

En el ordenamiento ambiental colombiano, la Administración fundamenta su actividad en el fin constitucional de protección del medio ambiente⁶⁰⁴. Es de destacar, que la Corte Constitucional le ha otorgado a los fines el carácter de propósitos con “incidencia normativa”, a través de los cuales se deben observar las relaciones entre gobernantes y gobernados⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Recuérdese la importancia metodológica del análisis dogmático a través de sectores de referencia: “El estudio de los sectores de referencia no se queda, por tanto, en la mera interpretación de las leyes o en un comentario o glosa de la jurisprudencia. De lo que se trata, por tanto, es de descifrar los rasgos y claves del sector en cuestión (i), de identificar las tendencias (ii), e indagar si las piezas que lo integran son susceptibles de generalización (iii). Esta tarea intelectual se mueve en el plano de la *intuición* y de la capacidad de *asociación*. Es un trabajo que no desborda, por lo demás, el marco normativo, en el que se mueve con comodidad el jurista” (Schmidt Assmann, 2006a, págs. 82-83).

⁶⁰⁴ Este fin constitucional es un punto común con el ordenamiento comunitario europeo y de sus Estados miembros. En el caso de la Unión Europea, la protección ambiental luego de la Convención de Estocolmo de 1972 y más especialmente, de la Declaración de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de 1972, es asumida como una “nueva responsabilidad de los poderes comunitarios” (Mora, 2007, pág. 28; López Ramón, 1997, pág. 60). A partir de este importante precedente, el número de instrumentos de política y la evolución del Derecho comunitario ambiental ha permitido que se afirme que el fin de protección del ambiente se asuma como “incorporado al Derecho originario como una misión constitutiva de la Comunidad” (Pomed, 1998, pág. 166). En el caso español, la doctrina ha sostenido que la tutela del ambiente es en sí una función pública, que se deriva del art. 45 C.E. con carácter vinculante para los poderes públicos (Mora, 2007, pág. 32; López Menudo, 1991, pág. 164; Ibañez Mendez, 2003, pág. 45). En el ordenamiento alemán (Schmidt Assmann, 2003, pág. 128 y ss). De igual manera en el ordenamiento norteamericano (Carralleira, 1995, pág. 514).

⁶⁰⁵ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado los fines del Estado como valores: “Todos ellos [los valores constitucionales] establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad

La Corte Constitucional en aras de alcanzar la incidencia normativa, en otras palabras, la eficacia del fin de la protección del medio ambiente, ha reconocido una triple dimensión, esto es, como principio, derecho y obligación:

La Constitución de 1991 modificó profundamente la relación normativa de la sociedad colombiana con la naturaleza. Por ello esta Corporación ha señalado, en anteriores decisiones, que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Carta contiene una verdadera "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente. Igualmente la Corte ha precisado que esta Constitución ecológica tiene dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación. De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Es más, en varias oportunidades, la Corte ha insistido en que la importancia del medio ambiente en la Constitución es tal que implica para el Estado, en materia ecológica, "unos deberes calificados de protección"⁶⁰⁶. Subrayas fuera de texto. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126 de 1998, 1998).

La finalidad constitucional de protección del ambiente en su triple dimensión influye directamente en las tareas administrativas y exige, en virtud del Estado Social de Derecho, una actuación eficaz de las autoridades en su realización⁶⁰⁷. De allí se desprenden, como ha afirmado la Corte Constitucional, una serie de "deberes calificados de protección", que la jurisprudencia ha identificado como el deber de prevención y control del deterioro ambiental y de garantizar la participación ciudadana y comunitaria en las decisiones que

en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional". (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992, 1992).

⁶⁰⁶ De igual manera en la Sentencia T-254 de 1993: "la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1993, 1993).

⁶⁰⁷ En el marco del Estado Social de Derecho establecido por la Constitución de 1991 y la jurisprudencia constitucional desarrollada a partir de su promulgación, se considera la existencia de fines, que como objetivos del Estado, asumen tanto la forma de valores o programas finalísticos, como de principios jurídicos y concretas obligaciones para la Administración. En este último caso, los principios como normas jurídicas positivas son los responsables de dirigir e interpretar las tareas administrativas en los campos de actuación que determinó el constituyente como de especial importancia, tal como el de la protección del ambiente. Así lo establece el artículo 209 de la Constitución de 1991, al consignar que "la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".

puedan afectarlos⁶⁰⁸. Así, la Corte Constitucional radica en el cumplimiento de los principios de eficacia y participación, la realización de la finalidad constitucional de protección del ambiente.

A partir de las consideraciones expuestas, y en concordancia con la tendencia internacional, los fines de protección ambiental y la garantía de la participación ciudadana tienen su reflejo concreto y expreso en el ordenamiento constitucional colombiano con trascendencia real en la práctica administrativa⁶⁰⁹. Es claro que la Constitución al radicar en el Estado y los particulares el deber de la protección ambiental y, en especial, ordenar a las autoridades garantizar la participación ciudadana en todas las decisiones que sean de su interés, promueve una Administración con características intermediadoras que predominan sobre modelos verticales de actuación⁶¹⁰.

Es entonces a partir de este fundamento constitucional conformado por fines y deberes específicos, que se interpretan las figuras de potestad y competencia del Derecho Administrativo Ambiental y que dan lugar a que la Administración concertadora asuma una variedad de actuaciones que le permitan cumplir eficazmente los cometidos constitucionales. En este contexto, el acto administrativo, como forma central de actuación pierde importancia, no sólo por su característica de unilateralidad, sino porque pasa a ser uno más del conjunto de instrumentos que la Administración puede seleccionar en aras de alcanzar un resultado eficaz.

II. LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN AMBIENTAL A PARTIR DEL ESTUDIO DE LAS ESCALAS DE RESPONSABILIDAD

En la actuación informal de concertación tienen lugar una serie de tareas, en las que la función y la intensidad de la intervención de las autoridades puede estudiarse a través del concepto de “responsabilidad estatal” como instrumento metodológico, tal como se propuso al

⁶⁰⁸ Ver al respecto: Corte Constitucional, Sentencias C-328 de 1995 y C-126 de 1998.

⁶⁰⁹ Como ya se trató en este trabajo, la experiencia de más de cuarenta años, desde el inicio de la preocupación internacional por las consecuencias de la degradación ambiental ha demostrado la eficacia de los instrumentos de mediación o concertación, frente a la exclusiva aplicación de los instrumentos de comando y control para alcanzar los objetivos de protección ambiental.

⁶¹⁰ Artículos 2 y 8 C.P. (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

inicio del capítulo (Rodríguez de Santiago, 2007, pág. 57)⁶¹¹. En especial en el ámbito del Derecho Ambiental, la actividad que cumplen las autoridades es reconocida en función de las relaciones que se entablan con los ciudadanos para alcanzar el fin de la protección del ambiente. En este orden de ideas, la aproximación a esta actividad desde los niveles de responsabilidad es adecuada, por cuanto permite conocer el reparto de tareas entre la Administración y los particulares y las formas como se emprenden⁶¹².

Con base en el planteamiento general del profesor Schmidt Assmann (2003, pág. 187-188), las tareas asumidas por el Estado en el marco del fin de protección del ambiente, responden a una escala de responsabilidades de menor a mayor intensidad. Tales escalas van desde una *responsabilidad marco*, según la cual, la actuación del Estado se limita a la expedición de legislación que garantiza que “la composición de intereses entre particulares se produzca de forma compatible con el bien común”, hasta la *responsabilidad de cumplimiento*, que corresponde al más alto nivel de intensidad de la actividad administrativa, según la cual, “los poderes públicos, es decir, sobre todo la Administración, asumen la entera responsabilidad sobre el correspondiente ámbito social” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 187). En un nivel intermedio de estas responsabilidades se ubican aquellas tareas que la Administración cumple con un menor grado de intensidad, esto es, en colaboración con los ciudadanos y, que para efectos de este trabajo, se identifica como la escala de responsabilidad típica en la que se ubica la actuación informal de concertación.

En este sentido, a la *responsabilidad marco* del Estado Social de Derecho en el ámbito ambiental, le corresponde establecer las reglas jurídicas que regulan las relaciones entre particulares y que garantizan su sometimiento al interés general, en concreto, que garantizan el cumplimiento del fin de la protección ambiental. Se refiere en este caso a la normativa de Derecho Privado que guarda relación con los asuntos ambientales como, por ejemplo, la regulación de la propiedad privada de los bienes ambientales de la que se desprenden las

⁶¹¹ Conforme con Schmidt Assmann (2003, pág. 186): “El concepto de responsabilidad tiene en cuenta el catálogo completo de las funciones públicas, y pretende determinar el modo y la medida en que su cumplimiento corresponde a la Administración”.

⁶¹² “La responsabilidad desempeña, en este caso, el papel de un concepto *heurístico*: permite poner en relación, en cada sector concreto, las prácticas habituales, las nuevas demandas de protección y las disposiciones existentes sobre funciones y organización; pero del mismo solo cabe extraer consecuencias de carácter dogmático-jurídico cuando exista la correspondiente base normativa, que podrá ser esclarecida y enriquecida, pero no suplida mediante reflexiones propias de la teoría del Estado” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 186). Sobre el reparto de responsabilidades en otros sectores de referencia como el Derecho Administrativo de la información, y con influencia en actuaciones informales consultar: Pitschas (2012).

normas sobre relaciones de vecindad y el régimen de responsabilidad civil por los daños ambientales⁶¹³. De esta responsabilidad participan tanto el legislador como la Administración, en lo que concierne a la expedición de leyes y normas reglamentarias que establecen el marco de las relaciones entre particulares. El juez actúa como instrumento de control del cumplimiento del marco normativo.

Debe tenerse en cuenta que en esta escala de responsabilidad estatal existen “tránsitos” hacia lo público (Schmidt Assmann, 2003, pág. 187), como en el caso de negociaciones comerciales entre particulares que dependen de decisiones de la Administración, *v. gr.*, el “régimen de comercio de derechos de emisión”⁶¹⁴, o las acciones para la defensa de los derechos colectivos ambientales frente a particulares⁶¹⁵.

En el otro extremo de la escala de responsabilidades estatales, se ubica la *responsabilidad de cumplimiento*, en la que la Administración adopta el control completo de la gestión ambiental pública. En este ámbito, se encuentran las tareas de ordenación y administración de los recursos naturales, *v. gr.*, los planes de ordenación de cuencas hidrográficas asumidos y ejecutados por las autoridades ambientales, de igual manera, la planificación y gestión de las áreas protegidas. En esta escala de responsabilidad, al igual que en la anterior, existen excepciones o, en palabras de Schmidt Assmann, “tránsitos” hacia lo privado, cuando ciertas de las funciones asumidas tradicionalmente de forma exclusiva por la Administración, son asumidas por particulares, *v. gr.*, la administración de las áreas protegidas por compañías turísticas a través de contratos de concesión celebrados con el Gobierno.

Entre las escalas de *responsabilidad marco* y *de cumplimiento*, se sitúa una responsabilidad intermedia que se manifiesta a través de las tareas que la Administración desarrolla con participación o colaboración de los particulares. Schmidt Assmann (2003, pág. 188) identifica estas tareas como necesarias en el ámbito del Estado cooperativo, en las que distingue

⁶¹³ Sobre el derecho de propiedad y el ambiente Ost (1996, pág. 45) y tipologías de normas de protección y uso de los recursos naturales: Agudo (2004, págs. 35-39).

⁶¹⁴ El profesor Esteve Pardo (2008, pág. 231) explica este régimen en el ámbito español: “Este régimen se desenvuelve en torno a un modelo muy simple en lo que es su esquema básico y que combina la decisión desde instancias públicas con la dinámica del mercado: hay primero una asignación de derechos de emisión desde una pretendida racionalidad pública, objetiva, sobre la base de un plan de asignaciones; a partir de ahí, pueden los titulares negociar, transmitir e intercambiar esos derechos asignados, y en este mercado se espera encontrar otra racionalidad que complemente y flexibilice –de ahí la denominación de instrumento de flexibilización– la asignación única, inicial, mediante un plan, desde instancias públicas”

⁶¹⁵ En el caso colombiano, el ejercicio de las acciones populares reguladas por la Ley 472 de 1998 (Santofimio, 2010).

distintas “clases de responsabilidades con fronteras flexibles entre sí” como las de vigilancia, de seguimiento fomento, asesoramiento, etc.

Para efectos de este estudio, **la Administración concertadora ambiental se ubica en un nivel de *responsabilidad intermedia* cuya actividad se caracteriza por las tareas de promoción de la participación, la intermediación y la concertación en cumplimiento del fin constitucional de protección del ambiente.** Lo anterior no sugiere que en la Administración concertadora no se presenten las demás escalas de responsabilidad, al contrario, las tareas que corresponden a los demás niveles de responsabilidad constituyen el punto de partida para el desarrollo de las tareas de concertación de la Administración con los particulares.

La actuación informal de concertación, al corresponder a un nivel intermedio de responsabilidad, permite a las autoridades administrativas entablar relaciones menos verticales con los ciudadanos, promoviendo acuerdos que coadyuven en el cumplimiento de su función de protección ambiental. Se trata del tipo de Administración que promueve la Teoría de la Dirección, como conductora de los procesos sociales, y que a través del enfoque de la gobernanza se manifiesta por medio de actuaciones que impulsan la participación ciudadana y pretenden resultados eficaces.

Dicho todo lo anterior, la forma de actuación como manifestación de la mediación y concertación con la ciudadanía no puede limitarse al acto administrativo, debido a su cualidad unilateral y el limitado proceso participativo que lo sustenta, sería un contrasentido fundamentar este actuar administrativo en un acto jurídico-público que no permite el desarrollo amplio de sus cometidos. De ahí que, en la práctica, la Administración, y en concreto en el ámbito ambiental, haya adoptado diversas modalidades de actuación, como las informales que se destacan por la intensidad de la participación de los particulares en la definición del interés de protección del ambiente, que a su vez influyen en la creación de unas especiales relaciones jurídico-administrativas⁶¹⁶.

⁶¹⁶ Como se trató en el Capítulo 2 (A-I última parte), se vislumbra el surgimiento de un Derecho Administrativo que se construye “desde abajo, a partir de la participación de la ciudadanía en los escenarios de toma de decisión que involucran el interés público, lo que implica un reforzamiento de las garantías de protección de los derechos humanos. Al respecto: Cassese (1994, págs. 51-85); Bobbio (2005, pág. 515); y Von Bogdandy (2013, pág. 303).

III. LAS RELACIONES JURÍDICAS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

La comprensión e importancia jurídica de la variedad de procesos de comunicación entre la Administración y la ciudadanía en un nivel de responsabilidad intermedio, pueden abordarse desde la teoría de la relación jurídico-administrativa. Como se ha expuesto hasta este punto, el análisis de la actuación informal de concertación con base en la teoría de las formas jurídicas permite solamente ubicarla como un tipo de la actividad material en la que la simple idea de *gestión de tareas materiales o técnicas sin ningún efecto jurídico*, no es suficiente para establecer las características de los acuerdos de la Administración con los particulares, en cambio, la teoría de la relación jurídico-administrativa actúa como un complemento idóneo para el estudio de los derechos y deberes que crea las situaciones producto de la interacción entre Administración y ciudadanía y, de esta manera, “garantizar la estabilidad del resultado y la transparencia de su ejecución” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 306-313)⁶¹⁷.

Es oportuno considerar que las relaciones jurídico-administrativas no se originan solamente con la expedición de un acto administrativo o un contrato, pueden igualmente nacer, en palabras del profesor Agudo (2011a, pág. 25) de “«contactos» especialmente intensos que lleva a cabo la Administración con algunos particulares”⁶¹⁸; así son de interés todo tipo de relaciones jurídico-administrativas por los derechos y deberes que genera⁶¹⁹. Las

⁶¹⁷ “A diferencia de la teoría de las formas de actuación administrativa, esta teoría no toma como objeto de análisis las decisiones, sino las relaciones de los actores entre sí y las regula como relaciones jurídicas. Mientras la teoría de las formas de actuación administrativa se preocupa sobre todo por los resultados, la teoría de las relaciones administrativas está determinada por las distintas situaciones” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 313). En igual sentido, Bauer (1993, pág. 148) y Schulte (1993, pág. 117).

⁶¹⁸ En la misma línea, es ilustrativa la definición clásica de relación jurídica del profesor García Trevijano (1974, pág. 499): “relación intersubjetiva que enlaza elementos del ordenamiento jurídico y que produce efectos jurídicos”, siendo administrativa, cuando en ella participa la Administración pública en uso de sus facultades de *imperium*. En la definición de García Trevijano se destaca el reconocimiento de la presencia de relaciones entre la Administración y los particulares, en las cuales no importa la forma jurídica que les da origen, sino su conexión o “enlazamiento” con “elementos del ordenamiento jurídico” lo que las hace relevantes para el derecho y por tanto producen “efectos jurídicos”. La importancia para este estudio de la teoría de relación jurídico-administrativa es el reconocimiento de efectos jurídicos derivados de los procesos de comunicación entre Administración y ciudadanos, independientemente de si surgen de un acto o contrato.

⁶¹⁹ La relación jurídico-administrativa tiene importancia para el Derecho Administrativo en la medida en que supone la generación de derechos y obligaciones recíprocas, por ello, está ligada al derecho público subjetivo siendo “en parte consecuencia, en parte presupuesto” de éste (Maurer, 2012, págs. 171-172). De acuerdo con Entrena Cuesta (1976, pág. 466), la adopción de la institución de la relación jurídica en el Derecho Administrativo se dio hasta finales del siglo XIX, luego del establecimiento del Estado de Derecho, dado que “pues si la esencia de éste consiste en el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos para que se admita que el Estado respeta todo postulado habrá que sustituir las antiguas relaciones de poder por unas

características de las relaciones derivadas de estos «contactos» estarán influenciadas por los fines que se persiguen según el ámbito de la actividad administrativa en la que se presentan. Para el caso de este trabajo, son de interés las relaciones originadas en procesos de concertación informal en el marco del Derecho Ambiental. Por consiguiente, estas relaciones jurídicas ostentan características especiales determinadas por el fin constitucional de protección del ambiente y de promoción de la participación ciudadana, fines que se encuentran estrechamente vinculados, y de los cuales es un acertado ejemplo el ordenamiento colombiano.

De esta manera, la actuación informal de concertación encuentra, con este planteamiento, un elemento más de construcción dogmática que permite reafirmar su existencia en el mundo jurídico y de allí derivar las reglas o parámetros que debe observar⁶²⁰. Así, la relación jurídico-administrativa considerada como un vínculo de derechos y obligaciones recíprocas entre la Administración y los ciudadanos (Bauer, 1993, pág. 152; Schmidt Assmann, 2003, pág. 314), es relevante no sólo por las posiciones activas y pasivas aisladamente consideradas, sino por su comprensión en conjunto del contexto global de la actividad administrativa. Dicho de otro modo, la doctrina de la relación jurídica:

... desborda dichas situaciones individuales, permite un análisis diferenciado de todas las posiciones jurídicas y permite un tratamiento dogmático de reglas complementarias, tales como las de respeto y consideración recíprocos; pero este marco de ordenación dogmática posibilita igualmente la exposición sin problemas de los así llamados «derechos y obligaciones accesorios», tales como los relativos a la información, el asesoramiento, la audiencia y la participación (Bauer, 1993, pág. 153).

El contexto global al que se alude hace referencia a la tendencia doctrinal y del Derecho positivo de aceptar un Derecho Administrativo menos basado en el poder de la Administración sobre los administrados, y más dirigido al reconocimiento de la ciudadanía en una posición que tiende a la igualdad en la discusión de cuestiones que implican la realización

relaciones jurídicas en las que tales derechos subjetivos despliegan las facultades que constituyen su contenido”. Para llevar a cabo este cometido se adoptaron las elaboraciones dogmáticas del Derecho Privado en la materia, dada la juventud de la dogmática administrativa de la época. Sobre el tema consultar Forsthoff (1958), García Trevijano (1974) y Soriano García (1979).

⁶²⁰ Tal como se expone en la parte final de este capítulo.

del interés general, en pro de la garantía y protección de los derechos fundamentales⁶²¹. En otras palabras, un enfoque contemporáneo, flexible, de la doctrina de la relación jurídico-administrativa comprendería este tipo de interacciones, que facilite su integración sistemática en el ordenamiento jurídico⁶²². En este enfoque, como se ha justificado a lo largo de este trabajo, son relevantes diversos tipos de «contactos» de la Administración, y no solo aquellos que implican actuaciones de intervención (originados en actos administrativos) o en donde son claros los intereses bilaterales contrapuestos o concurrentes (con causa en contratos administrativos).

En especial, en el ámbito ambiental, la transformación o aparición de una nueva forma de relación entre la Administración y la ciudadanía basada en una tendencial igualdad se hace más evidente, porque como se expuso anteriormente, el Estado ha perdido el monopolio de la información que ha implicado el avanzado desarrollo tecnológico en manos de los sectores privados. La imposibilidad del manejo exclusivo sobre tal desarrollo, sobre todo de los riesgos que implica, ha resaltado la importancia del intercambio de información en que el que se reconoce en la sociedad una fuente valiosa de conocimientos, sin la cual la Administración no puede actuar de forma racional y razonable⁶²³. En consecuencia, como lo destaca Tarrés

⁶²¹ Un Derecho Administrativo construido a partir de los aportes la ciudadanía, *ex parte civium*, en diálogo con la Administración y su prerrogativa pública (Von Bogdandy, 2013, pág. 321).

⁶²² Sobre este enfoque y en especial el cambio que debía surtirse en la relación Administración y ciudadanos, ya desde 1975, el profesor Nieto (1975, pág. 28) exponía sus ideas sobre el Derecho Administrativo español: “A nuestros efectos es suficiente con señalar aquí que lo más urgente es, por una parte, romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público, en cuya definición deben participar de alguna manera hábil los ciudadanos y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos, y no a la inversa. Mientras se considere que éstos son meros destinatarios del mismo, obligados sólo a tolerarlo (cuando no a padecerlo), será ilusorio pensar que pueden identificarse con el mismo. La verdadera tesis del presente trabajo es, pues, que el Derecho administrativo debe inspirarse en criterios distintos a los tradicionales, y tales nuevos criterios han de orientar todas y cada una de sus instituciones”.

⁶²³ Este nuevo papel de la Administración se explica a partir de los cambios que supone en la forma de gobernación la presencia de la gobernanza, esto es, una forma de gobernar más flexible y horizontal. El papel de la Administración es de gran importancia por cuanto es quien posibilita la interacción con la ciudadanía, la institucionalización de las estructuras o redes de gobernanza que se crean entre actores públicos y privados para mantener un diálogo sobre situaciones concretas. Cerrillo (2012, pág. 138) describe este nuevo rol: “los poderes públicos tienen gran importancia en el funcionamiento mismo de la red y en la articulación de las interacciones que en ella se dan asumiendo el papel de animación y, particularmente, coordinación de los diferentes actores de la red, de manera que las intervenciones públicas y privadas sean capaces de responder a las exigencias de complejidad, diferenciación y dinamicidad”. De una manera más gráfica, que resalta la relevancia de las estructuras de gobernanza en la toma de decisiones, Brugué, Gomà, & Subirats (2005, pág. 6) sostienen que: “lo que el gobierno debe hacer para gobernar sin recurrir a la autoridad es gestionar la red de forma que acabe gobernando a través de la influencia”. Sobre la importancia de la presencia institucional en los procesos de concertación, participación o gobernanza *Vid.* Ibarra Güell (2011, pág. 195).

Vives (2003, pág. 207), el Estado deja de tener el papel de actor principal, y no puede asumir un control y vigilancia permanente porque es sencillamente imposible, “en cambio, se necesita una alta capacidad de diálogo, de reflexión, para lograr que los intereses privados y sociales confluyan, y es en esta dialéctica donde el Estado encuentra hoy su función”.

En este contexto complejo por la variedad de actores, intereses y temas objeto de negociación, se crean relaciones jurídicas basadas en la concertación informal, en las que la Administración actúa conforme al nivel intermedio de responsabilidad ya referido, a través de mecanismos de intermediación y concertación. Tal como se expuso en la primera parte de esta investigación, en el Estado Social de Derecho las relaciones de la Administración no solo toman forma en la subordinación de los administrados al poder público, éstas se transforman en parte al otorgar a los ciudadanos la posibilidad de entablar relaciones con la Administración a partir de fórmulas cooperativas⁶²⁴.

La posición jurídica del ciudadano como titular de derechos fundamentales, siguiendo al profesor García de Enterría (1989, pág. 55) permite transformar toda concepción clásica de relación de superioridad de la Administración, basada en el monopolio de la decisión sobre el interés general, dado que, como afirma el profesor García de Enterría, el interés general cede frente a los derechos fundamentales, así con ellos se persiga un interés particular⁶²⁵. Complementa este renovado enfoque sobre la identificación del interés general, el surgimiento de una manera de asumir la legitimidad de la actividad administrativa a partir de

⁶²⁴ La transformación que se presenta en las constituciones modernas en lo que respecta a la posición de los ciudadanos frente a la Administración, exige matizar la noción clásica de relación jurídico-pública por lo menos en dos sentidos: “... en primer lugar, debe matizarse porque en el orden jurídico-constitucional, Estado y ciudadano están sometidos al Derecho. En segundo lugar, esta afirmación se ha de complementar con la posición subjetiva del ciudadano en sus relaciones con la Administración, lo que ha permitido reformular la categoría de las relaciones jurídico-públicas desde una perspectiva igualadora, donde el administrado adquiere la naturaleza de ciudadano con base en los derechos fundamentales de los que es titular y en el principio *favor libertatis*” (Agudo, 2011a, pág. 25-26). En todo caso el profesor Agudo aclara que no puede generalizarse que la posición de igualdad sea lo que define la relación jurídico-pública, por tanto con su afirmación, no desconoce las relaciones en las que la Administración actúa unilateralmente en ejercicio de su poder.

⁶²⁵ En igual sentido el profesor Parejo (2011, pág. 36) destaca que incluso el interés general o público no es en la actualidad una categoría unívoca: “sigue existiendo un único interés general, pero la descentralización del poder público es tal que se genera una diversificación de los puntos de vista acerca de aquel interés público. Con lo que en realidad existe una pluralidad de intereses públicos (el local, el autonómico, el sectorial etc.). Esto es, ha entrado en crisis la noción del interés público como categoría clara y contrapuesta al interés privado, no es fácil distinguir con claridad. La interpenetración entre el Estado y la sociedad ha relativizado ese concepto, con lo cual se asume con normalidad que para satisfacer el interés público la Administración ha de cooperar con los intereses privados”.

la participación ciudadana⁶²⁶ y un rol distinto de la Administración, que si bien mantiene su posición de superioridad en tanto actúa como garante del cumplimiento de los fines constitucionales, asume formas de promoción de la participación, deliberación y concertación en la toma de decisiones⁶²⁷.

Estos nuevos roles en el tipo administrativo bajo estudio, se evidencian claramente en el ámbito ambiental cuando las autoridades a través de las directrices políticas resaltan la necesidad de gestionar los asuntos públicos con la colaboración de los particulares, como condición imprescindible para alcanzar eficazmente el logro del fin de protección ambiental⁶²⁸. Dentro de este marco ha de considerarse que una nueva teoría de la relación jurídico-administrativa reevalúa el concepto de bilateralidad, según el cual en las relaciones se encuentran bien definidos los dos sujetos participantes (Administración y administrado), a quienes corresponden intereses precisos y contrapuestos⁶²⁹. En su lugar, se reconoce la presencia de diversidad de formas de interrelación de la Administración con la ciudadanía, que evidencian multitud de intereses, que no siempre están en contradicción.

Al respecto, el profesor Parejo (2011, pág. 36) explica el aludido cambio en la relación de la Administración y los ciudadanos, considerando que no es cierto que exista una forma unívoca de relación en donde la Administración ostenta una posición de superioridad:

Las Constituciones han definido una posición del ciudadano que cabría calificar de “fundamental” y que se concreta en los derechos y las libertades reconocidos por las propias normas fundamentales. De ahí que las posiciones respectivas de Administración y ciudadanos varían y son distintas según los ámbitos en los que la relación entre ambos sujetos se materialice.

⁶²⁶ Al respecto: *Vid.* 2.B.I. Mescheriakoff (1990); Ponce (2011); y Porras Nadales (2014).

⁶²⁷ Este nuevo enfoque de la actividad administrativa se aviene bien con el llamado Estado garante (Esteve Pardo, 2007; 2014b; Muñoz Machado, 2012).

⁶²⁸ Sobre este tema en particular se trató en el acápite anterior y se volverá más adelante en el estudio de caso sobre los acuerdos de producción más limpia en el ordenamiento colombiano.

⁶²⁹ Sobre el tema, Sánchez Morón (1980, pág.98) ya desde los años 80 se pronunciaba sobre el anacronismo del Derecho para adoptar la nueva ideología del Estado social y democrático de Derecho: “Precisamente ante las insuficiencias de las técnicas jurídicas lógico-formales, el Derecho administrativo como método de análisis de las instituciones se sociologiza y se politiza. Lo que importa son los intereses reales existentes en la sociedad que, en su parte más trascendente, son hoy intereses colectivos. Importa al Derecho administrativo hallar fórmulas de protección de los mismos mediante su inclusión articulada en el juego de las instituciones. La atención se centra en los modos de expresión institucional de estos intereses diversificados. Pero ocurre que también estas formas institucionales se diversifican por el mismo carácter de los intereses a los que intentan ofrecer una expresión. La pluralización social y su reflejo jurídico positivo impiden continuar dividiendo los intereses en dos bloques separados, el interés general y los intereses individuales”.

Prosigue el profesor Parejo (2011, pág. 37) afirmando que se originan “nuevos deberes” de la Administración como los dirigidos a la información, asesoramiento, recomendación etc. y como contrapartida, para la ciudadanía se hace relevante el ejercicio de una serie de derechos “procedimentales” que se concretan en la participación, intervención, iniciativa, reclamación etc., conjuntamente con deberes de diverso alcance.

Enfatizando, el ciudadano, como parte de la relación jurídico-administrativa, pasa de ser un “administrado” sujeto a los deberes que se desprenden de la relación bilateral con la Administración, a un ciudadano que goza de una serie de derechos que refuerzan su posición y que, por tanto, le permiten adquirir diversos roles activos según sea el tipo de actividad de la cual se desprende la relación jurídico-administrativa⁶³⁰. El ciudadano se transforma en un interlocutor idóneo que, por sus conocimientos y su incidencia social, es un sujeto importante para asegurar el cumplimiento de las acciones que proyecta la Administración y legitimar la actuación administrativa⁶³¹.

De acuerdo con este enfoque de la teoría de la relación jurídico-administrativa, se presenta una nueva perspectiva de la posición subjetiva que en general se le otorga al ciudadano en todo tipo de actividad que emplee procesos participativos y que amplía el análisis sobre los derechos y las obligaciones de los actores directamente vinculados en una relación jurídico-administrativa, que bien puede nacer de una actuación informal de concertación. Adicionalmente, en los asuntos ambientales, por la clase del fin constitucional que involucra, los ciudadanos ostentan, al igual que la Administración, una posición de garante y, en tal sentido, asumen como un derecho la oportunidad de intervenir en las diferentes decisiones

⁶³⁰ La ciudadanía se ejerce entonces en un espacio democrático distinto al meramente representativo y más hacia espacios deliberativos: “la propuesta deliberativa implicaría la ampliación de las bases de participación de los ciudadanos, propiciando espacios de debate directo, público e institucionalizado, a través de foros, asambleas y organizaciones, con la aspiración de regular la sociedad” (Díaz del Castillo, 2013, pág. 80). En igual sentido Ibarra Güell (2011, pág. 89) y (Steele, 2001).

⁶³¹ Por ejemplo en el caso del desarrollo y la complejidad técnica, Esteve Pardo (1999, pág. 66) resalta la necesidad de la colaboración de los particulares en la actividad administrativa: “... la explicación global del fenómeno hay que buscarla en la incapacidad material de una Administración pública desbordada por el desarrollo tecnológico. Y no ya sólo por su amplitud sino, sobre todo por la complejidad que registra en muchos frentes y que exige para su control una especial capacitación y unos específicos conocimientos que no concurren de ordinario ni en el personal ni en los medios de los que la Administración dispone, al menos para controlar con ellos toda la actividad y sus repercusiones ambientales. Dado que el desarrollo tecnológico y su aplicación se produce mayoritariamente en el ámbito privado y que está alcanzando allí un alto nivel de complejidad y especialización, la única fórmula eficaz de control es la que recaba la colaboración para estas funciones de las empresas y sujetos privados que operan en esos sectores avanzados y disponen de los conocimientos y la tecnología necesarios”.

que pueden afectarlo⁶³². Este derecho a intervenir en los procesos decisorios se concreta en un derecho procedimental (Parejo, 2011, pág. 37) **que, a su vez, permite a los ciudadanos reivindicar y hacer valer en los citados procesos, otra diversidad de derechos⁶³³, que en conjunto constituirían los “elementos jurídicos” o los derechos y deberes de los participantes que en últimas, definirán las reglas jurídicas con base en las cuáles se deberán establecer los efectos de la relación jurídico pública entablada.**

Por lo anterior, debe aclararse que de la relación jurídico-administrativa no solamente se desprende un derecho procedimental a intervenir en procesos decisorios o un derecho a participar, en realidad, nacen un conjunto de derechos procedimentales a favor de los ciudadanos como un conjunto de deberes correlativos de la Administración. Así, Schmidt Assmann (2003, pág. 337) plantea ciertos deberes de la Administración en las etapas previas de concertación, tales como la amplia información y documentación a los terceros interesados y la ampliación de mecanismos de participación, con esto afirma “La acción informal no tiene por qué equivaler a una acción secreta”⁶³⁴. La garantía de estos derechos viene a integrar el conjunto de parámetros o normas de conducta que sujetan la actividad administrativa.

En este punto, se resalta que la estrecha relación entre el fin constitucional de protección ambiental y el de la promoción de la participación ciudadana a partir de la cual se desprenden un conjunto de derechos, innova la fórmula bilateral de la relación jurídico-pública, concibiendo la posibilidad de relaciones plurales o multilaterales. En efecto, como se ha sostenido en este trabajo, dada su dimensión compleja, la discusión sobre lo ambiental es algo que en cualquier ámbito que se presente desencadena una variedad de intereses (individuales y colectivos) que habilita la intervención de los ciudadanos como titulares de derechos que exigen ser protegidos.

⁶³² Tal como se expuso de manera precedente, en el derecho constitucional colombiano, el artículo 8 de la Carta radica en cabeza del Estado y los particulares el deber de velar por la protección de las riquezas naturales de la nación, lo que ha promovido en la ciudadanía el interés de intervenir en los procesos decisorios ambientales. En igual sentido lo ha reconocido la Corte Constitucional, en fallos hito como la Sentencia C-126 de 1998.

⁶³³ En este caso los ciudadanos no solo acuden a los procesos decisorios solamente a hacer valer un derecho procedimental a intervenir, o mejor a participar en las decisiones que puedan afectarlos, sino que a través del ejercicio de este derecho, exigen o cooperan para que sean tomadas decisiones que ayuden a garantizar otros derechos, como por ejemplo, el derecho a un ambiente sano o adecuado.

⁶³⁴ La doctrina alemana se ha ocupado de este tema haciendo énfasis en las negociaciones previas al procedimiento administrativo y en las actuaciones informales identificando los “peligros” de desatender los derechos de terceros que debieron tenerse en cuenta (Hoffman Riem, 1993; Shulze Fielitz, 1993; Lübbe Wolf, 1993). Sobre este tema se volverá en la última parte de este capítulo sobre los parámetros del procedimiento administrativo que debe seguir la actuación informal de concertación.

Por consiguiente, la relación jurídico-administrativa que se entabla en el marco de la actuación informal de concertación de asuntos ambientales, llevará consigo la posibilidad de surgir como relación multilateral, esto es porque convoca a todos los sujetos con interés en el proceso de concertación desde sus inicios, tal como puede desprenderse de un adecuado espacio, red o estructura de gobernanza⁶³⁵, o porque naciendo bilateral, se transforma dada la exigencia de intervención por parte de terceros que reclaman su derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlos⁶³⁶.

En síntesis, **a la luz de una versión renovada de la teoría de la relación jurídico-administrativa, la actuación informal de concertación tiene efectos jurídicos, en tanto ésta debe observar las reglas particulares que emanan del cumplimiento de los fines constitucionales que persigue, y las que rigen los derechos y deberes que surgen en su interior y, por tanto, no requiere una forma jurídica, como el acto o el contrato, para que sea reconocida su existencia e implicaciones jurídicas**⁶³⁷. Lo dicho hasta aquí lleva a reflexionar sobre los criterios o parámetros jurídicos que deben fundamentar la actuación de concertación informal de la Administración, como pasa a hacerse en el siguiente acápite.

⁶³⁵ *Vid.* Cap. 2. A.

⁶³⁶ Sobre el tema se volverá más adelante al final de este capítulo en lo referente al principio de participación.

⁶³⁷ En el caso de las relaciones surgidas en virtud de una actuación informal de concertación en asuntos ambientales, por lo menos las que son objeto análisis en este trabajo, responden como se ha visto a los fines constitucionales de protección del ambiente y promoción de la participación ciudadana, que a la luz del ordenamiento constitucional colombiano e internacional son reconocidos como derechos colectivo y fundamental respectivamente. En el ámbito internacional, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en el artículo 25 el derecho de todos los ciudadanos gozarán sin ninguna restricción de “Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. De igual manera, la Constitución Política de Colombia, en el art.2 consigna como un fin esencial “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”. Y el artículo 40, reconoce el Derecho fundamental a la participación, como el derecho Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

IV. PARÁMETROS DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

Como se ha venido indicando, las relaciones jurídico-administrativas que surgen de una actuación informal de concertación no tienen respaldo en una normativa especial que indique las reglas por las cuales se tramita el diálogo y se llega a la construcción de acuerdos, aunque si establecen la competencia general de la Administración y la finalidad que persigue. La teoría de la gobernanza enseña que los diferentes actores que participan en una red o estructura que se conforma para participar en procesos de toma de decisión, construyen sus propias reglas de diálogo (Cerrillo, 2012, pág. 138; Del Campo, 2012, págs. 198-199).

En tal sentido, la gobernanza permite ampliar el análisis jurídico sobre las relaciones presentes en la actuación informal de concertación. Tal como se trató anteriormente, a través de la gobernanza, al integrar el concepto de «reparto de responsabilidades» (Schmidt Assmann, 2012, pág. 49), es posible definir la distribución que todos los actores (públicos y privados) hacen de sus funciones en los espacios de concertación o deliberación. Este enfoque sobre la diversidad de actores, intereses y funciones presentes en procesos participativos, amplía la percepción jurídica tanto del monopolio de la decisión sobre el contenido del interés general por parte de la Administración, como de la función de la Ley de protección de los derechos individuales en el procedimiento administrativo (Ruffert, 2007, pág. 47).

Por medio de la gobernanza como un concepto-clave que pone de relieve la existencia de nuevas realidades sobre la interdependencia entre la Administración y los ciudadanos en la toma de decisiones, es posible identificar una variedad de tipos de dirección que adoptan los actores públicos para desarrollar su función. Tal constatación requiere un esfuerzo en la investigación de casos reales, dado que ante tal multiplicidad es inútil establecer una especie de “tipologías de formas de dirección”⁶³⁸. Un ejemplo de ello es el estudio de casos de las actuaciones informales de concertación en materia ambiental que se realizó páginas atrás. En éstas la intensidad de la dirección adoptada por la Administración cambia dependiendo de los

⁶³⁸ La necesidad de estudios prácticos enfocados en la realidad de las relaciones de la Administración y los ciudadanos es una de las recomendaciones de la escuela de la *nueva ciencia jurídico-pública* como forma para el avance de la investigación dogmático-administrativa (Ruffert, 2007; Hoffmann Riem, 2007; Schmidt Assmann, 2012).

finos propuestos y el reparto de responsabilidades con los actores privados. Por ejemplo, en la formación de una Guía Técnica Ambiental, la Administración tendrá menos presencia en la coordinación del proceso de diálogo, a diferencia de su participación más directiva en la concertación de Convenios de Producción Más Limpia o de Consulta Previa⁶³⁹.

La indiferencia de los estudiosos del Derecho ante la realidad de la práctica administrativa que se cumple de manera alterna al modelo tradicional de ejecución de la Ley, niega las diferentes variables que condicionan la eficacia de la acción pública. Como se ha reiterado en este trabajo, en especial en el Derecho Ambiental, es innegable la influencia que el discurso político ha ejercido en la promoción de una intensa participación ciudadana en todos los niveles de decisión, como condición de la eficacia de la gestión de los riesgos y la crisis ecológica.

Frente a la doctrina tradicional, debe reiterarse que la falta de una reglamentación específica de los procesos consultivos o de concertación que diariamente asume la Administración no es una práctica poco usual o ilegal, al contrario, hace parte de su actividad cotidiana⁶⁴⁰. Téngase en cuenta que en el marco del Estado Social de Derecho, fundado en la promoción y garantía de la participación ciudadana, la informalidad en las reglas o pasos para llegar a acuerdos no es tratada como ilegal, siempre que no atente contra el ordenamiento jurídico y que se sigan los parámetros de la legitimidad democrática⁶⁴¹.

Efectivamente, gran parte de las decisiones que adopta la Administración se apoyan en procesos consultivos o de concertación que no necesariamente están incluidos de forma

⁶³⁹ Como se constata en el Capítulo 4, tanto en Colombia como en España en los procesos de elaboración de guías MTD o ambientales se desarrolla preeminente en la discusión entre empresarios y expertos en espacios dispuestos institucionalmente, donde la Administración extrae los conocimientos necesarios para validar recomendaciones técnicas y luego publicarlas con el respaldo institucional, incluso sin hacer presencia durante todo el proceso participativo.

⁶⁴⁰ “Las reglas informales pueden situarse dentro de las instituciones formales. La acción informal dentro de las instituciones formales democráticas facilita a los actores la posibilidad de combinar el uso de disposiciones informales (exclusión de *outsiders*, certeza en las expectativas, y grados elevados de flexibilidad en la toma de decisiones) e instituciones formales (legitimidad democrática). Finalmente, la tensión entre unas y otras instituciones puede resolverse en la medida en que se creen nuevas reglas formales que satisfagan en mayor medida las necesidades y los intereses de los actores relevantes” (Del Campo, 2012, pág. 205).

⁶⁴¹ Nos referimos a la aceptación del poder político democráticamente elegido y aceptado por sus destinatarios. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, la legitimación está basada en la actuación de las autoridades dentro de los límites de la legalidad que prevé su forma de elección y ejercicio del poder (Schmidt Assmann, 1993; Quesada, 2002). En consecuencia, “la comunidad política acepta la existencia de la administración por virtud del carácter democrático ya que el poder de la administración es reconocido como el reflejo del poder del pueblo” (Velasco, 2011, pág. 83).

detallada en normas preexistentes y, que, por su dinámica, han correspondido más al campo de estudio de las ciencias políticas que del Derecho. Pueden tomarse como ejemplo, las discusiones en los órganos corporativos administrativos dentro del giro ordinario de sus funciones o la concertación que el ejecutivo lleva a cabo con las diferentes fuerzas sociales para formular o alcanzar los objetivos establecidos en una política pública, o para lograr la aprobación de un proyecto de Ley en el parlamento. En los ejemplos citados, tradicionalmente la concertación se desarrolla en el marco de la legitimidad democrática de la que goza la Administración; las normas jurídicas actúan como límites generales y no a la manera de un proceso formalizado en el que todas las etapas se encuentran íntegramente regladas.

La cuestión sobre la informalidad en los procesos de concertación se torna interesante cuando éstos responden a formas novedosas de actuación de la Administración que no se surten en los espacios reglados de participación política o ciudadana y, por medio de las cuales, se adoptan decisiones que persiguen efectos jurídicos directos, sin recurrir a su formalización mediante un reglamento o acto administrativo. Esta constatación pone en evidencia el problema jurídico de la adaptación de la actuación informal de concertación a la legalidad de la actividad administrativa, en salvaguarda de los derechos de todos los interesados y afectados. En otras palabras, si la actuación informal de concertación cumple con los requerimientos de la lógica interna del ordenamiento jurídico en tanto respeta las fuentes válidas del Derecho y, por tanto, si la actuación de la Administración puede considerarse como racional⁶⁴².

Si bien la actuación informal de concertación *per se* no es asumida como una vía de hecho o ilegal, la falta de su encaje en el sistema del Derecho Administrativo, la hace más proclive a generar conductas violatorias de garantías y derechos. En realidad, uno de los errores de la doctrina formalista sobre este tipo de actuaciones es considerarlas insignificantes, sin

⁶⁴² Por decisión racional se entiende que: “Las fuentes del derecho (*F*) han sido usadas en la forma establecida por las reglas de interpretación jurídica. Esto significa que no se han violado las pautas de categorización de las fuentes del derecho, que se han seguido las pautas de prioridad de las fuentes del derecho y que, por ejemplo, no se ha violado la prohibición de la analogía” (Aarnio, 1991, pág. 237). En el caso de la actuación informal ha quedado claro en este trabajo que su fuente es la Ley, de la que se deriva una habilitación general o competencia especial –por ejemplo en el caso de la concertación ambiental en Colombia- con lo cual no se viola el principio de jerarquía normativa ni el de competencia según lo exige la definición citada. Por ahora aquí se emplea el concepto de racionalidad jurídica de acuerdo con el paradigma tradicional jurídico- positivista, más adelante debido a los planteamientos que se harán sobre la crisis de la Ley, es más ajustado hablar de una vinculación a la racionalidad teleológica (Aarnio, 1991, pág. 240) para referirse a la actuación informal de concertación.

relevancia y, por tanto, sin un control especial, actitud que conlleva a que, en muchos casos, tanto la Administración como los ciudadanos participantes no asuman el rigor que la Constitución y la Ley impone a toda actividad que involucra el interés público.

Esta percepción de la actuación informal ha facilitado que se generen dudas sobre su vinculación a la Ley. Una reflexión sobre el tema, como se pretende aquí, sugiere el reconocimiento jurídico de la informalidad sin limitar sus bondades en materia de flexibilidad y creatividad para propiciar espacios deliberativos, confirmando certidumbre sobre sus fundamentos teóricos y de Derecho positivo. Bajo estas condiciones debe considerarse que la actuación informal no se ajusta a la idea tradicional de la Administración como ejecutora de la Ley, manifestación tanto de los principios clásicos de legalidad y de separación de poderes (Agudo, 2011a, pág. 27), como de la legitimidad formal de la actividad administrativa (Ponce, 2010, pág. 91).

1. VINCULACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Si bien los principios clásicos de legalidad y de separación de poderes fundamentaron los pilares del Estado de Derecho, con base en que “toda actuación singular del poder tenga que estar cubierta por una Ley previa” y “el ejecutivo se designa así porque justamente su misión es «ejecutar» la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos” (García de Enterría & Fernández, 2008, pág. 415), en la actualidad la contundencia de tales principios es re-examinada a partir de una nueva realidad socio-política y práctica del Derecho Administrativo en la que, sin duda, cabe una reflexión más profunda de la actuación informal y su juridicidad.

En efecto, la doctrina ha llamado la atención sobre la imposibilidad práctica de sostener de manera absoluta la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la Ley como aplicación ideal del principio de legalidad a su actividad⁶⁴³. Entre los argumentos que

⁶⁴³ Como es bastante conocido, se entiende por vinculación positiva a la Ley, que la Administración puede realizar todo aquello que esté expresamente permitido por la Ley, siendo por tanto proscrita su actividad cuando esta carezca de disposición legal previa. Sobre el tema existe una extensa doctrina clásica que explica su origen en las ideas políticas de la Revolución Francesa y en especial su consagración en La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art.5). Como ilustración en el tema ver: García de Enterría (1994, págs. 127-128); y el artículo de Beladéz (2000). El ordenamiento colombiano heredó del Derecho francés esta teoría

sustentan esta posición se encuentran: el desarrollo de una potestad normativa de la Administración⁶⁴⁴ y las diferentes cuestiones que se han reunido bajo el título de «crisis de la Ley» (Laporta, 1999; 2007)⁶⁴⁵, tales como: un excesivo protagonismo de la Constitución sobre la Ley⁶⁴⁶; detrimento de la legitimidad⁶⁴⁷ y de la eficacia de la legislación⁶⁴⁸; y la

por lo menos hasta la reforma constitucional de 1991 (Santofimio, 1996, págs. 381-382; Dueñas, 1997, págs. 43-45; Malagón, 2005, pág. 173).

⁶⁴⁴ Sobre la potestad normativa o poder normativo de la Administración, García de Enterría y Fernández (2008, pág. 416) explican: “la administración ya no se presenta, en los términos originarios de la división de poderes, como una simple instancia de ejecución de normas heterónoma, sino que es a la vez, en mayor o menor medida, fuente de normas autónomas (en el sentido que tienen origen en ella misma). En el mismo sentido, Laporta (1999, pág. 324). Sobre la potestad normativa de la Administración en el ordenamiento colombiano, Santaella (2014, págs. 93-95) destaca la diversidad de disposiciones constitucionales que la fundamentan, siendo los reglamentos ejecutivos o *secundum legem* (art. 189, núm. 11 C.P.) solo una de las categorías de reglamentos reconocidos en la Carta: así, “la pluralidad de formas que admite el reglamento en Colombia se desprende no solo de la previsión explícita del *género reglamento* por los artículos 122 y 123 de la *Ley fundamental*, en los que de manera gnérica se establece la vinculación de la administración y de los servidores públicos a la Constitución, la Ley y el reglamento, y por tanto se da vía libre a esta categoría general como parte del sistema de fuentes; es también consecuencia de las múltiples referencias constitucionales a distintas clases de reglamentos a cargo de diversos órganos estatales... Al definir cada vez más límites y condicionantes a la competencia normativa de la Ley, la Constitución pone de relieve tanto la normalidad como la importancia de la colaboración internormativa Ley-reglamento para la sociedad y el funcionamiento del aparato público a día de hoy”. Desde una visión más crítica, el profesor Quinche (2009, pág. 15) sostiene que la potestad normativa de la Administración ha sido usada como un mecanismo de “elusión constitucional” que consiste en “adoptar un texto normativo concreto (usualmente un decreto reglamentario o cualquier otra clase de decreto de contenido administrativo, un acto legislativo o un acuerdo simplificado) y usarlo de modo tal, que se contengan dentro él enunciados que logran escapar al control constitucional, con lo cual resultan entronizados los meros actos de poder”.

⁶⁴⁵ En el ordenamiento colombiano, el profesor Quinche (2012, págs. 47-48) sostiene la fragmentación del principio de legalidad en cuatro sentidos: “erosión del legicentrismo”; “el retorno a la justicia material, por la aplicación de los principios jurídicos y la jurisdicción de equidad”; “Constitucionalización de la legalidad”; y, “los procesos de internacionalización del derecho legal y del derecho constitucional”.

⁶⁴⁶ Laporta (1999, pág. 322) explica que este es uno de los fenómenos que manifiestan la crisis: “Por lo que respecta a la crisis de la Ley, ésta se ha producido porque el parámetro constitucional de control ha adquirido un protagonismo nuevo. Se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido desplazadas a un segundo plano y la validez misma de las leyes ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre”. Sobre el tema: Zagrebelsky (1997, pág. 34); García de Enterría (1999, pág. 40); Guastini (2003, págs. 49-57); y Ferrajoli (2003, pág. 19).

⁶⁴⁷ “Lo problemático, sin embargo, es que la crisis de la Ley no proviene sobre todo de que podamos afirmar desde la teoría de la elección colectiva que el órgano de decisión no es capaz de acometer el proceso racional de componer las aspiraciones individuales, sino de dos circunstancias, una más política y otra más jurídica, que han adquirido en estos últimos años una particular intensidad. En primer lugar la fortísima deslegitimación a que han sido sometidas las asambleas legislativas ante la opinión pública mediante esa literatura que tan bien se ha vendido sobre la oligarquización de las organizaciones políticas, el irremediable sectarismo de los partidos, la moralidad de los políticos y todas esas cosas. En segundo lugar el hecho de que el producto característico de las asambleas legislativas, es decir, la Ley, ha llegado a perderse en una selva de normas jurídicas de una fuerza y un ámbito de validez equivalentes al de ella y que, sin embargo, no son producidas por ese órgano legislativo” (Laporta, 1999, págs. 323-324).

⁶⁴⁸ “Aquí la crisis de la Ley no proviene tanto de su subordinación a un parámetro normativo superior como, por un lado, de la pérdida de importancia en su función reguladora, de su irrelevancia como pauta de guía de la conducta y de resolución de conflictos” (Laporta, 1999, pág. 324). En los mismos términos, Fernández (2006, pág. 570-571) destaca los fenómenos de inestabilidad, fugacidad, yuxtaposición desordenada de materias, fragmentación de materias, deficiencias de claridad y precisión e incoherencia de la Ley como parte de su pérdida de función reguladora.

perdida de la generalidad y abstracción de la Ley, que más allá del uso “instrumental” de ésta (Laporta, 1999, pág. 322)⁶⁴⁹, comprende también su debilidad para determinar el comportamiento de la Administración (Agudo, 2011a, pág. 27)⁶⁵⁰.

De acuerdo con esta última cuestión, en la actualidad la Ley se caracteriza por contener disposiciones que dirigen de manera general la función administrativa hacia la realización de los fines estatales, dejando un amplio margen de actuación a la Administración para su concreción (Arroyo, 2009, pág. 27; Barnés, 2014b, pág. 503). En el Derecho colombiano esta situación se ha puesto de presente en muchos casos en los que la Ley prefiere entregar a la potestad reglamentaria amplios temas de importancia para el país, reservándose algunas cláusulas programáticas con escasa, o nula, mención a las formas de actuación o a los procedimientos que deben seguirse⁶⁵¹. Un claro ejemplo de lo anterior se halla en las leyes, ya citadas en este trabajo, que otorgan competencias generales a las autoridades para concertar asuntos relacionados con la protección ambiental y que, se considera, son el fundamento legal del desarrollo de la actuación informal de concertación.

⁶⁴⁹ “Lo que aquí puede subrayarse es que se abandona el tipo de racionalidad que acabamos de ver en nombre de otro tipo de racionalidad, en concreto la racionalidad que se llama típicamente racionalidad instrumental. La idea que subyace a esta novedad es que el legislador puede usar el mecanismo de la Ley como un instrumento, una herramienta, un medio para conseguir, no un fin general o de alcance general, sino un fin concreto: instalar un parque de atracciones, enfrentar una catástrofe, liberar a unos presos, y cosas similares” (Laporta, 1999, pág. 325). Estos casos han sido llamados por la doctrina como leyes singulares o leyes de caso único (Ariño, 1989). En Colombia se ha concretado por ejemplo en la expedición de leyes de reconocimiento de honores o que declaran monumentos nacionales (Santaella, 2014, pág. 90).

⁶⁵⁰ Esta debilidad de la Ley también puede expresarse en términos de falta de *precisión material*: “aquí de lo que se trata es de que la Ley disponga de una suficiente precisión programadora con vistas al destinatario de la norma” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 206).

⁶⁵¹ Como es sabido, en la versión decimonónica de la Ley, ésta se caracteriza por reglar de manera estricta las materias bajo su alcance dejando poco espacio a la Administración debido a un mayor número de reglas de conducta que programan su actuación. En el Estado contemporáneo esta configuración de las leyes se ha transformado para dar paso a una técnica legislativa con menos densidad, en el entendido que se prefieren normas más *finalísticas*, que en unos casos establecen objetivos a la Administración otorgándole libertad en el procedimiento y, en otros al contrario, disponen los objetivos con una regulación de la organización y del procedimiento para su obtención. Al respecto, es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los eventos de expedición de leyes marco, en las que previamente la Constitución limitó la actividad legislativa: “Mediante la Ley marco se establecen apenas las directrices, posteriormente desarrolladas por el Gobierno a través de decretos administrativos, el Congreso no puede, al dictar una Ley en las materias dichas, vaciar de contenido la atribución que la Constitución confía al Presidente de la República y, por tanto, le está vedado establecer ella misma y de modo absoluto todos los elementos de la regulación. En esa regulación, debe existir siempre un margen, disponible para el Ejecutivo, que le permita, sin desbordar los lineamientos legales, adaptar las disposiciones aplicables a las sucesivas coyunturas que se presenten dentro de la vigencia de la Ley marco” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-196 de 1998, 1998). Ver también: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-725 de 2000; y Sentencia C-894 de 2006).

En estos últimos casos, dado el margen de discrecionalidad otorgado por la Ley⁶⁵², la Administración decide emplear actuaciones informales, como medio más apropiado en situaciones particulares para alcanzar el fin constitucional involucrado. Esta forma de actuar administrativo ha alcanzado reconocimiento jurisprudencial por el Consejo de Estado, quien recientemente ha cambiado su jurisprudencia tradicional del control restringido de los actos administrativos⁶⁵³ y, en su lugar, ha reconocido que la Administración con base en sus competencias puede proferir actos distintos como expresión de su función que pueden ser objeto de control judicial, en los que incluye la actuación informal a la que se refiere como *soft law*⁶⁵⁴.

Como se puede apreciar, existen suficientes argumentos que hacen discutible la actualidad de una vinculación positiva a la legalidad de toda la actividad administrativa, por lo menos en su versión clásica. Ahora bien, es igualmente debatible sostener la prevalencia de la también clásica teoría de la vinculación negativa a la legalidad, dado que según esta teoría en su versión más radical, la Administración estaría habilitada para llevar acabo todo aquello que no le esté expresamente prohibido (García de Enterría & Fernández, 2008, pág. 419)⁶⁵⁵. Esta

⁶⁵² Sobre la discrecionalidad de la Administración a propósito de la legislación ambiental que permite la concertación informal, son pertinentes las consideraciones de Díez Sastre (2008, pág. 284): “El grado de densidad normativa existente en una materia determina la apertura de un mayor o menor margen de decisión discrecional de la Administración. En este sentido, la Administración decide discrecionalmente cuando varias soluciones son jurídicamente posibles. Con una formulación más general, puede decirse que los decisores de un sistema jurídico ejercen cierta discrecionalidad cuando no existe un número improporcionado de reglas que impongan una gran densidad de regulación sustantiva sobre su actuación”.

⁶⁵³ En tanto su capacidad para producir efectos externos como crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Al respecto, en la doctrina tradicional del Consejo de Estado de Colombia se admitía, por ejemplo, que las circulares no tenían efectos jurídicos externos en tanto “bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados” (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera del 3 de febrero de 2000, radicado: 52361). En el mismo sentido puede consultarse la Sentencia de la Sección Tercera de 20 de febrero de 2008 (Consejo de Estado de Colombia, 2008) en la que se cita un importante precedente en esta materia.

⁶⁵⁴ Al respecto se citan los dos fallos que el Consejo de Estado de Colombia ha proferido en los casos del control de nulidad de las circulares administrativas (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, Radicado: 53301; y Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera del 18 de junio de 2015, radicado: 2011-00271-00).

⁶⁵⁵ El origen de esta teoría se encuentra en la justificación del poder del monarca frente al liberalismo impuesto por la Revolución de Francesa: “con ella pretendía justificarse un margen de libertad del monarca ante la Ley que el liberalismo originario o radical le negaba. Según propugnaban los defensores de esta tesis, el poder originario era el del monarca, por lo que la Constitución no era más que una concesión de éste (Constitución otorgada) en virtud de la cual autolimitaba su poder. De ahí que, al no ser esta norma más que un límite negativo al poder del Rey, se consideraba que todo aquello que no se reservara a la Ley era de su única competencia” (Beladiez, 2000, pág. 316).

teoría no está libre de críticas, sobre todo en ordenamientos administrativos con influencia del Derecho francés, como el colombiano, tanto por la idea de la vinculación expresa de la Administración al ordenamiento (Malagón, 2005, pág. 173; Santofimio, 2008, pág. 42), tanto por la violación del principio de competencia que rige la actuación pública, como por la incertidumbre del control sobre la discrecionalidad administrativa (Santaella, 2014, pág. 86).

A la versión matizada de la teoría de la vinculación negativa de la legalidad, se le emparenta con el principio de juridicidad concebido por Merkl. Según Merkl, no se trata de equiparar la vinculación de los particulares a la Ley con la relación de ésta con la Administración⁶⁵⁶, sino de ampliar tal relación: “si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica...” (Merkl, 1975, pág. 212). Por tanto, en la aplicación del principio de juridicidad a la actividad administrativa, la Ley solamente es una entre sus fuentes⁶⁵⁷.

Frente a la citada crisis de la Ley, independientemente del análisis de sus causas y consecuencias, tema que requeriría una investigación especial, interesa precisar que es justamente en la transformación de la relación de la Administración con el Derecho, en la que la actuación informal halla explicación a su vinculación a la legalidad, o mejor, al ordenamiento jurídico, sobre todo en el contexto colombiano. Así, en éste, pese a las raíces francesas del Derecho Administrativo, no puede defenderse la prevalencia de una u otra teoría clásica sobre la vinculación a la Ley⁶⁵⁸. En su lugar, la doctrina interna reciente apoyada en la

⁶⁵⁶ Si bien Merkl (1975, pág. 212) no hizo esta comparación, sí fue enfático en asegurar que una falsa interpretación del principio de juridicidad sería aquella que lo extiende “como expresión de la exigencia de que la administración debe de atenerse, en la medida de lo posible, al derecho vigente, y que no debe violarlo. Este principio es, en realidad, una Ley jurídico-teórica, sin excepciones, e inviolable”.

⁶⁵⁷ El principio de legalidad y juridicidad no son incompatibles: “ambos principios no están en oposición, pero se diferencian en diversos puntos. El principio de legalidad es un caso especial de aplicación del principio de juridicidad. La Ley no es más que una entre las fuentes jurídicas, la legalidad, por lo tanto, una juridicidad cualificada” (Merkl, 1975, pág. 215).

⁶⁵⁸ Al respecto, y en especial con base en el estudio de la potestad normativa de la Administración, Santaella (2014, pág. 102) precisa: “Ahora bien, que no se haya desligado por completo a la Administración de su sometimiento a la Ley no significa que la Constitución haya optado por un esquema de vinculación negativa a la legalidad. Del mismo modo que un esquema general de vinculación positiva se encuentra excluido por resultar incompatible con la Constitución y ser impracticable en la realidad cotidiana de la Administración y del Estado actual, un modelo de sujeción negativa a la Ley resultaría igualmente contrario a aquella”.

prevalencia de la Constitución⁶⁵⁹ y, sobre todo en la voluntad del constituyente de establecer tanto materias reservadas al legislador⁶⁶⁰, como asuntos que la Administración debe desarrollar directamente⁶⁶¹, sostiene una vinculación general al ordenamiento jurídico, esto es, una adaptación del principio de legalidad al Estado Constitucional de Derecho, que es más próximo al principio de juridicidad⁶⁶².

⁶⁵⁹ Sobre la preeminencia de la Constitución en el ordenamiento interno, y la debida interpretación del artículo 230 constitucional que proclama el “imperio de la Ley”, la Corte Constitucional ha unificado su precedente en tanto: “La definición de las reglas de derecho que aplican las autoridades administrativas y judiciales pasa un proceso interpretativo previo, en el que armoniza el mandato legal particular con el plexo de derechos, principios y valores constitucionales relacionados con el caso, junto con los principios rectores que ordenan la materia correspondiente” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 634 de 2011; Sentencia C-836 de 2001). Y sobre el principio de preeminencia de la Constitución: “En principio, las disposiciones del artículo 230 de la Constitución Política tienen como destinatarios a las autoridades del Poder Judicial, pero son reiteración de enunciados genéricos que sientan el principio de supremacía de la Constitución sobre la Ley y cualquiera otra norma (CP, art 4), la obligación para toda persona de cumplimiento de la Constitución y la Ley (CP, art 95, inc. 3) o la sujeción de todo servidor público a la Constitución, la Ley o el reglamento en el ejercicio de sus funciones (CP, art 123, inc. 2). En suma, la Constitución Política está disponiendo que, en el orden jurídico, la Ley ocupa el lugar preeminente del sistema de fuentes del derecho en todos los ámbitos de su aplicación, entendida en su acepción genérica y más comprensiva de derecho legislado y escrito, a cuya cabeza se halla la propia Constitución como Ley Superior” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 816 de 2011, 2011).

⁶⁶⁰ Como es el caso de las materias objeto de leyes estatutarias y las leyes orgánicas (art.151 y 152 C.P.). Sobre el asunto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-894 de 2006) ha concretado la potestad reglamentaria: “La Constitución Política de 1991 radica en el Congreso de la República una cláusula general de competencia para el desarrollo legislativo de todas aquellas materias que no han sido expresamente atribuidas a otros órganos del Estado. Pero, además, a partir de una estructura de distribución funcional entre las ramas del poder público y de la prelación de la Ley sobre el reglamento, establece también un principio de reserva legal para determinadas materias, con el fin de que ciertas decisiones normativas tengan rango de Ley (reserva material) y, en algunos casos estén, además, atadas indisolublemente a los procedimientos democráticos de elaboración de las leyes y con ello a la legitimidad que se deriva del pluralismo y de la representación popular que ostenta el legislador (reserva formal)”.

En el primer caso (reserva material), la función primaria de producción de la Ley corresponde al Congreso, aun cuando la Constitución permita, en determinadas condiciones, que dicha atribución sea trasladada al Presidente de la República para que, excepcionalmente, actúe como legislador extraordinario; la norma expedida en esas condiciones conserva su rango legal y, en todo caso, se garantiza la intervención del Congreso de la República en la definición precisa de las materias, límites y condiciones de la habilitación legislativa (art. 150, numeral 10 C.P.). En el segundo evento (reserva formal), la Constitución excluye la posibilidad de acudir al legislador extraordinario y exige la participación directa del Congreso como órgano máximo de deliberación política y de representación democrática, tal como ocurre con las leyes orgánicas, estatutarias y marco o cuando se pretende decretar impuestos o expedir códigos (ibídem).”

⁶⁶¹ Por ejemplo, aunque excepcionalmente, la Constitución establece reserva reglamentaria en las materias como: contratación del Gobierno (en todos los niveles) con empresas sin ánimo de lucro para promover programas de interés público (art. 355, párrafo 2, C.P.); la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro, y la determinación del número de notarios y oficinas de registro (art. 131, párrafo 3, C.P.); y, Acto Legislativo 04 de 2007, art. 4, Parágrafo transitorio 4º: “El Gobierno Nacional definirá unos criterios y transiciones en la aplicación de los resultados del último censo realizado, con el propósito de evitar los efectos negativos derivados de las variaciones de los datos censales en la distribución del Sistema General de Participaciones” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

⁶⁶² Esta posición es ilustrada por Santofimio (1996, pág. 381): “La legalidad de la función administrativa no significa necesaria inmediatez entre la Ley y la administración para su ejecución. Conforme a lo establecido en el artículo 121 constitucional, la función administrativa en Colombia obedece a la totalidad del ordenamiento jurídico de manera indistinta, esto es, a los valores y principios generales, la Constitución, la Ley el acto

Aunque se ha sostenido que esta forma de ver la vinculación de la Administración al Derecho es débil⁶⁶³, en el ámbito colombiano se entiende como una mejor manera de comprender la actividad administrativa en el orden constitucional actual. En tanto ésta asume la responsabilidad de cumplir los fines estatales emprendiendo una diversidad de tareas, que en nada se ajusta con un sujeto simple ejecutor de la Ley (Santaella, 2014, pág. 102) y que se aproxima más a una labor creativa (Agudo, 2011a, pág. 28) que enfatiza en criterios de eficacia⁶⁶⁴, como es el caso de las actuaciones informales.

De lo anterior se colige que la actuación informal de concertación en el ordenamiento interno se fundamenta en leyes generales con una clara programación finalística, y que en todo caso no pone en riesgo la racionalidad del sistema jurídico. Ello es así, dado que, además de corresponder a una racionalidad jurídico-positivista que cumple con el sistema de fuentes válido, cumple también con los presupuesto de una *racionalidad teleológica* que en este caso se presenta en tanto la actividad administrativa está subordinada a unos fines establecidos (Aarnio, 1991, pág. 291)⁶⁶⁵. Así la actuación de la Administración será racional siempre que los medios usados para su desarrollo sean idóneos para alcanzar los fines programados en el ordenamiento⁶⁶⁶.

administrativo y el reglamento, todo un bloque de legalidad en donde la Ley es tan solo uno de los elementos de sujeción”.

⁶⁶³ En este caso Estevez (1990, pág. 123), argumenta que en aplicación de este principio “no sería posible hablar en ningún caso de una actuación ilegal del Estado. Y esa es una consecuencia, cuando menos, chocante. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las decisiones de las personas dotadas de autoridad jurídica se presuponen válidas en principio. Sólo después de ser examinadas por un órgano de control pueden ser declaradas ilegales”

⁶⁶⁴ Así para Santaella (2014, pág. 103): “así la determinación de qué clase de vínculo rige la relación de la administración y la Ley no puede más que definirse a partir del estudio del propio texto constitucional. Ni vinculación positiva ni vinculación negativa en términos generales. Se impone examinar la Constitución para revisar *qué ámbitos han sido reservados por ella a la Ley y entender que en virtud de dicha reserva solo en ellos se precisa de una habilitación legal previa*. En los demás, el principio de juricidad entrará en juego”.

⁶⁶⁵ El razonamiento teleológico “está basado en pautas diferentes a las de la racionalidad jurídico-positivista. Por consiguiente, según la estructura del orden jurídico, la racionalidad teleológica tiene diferentes grados de importancia. Si el sistema de normas jurídicas está constituido por normas flexibles (elásticas), el modelo teleológico, el razonamiento finalista, tiene un uso mayor que en la interpretación de normas bien formuladas” (Aarnio, 1991, pág. 240). Es preciso citar el artículo 44 de CPACA colombiano: “**Decisiones discrecionales**. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

⁶⁶⁶ En este caso habrá que recurrir al llamado *test de racionalidad*: “El test de la racionalidad consiste en la utilización del argumento objetivo, lógico, que supone la relación medios-finés. Es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin” (García, 1983, págs. 42-43). Cabe citar aquí, que tal como lo sostiene Arroyo (2009, pág. 27) aun cuando la Administración fundamente su actividad en leyes generales, ésta no renuncia a su “vocación directiva”: “El Derecho administrativo no se despoja de su vocación directiva ni siquiera cuando renuncia a la programación de la actuación administrativa a través de reglas, esto es, de programas condicionales que anudan el ejercicio de

En todo caso, la vinculación a la Ley de la actuación informal de concertación en las condiciones expuestas, implica de manera general la interdicción de la arbitrariedad, así como también se predica de todas las actuaciones jurídico-públicas. Ello significa que la Administración, aun cuando posee un amplio margen de actuación otorgado por la Ley, le está prohibido adoptar decisiones caprichosas, según la voluntad de sus titulares, no ajustadas a los fines constitucionales que claramente irrespetan los principios de la función administrativa. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que existe una clara diferenciación entre lo arbitrario y lo discrecional:

Esta diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario tiene claro fundamento constitucional en Colombia, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. Así la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria e indispensable, en ciertos casos, para una buena administración pública, pues se le brinda al gestor público la posibilidad de decidir, bajo un buen juicio, sin la camisa de fuerza de una reglamentación detallada que no corresponda a la situación que se quiera superar o enfrentar. En cambio, la arbitrariedad está excluida del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, si bien la Constitución colombiana no consagra expresamente "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", como lo hace el artículo 9º-3º de la Constitución Española, este principio deriva de normas específicas de nuestra Carta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-318 de 1995, 1995)⁶⁶⁷.

Según la jurisprudencia de la Corte, la interdicción de la arbitrariedad en el ordenamiento constitucional se desprende principalmente del artículo 1, que proclama el Estado Social de

potestades administrativas bien caracterizadas a la concurrencia de un determinado presupuesto de hecho configurado normativamente del modo más detallado posible. Tampoco en estos casos renuncia el Derecho administrativo a su función directiva. Lo que ocurre es que esa dirección va a articularse normativamente a través de principios o mandatos de optimización, esto es, de programas finales que la Administración está obligada a actualizar en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible y cuya toma en consideración impide considerar estos espacios como no regulados por el Derecho”.

⁶⁶⁷ En el ordenamiento español el principio de interdicción de la arbitrariedad es reconocido constitucionalmente de manera expresa (art. 9.3 C.E). La consideración como límite o encauzamiento de las potestades discrecionales de la Administración ha sido objeto de estudio de los tribunales internos, como lo manifiesta Rodríguez-Arana (2008, pág. 76): “la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad es bien clara para nuestros Tribunales. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Illers Balears señaló en su sentencia de 5 de febrero de 1994 entiende que la discrecionalidad "viene respaldada por una determinada fundamentación, bien que una cosa pueden ser las razones exteriorizadas y otra muy distinta las razones mismas. Por eso la revisión jurisdiccional ha de penetrar hasta las entrañas de la decisión para examinar los hechos que la determinan y su uso proporcionado y racional. Por tanto, la primera consecuencia de extraer de la interdicción de la arbitrariedad es la necesidad insoslayable de valorar la racionalidad de la medida"...Y para que se pueda apreciar judicialmente dicha argumentación, dicha racionalidad, es necesario, sigue diciendo el Tribunal de Baleares, "la aportación por la Administración al expediente de la acreditación de que la decisión se apoya en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma y su engarce con los motivos y fines que la justifican””.

Derecho cuyo fundamento es la prevalencia del interés general “lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa”; y, en segundo orden, de los presupuestos del artículo 2, que “delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario”; de igual manera, se deriva del artículo 123 que ordena que los servidores públicos sirven al Estado y la comunidad en el marco del ordenamiento jurídico; y, por último, del artículo 209 que “define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-318 de 1995, 1995)⁶⁶⁸.

Como se tratará más adelante, la definición de parámetros de la actividad administrativa con base en los principios de participación, igualdad y no discriminación, proporcionalidad, transparencia y confianza legítima conforman un conjunto de criterios que concretan el principio de interdicción de la arbitrariedad en la práctica, como una orientación preventiva de la vinculación de la actuación informal de concertación a la Ley.

2. LA LEGITIMIDAD FORMAL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.

El cambio de la vinculación de la Administración a la legalidad refleja también la transformación de la legitimidad formal de la actividad administrativa basada en la estricta ejecución de la Ley. En especial, se ha evidenciado que la actuación informal de concertación

⁶⁶⁸ Este precedente también se encuentra en la Sentencia C-221 de 1992 (Corte Constitucional de Colombia, 1992): “en el Estado Social de Derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución”. Expresamente sobre el principio de interdicción de la arbitrariedad consultar también en los fallos: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-576 de 1998; Sentencia 1161 de 2000; Sentencia T-982 de 2004). Del mismo parecer, el Consejo de Estado quien ha expresado que: “En el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la Administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad -artículo 209 de la Constitución Política” (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 30 de diciembre de 2006, radicado:18059).

es manifestación de otras fuentes de legitimidad que encuentra la Administración en el cumplimiento de su función, como lo es la participación ciudadana.

Tal como se ha tratado a lo largo de esta investigación (*vid.* Introducción II; Cap. 2) en términos generales se puede afirmar que la legitimidad de la actuación administrativa se refiere a las condiciones que deben cumplirse para que el poder de los gobernantes -en este caso personificado en la Administración-, sea aceptado y conserve su autoridad. En el orden jurídico, Weber (2002, pág. 706) identificó la *legitimidad racional* o en *virtud de la legalidad*, como “la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos”; en virtud de ello, con lo cual se obedece a la autoridad siempre que ésta sea electa y se conduzca conforme a las normas racionalmente estatuidas⁶⁶⁹. Desde inicios del siglo XIX, este modelo de legitimidad ha respaldado a la Administración en dos sentidos: desde la llamada legitimación democrática indirecta, en tanto las normas de nombramiento provienen del debate formal del parlamento como órgano democrático por excelencia; y, segundo, en virtud de su función estrictamente limitada a la ejecución de la Ley.

Esta percepción sobre la legitimidad no sólo se ve debilitada por las transformaciones ya anotadas sobre la vinculación a la legalidad, sino por la pérdida de la creencia en la capacidad de la Administración para definir por sí misma lo que en cada caso constituya el interés general, por no recordar el déficit de ejecución en las tareas asumidas por el Estado Social. En una síntesis de la literatura política, esta situación se presenta como una crisis de legitimidad del Estado Social cuyo debate teórico se inicia a finales de los 60 y comienzos de los 70⁶⁷⁰. Sus causas provienen de la incapacidad del Estado de equilibrar, al mismo tiempo, la función del mercado y la promoción del interés público⁶⁷¹, así como por la “sobrecarga” de tareas que

⁶⁶⁹ En planos distintos al del ordenamiento, Weber (2002, pág. 706) también identificó la legitimidad basada en la autoridad personal –“que puede tener su fundamento en la santidad de la tradición”-; y la legitimidad carismática –“en la efectiva revelación o gracia concedida a ciertas personas en tanto que redentores, profetas y héroes de toda clase”-.

⁶⁷⁰ Como lo señala Monsalve (2012, pág. 112) en una gran síntesis son dos las teorías que tratan el tema desde puntos de vista distintos: el *modelo de crisis de legitimidad* de Habermas y offe, y el modelo del *Estado sobrecargado* de Hayek y Nozick.

⁶⁷¹ “Para equilibrar relativamente estos dos aspectos, debe ganarse el apoyo de los grupos sociales más poderosos, particularmente, los empresarios y los sindicatos. Pero estos objetivos van en direcciones contrarias porque si se cumple cabalmente el primero se afecta necesariamente el segundo y viceversa. Los problemas de ejecución afectan la legitimidad del sistema, minando su autoridad y apoyo” (Monsalve, 2012, pág. 112).

asume para tratar de responder a las diferentes demandas sociales (Porras Nadales, 2014, págs. 25-27).

Como consecuencia, la actividad de la Administración legitimada solamente en la ejecución de la Ley deja de ser suficiente para responder a las demandas cada vez más desatendidas de los diferentes grupos de intereses. La obediencia de la Ley no solo está limitada por su fuerza coercitiva, sino que se impone la necesidad de llegar a consensos sobre su aplicación (Chevallier, 2011, pág. 242)⁶⁷². Así, la Administración depende cada vez más de la aceptación de los diferentes grupos sociales para hacer más eficaz la ejecución de su actividad, mientras que al mismo tiempo los ciudadanos exigirán su participación como medida para asumir las consecuencias de ésta (Ibarra Güell, 2011, pág. 255). A lo anterior debe sumarse la complejidad técnica y la cantidad de recursos de todo tipo –sobre todo de conocimiento y económicos- que se requieren para la toma de decisiones en temas como el ambiental, en el que la Administración al no monopolizar todos estos elementos emplea diferentes mecanismos de diálogo con la ciudadanía, a fin de fortalecer su actividad y encontrar alternativas de aceptación.

En medio de este contexto, la gobernanza como espacio institucionalizado de interacción, diálogo y concertación con distintas fuerzas sociales se manifiesta como una nueva fuente de legitimación de la actividad de la Administración complementaria a la legitimidad virtud de la legalidad. Desde este enfoque o *visión positiva* de la gobernanza (Ramírez, 2011, pág. 129), sustentado en el Capítulo 2 de este trabajo, se considera que las redes de gobernanza compuestas por diferentes grupos sociales pueden apoyar a las autoridades en los diferentes momentos de toma de decisión y de esta manera hacerlos más eficaces.

No obstante, es conveniente advertir que contra esta percepción sobre la legitimidad de la actividad administrativa apoyada en procesos de gobernanza, existen posiciones que advierten la falta de legitimación democrática de los grupos privados que participan en las redes⁶⁷³. Uno

⁶⁷² “La legitimidad democrática de la Administración apoyada, en gran parte, en la idea de ejecución de la Ley como expresión de la voluntad popular, se debilitaría según algunas opiniones, ya que la Ley ya no expresa cuáles sean los intereses generales, sino que perdona su definición al Gobierno, a quien difícilmente, a diferencia del Parlamento, representa a todos los intereses sociales, mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria, o a la propia Administración, mediante el desarrollo de sus espacios de decisión”. (Ponce, 2010, pág. 93).

⁶⁷³ Al respecto Mayntz (2005, pág. 92) advierte que: “Cuando la teoría de la gobernanza se centró en la cooperación horizontal y en la formación de políticas en las redes, se reconoció que surgía el problema de la rendición de cuentas democrática, porque los actores privados en las redes de políticas públicas por regla general

de los riesgos que se señalan es la eventual promoción de prácticas como el coporativismo, que defiende unos exclusivos intereses privados en detrimento de otros intereses sin posibilidad de representación⁶⁷⁴. En favor de la *visión positiva* de la gobernanza es necesario centrar la discusión en el orden jurídico, y recordar que la gobernanza también corresponde a una de las manifestaciones de la actividad administrativa que no pueden desprenderse del cumplimiento de unos parámetros de conducta que aseguran la legalidad y proscriben la arbitrariedad. Es por ello, que se ha advertido la necesidad de reconocer los procesos informales de concertación como actuaciones normales de la Administración, con el objeto de visibilizar sus prácticas y establecer las condiciones que garantizan los derechos tanto de los actores participantes, como de terceros, del mismo modo que la consecución del fin estatal que persiguen⁶⁷⁵.

Recapitulando, en los casos en que la concertación informal se desarrolla sin la observancia de unos parámetros formalizados de conducta, no es suficiente el apoyo en la legitimidad democrática indirecta que sustenta la Administración pública. Surge entonces la pregunta por el cumplimiento de unos principios procedimentales de cara a la garantía de los derechos de la ciudadanía que complementen esas fuentes de legitimidad. Es aquí donde los fundamentos teóricos del enfoque teleológico de la función administrativa y la doctrina de “los criterios” o “parámetros” de la actuación administrativa son fundamentales para dar respuesta a las carencias definitorias de las actuaciones informales de concertación (*Vid.* Cap. 2.D, E).

no tienen legitimación democrática. La cooperación horizontal y la negociación en las redes no puede ser un sustituto para la democracia, aunque, vista la dificultad de representar intereses muy específicos en unas elecciones generales, el desarrollo de las redes de políticas públicas con la participación de intereses sociopolíticos opuestos a veces se considera como una forma moderna y más practicable de representación de intereses”.

⁶⁷⁴ “... la concertación corporativa generalmente ha sido económica y tripartita: estado, representantes de los empresarios y representantes de los trabajadores. Esta manera de actuar ha creado, por así decir, “monopolios de representación” privilegiados que buscan apoyo a las políticas acordadas y, a cambio, se espera de las organizaciones que defiendan dichas políticas y “mantengan a raya” a sus afiliados. Pero esta tendencia ha provocado que grupos importantes pero débiles por su relevancia social u organizativa –minoría étnicas, desempleados, jóvenes, viejos, en muchos casos, las mujeres, etc.-queden excluidos de los grandes acuerdos y sus demandas no sean tenidas en cuenta por los gobiernos” (Monsalve, 2012, pág. 105) .

⁶⁷⁵ A favor de esta tesis Kooiman (2005, pág. 77) señala la necesidad de aplicación de unos “meta-principios normativos” al actuación gubernamental que “guían la conducta de los actores implicados en las interacciones de gobierno, directamente en sus actividades... Esto concierne tanto a los gobernantes como a los gobernados y pertenece a su saber «tener responsabilidad por» su papel en el gobierno”.

La actuación informal de concertación debe adoptar su propia identidad, pero no al margen del procedimiento y los principios que guían la actividad administrativa. Debe entenderse que no es contradictorio plantear unos criterios procedimentales para la actuación informal, pues como lo señala el profesor Jorge Agudo es imposible desconocer que estas actuaciones también siguen “un proceso de acción” (2013b, pág. 144). Como se ha tratado en el desarrollo de esta investigación, en los casos de los Acuerdos REM, los Memorandos Mde, las Consultas Previas, las Guías Ambientales y los Convenios de PML, la Administración y los particulares siguen diferentes etapas y directrices que sirven de espacio de negociación de acuerdos, que si bien no pueden asimilarse a un procedimientos administrativo clásico⁶⁷⁶, confirman la existencia de procesos de acción que exigen su confrontación con los principios generales de la actividad administrativa, en aras de asegurar su legalidad. En el marco del Estado Social de Derecho, como cualquier otra actividad pública, la actuación informal de concertación debe observar unos principios de procedimiento que garanticen la protección de los derechos fundamentales y que, además, sean susceptibles de control judicial. Este tema es objeto de estudio a continuación.

D. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y DE BUENA GOBERNANZA COMO PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

I. ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN Y PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como se trató en el capítulo anterior, gracias al componente social del Estado, el Derecho Administrativo se justifica en la medida en que es instrumento para alcanzar los fines estatales (Calvo García, 2005, pág. 23). En virtud de esta premisa, toda actuación administrativa no sólo está limitada al cumplimiento estricto de **criterios objetivos de legalidad**, sino también está sujeta a una programación *finalística* (García Pelayo, 1987, pág. 26; Santofimio, 1996,

⁶⁷⁶ Para el profesor Jorge Agudo (2013b, pág. 144), la actuación informal no puede articularse directamente a un procedimiento administrativo clásico, caracterizado entre otras cosas por su sentido consecuencia y lineal, porque su diseño original no contempla la diversidad de la actuación informal.

pág.63; Díez Moreno, 2004, pág. 184-185; Montaña, 2010, pág. 47). Partiendo de este presupuesto básico, en el marco del Estado contemporáneo no es admisible la presencia de una actuación administrativa, como podría decirse de la informal, a la que no le es aplicable el ordenamiento jurídico y que no sea la materialización de un fin estatal concreto. Por tanto, si como se ha expuesto en este trabajo, la actuación informal de concertación no sólo es promovida por la Administración, sino que además persigue el cumplimiento de fines constitucionales, sin duda, nos encontramos ante actos relevantes para el Derecho y que por ello éste debe regir.

La doctrina de los parámetros complementa las afirmaciones anteriores, en tanto que al no existir reglas de Derecho positivo que otorguen las directrices suficientes por las cuales se rijan las actuaciones informales, serán esos principios o parámetros de conducta los criterios auxiliares que permitan su dirección (Schmidt Assmann, 2003, págs. 347-352). Estos parámetros o principios poseen como foro o espacio de su realización natural el procedimiento administrativo. En efecto, siendo el procedimiento administrativo el espacio propio en el que la Administración encauza, articula y desarrolla su actividad, será entonces en ese mismo ámbito en el que la actuación informal debe articularse. Por supuesto, que esta afirmación no debe confundirse con una propuesta de asunción del procedimiento administrativo en su acepción tradicional⁶⁷⁷, esto es, como la regulación de fases o trámites formales orientados hacia la toma de una decisión imperativa. En concordancia con los fundamentos de este trabajo, desde un enfoque contemporáneo del Derecho Administrativo, en el que la Teoría de la Dirección y la gobernanza, como modelo de gobierno, ha logrado integrarse en el ordenamiento, aquí se asume este concepto de forma amplia, tal como lo define Barnés (2012, pág. 342):

El concepto de procedimiento administrativo no se detiene ya, como antaño, en la exclusiva idea de procedimiento como *proceso decisorio*, seguido o impulsado de oficio por una Administración de carácter imperativo para concluir en un acto, sino que asimismo comprende, además de otros procesos decisorios basados en la colaboración interadministrativa y público-privada, la *obtención y el intercambio de información* y, más ampliamente, el código básico de las *relaciones entre la Administración y el ciudadano*⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ La doctrina tradicional ha definido el procedimiento administrativo como la serie de pasos consecutivos encaminados a la producción del acto administrativo, cuyas características dependen de la variedad de contenido y tipo de los mismos (Merkel, 1935, pág. 285).

⁶⁷⁸ En acuerdo con Schmidt Assmann (2003, pág. 58; 2008 pág. 75) define el procedimiento administrativo como un conjunto de “secuencias organizadas de obtención y tratamiento de la información, bajo la responsabilidad de

Siendo que en escenarios de deliberación o concertación, la actividad administrativa no se fundamenta en un modelo autoritario, sino en un modelo de gobernanza, el enfoque y directrices que sean aplicados a la actuación informal de concertación no pueden ser los mismos del procedimiento tradicional. Por esta razón, en este acápite no se pretende, debe insistirse sobre ello, el contrasentido que supondría plantear la “formalización” de la actuación informal de concertación a través de la aplicación de las orientaciones del procedimiento administrativo tradicional⁶⁷⁹. No se trata, por tanto, de encasillar la actuación informal en un procedimiento lineal, decisorio, con más o menos participación ciudadana en aras de la seguridad jurídica o la garantía de derechos. El propósito es trascender la perspectiva clásica del procedimiento administrativo y plantear las posibilidades de un nuevo tipo de procedimiento, como proceso de actuación⁶⁸⁰.

un ente administrativo”, teniendo presente que en ella se comprenden todo tipo de procedimiento, y no solo los que finalizan con una actuación formal. Para este autor (2003, pág. 360-362) los procedimientos administrativos comprendidos en esta definición pueden concretarse de manera ideal en tres clases: -Los procedimientos que tramitan o resuelven conflictos. Se basan en un “esquema de confrontación” y se concretan en el ejercicio de los recursos administrativos; -Los procedimientos que dirigen los procesos de toma de decisión por la Administración. “La relación jurídica procedimental no supone necesariamente una confrontación, pero sigue siendo una relación bilateral, en la que los terceros intervienen normalmente sólo sin son llamados a ella”; y - Los procedimientos que tramitan relaciones en las cuales están presentes múltiples intereses: “En estos casos se tramita un procedimiento para que la defensa de los intereses afectados, así como su confrontación y ponderación, sean transparentes, y para que estén representados adecuadamente todos los intereses” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 360-362).

⁶⁷⁹ Incluso por que como lo explica Barnés (2012, pág. 341), los diferentes procedimientos administrativos no son “magnitudes comparables” y por tanto aplicables a toda situación, dado que: “no ya porque se refieran a «materias» distintas (sanción y medio ambiente, respectivamente), sino porque se basan en modelos y modos de Administración muy diferentes entre sí y, en definitiva, en modelos de gobierno y regulación diversos, y en donde el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas”. Así en una primera forma de asumir el procedimiento, la Administración actúa de manera autoritaria en la definición de derechos en aplicación de la Ley. En cambio, en el caso de procesos de concertación, en los que pueden incluirse la actuación informal que se viene estudiando, “la Administración opera *en modo cooperativo*, busca la colaboración de otras Administraciones, del público en general, y del sector privado, no para hallar lo que la Ley haya predeterminado, porque no ha predeterminado nada, sino para construir la mejor solución —entre todos— de cara a alcanzar un crecimiento sostenible, con ocasión de una concreta política energética o de infraestructuras, por ejemplo y, en definitiva, la obtención de la información necesaria. *Utiliza el procedimiento como foro donde encontrar la solución o la respuesta más adecuada*. El procedimiento cumple aquí una función más ambiciosa, de dirección política, ante la incapacidad de la Ley para programar la solución correcta. La comparación, en otras palabras, ha de hacerse «por pares», esto es, con iguales, tanto dentro del propio ordenamiento jurídico, como fuera de él” (Barnés, 2012, págs. 341-342).

⁶⁸⁰ De acuerdo con Barnés (2006, pág. 321), el procedimiento de la actuación informal de la Administración debe situarse en un punto intermedio, entre la formalización y el silencio legislativo. De esta manera: “La transparencia, la igualdad de oportunidades o el acceso imparcial a la información son valores que han de presidir la acción administrativa no formalizada. La identificación de principios o criterios de procedimiento funcionalmente equivalentes a los propios de los procedimientos formalizados parece una aproximación certera”.

En aras de una aplicación de reglas procedimentales a la actuación informal de concertación, el primer obstáculo que debe superarse es el del formalismo o solemnidad de las normas que inspiran el procedimiento administrativo⁶⁸¹. Ello es así, teniendo en cuenta que la base fundamental de éste es su concreción en principios, pero sobre todo, en reglas jurídicas que permiten a la Administración y los ciudadanos el seguimiento de ciertos trámites, que, en su concepción clásica, tienen como resultado generar una decisión ya sea un acto, un reglamento o un contrato.

En sentido contrario, la actuación informal de concertación concibe espacios de deliberación, espacios de gobernanza, en los cuales las reglas que se asumen son flexibles y acordadas por los participantes, no se sigue un proceso lineal, sino que dada la composición de intereses y los fines que se persiguen, se trata de procesos complejos⁶⁸². Es aquí donde los principios del procedimiento y de la función administrativa actúan a manera de mecanismos que no sólo cumplen con una función auxiliar, ante la ausencia de reglas positivas, sino que contribuyen con la dirección y creación de nuevos procesos de actuación que de manera flexible se ajustan a las necesidades que se presentan en los escenarios participativos y de celebración de acuerdos.

Recurrir a los principios tiene por objeto servir de derrotero en la reflexión acerca de cómo debe proceder la Administración en su actividad general, incluida por tanto la informal. No obstante y en aras de la precisión, siendo conocido que las normas sobre procedimiento administrativo se han pensado para regular las etapas que conducen a la expedición de actos, reglamentos y contratos⁶⁸³ y, por ende, no contemplan la actuación informal, la atención sobre

⁶⁸¹ Así en un enfoque clásico y formalista del procedimiento administrativo Merkl (1935, pág.279) sostenía que: “En el fondo, toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo. Pero en sentido más riguroso y técnico se habla de procedimiento jurídico solamente cuando el camino que conduce a un acto estatal no se halla a la libre elección del órgano competente para el acto, sino que está previsto jurídicamente, cuando, por tanto, el camino que se recorre para llegar al acto constituye aplicación de una norma jurídica que determina, en mayor o menor grado, no solamente la meta, sino también el camino mismo y que por el objeto de su normación se nos ofrece como norma procesal”.

⁶⁸² Habiéndose asumido el procedimiento como una serie de actos formales en los que la Administración establece de manera unilateral una situación jurídica concreta, a la declaración de derechos o a la imposición de una sanción a través de una resolución final (García Macho, 2008, pág. 212), la participación en el procedimiento se limita a los interesados y solo en casos especiales, si se permite por el tipo de procedimiento, puede ampliarse la participación a la ciudadanía.

⁶⁸³ Ejemplo de ello es el ordenamiento español y los ordenamientos latinoamericanos, incluido el colombiano en los que el procedimiento administrativo se concibe normativamente como una serie de actos ordenados a la expedición de una decisión en la forma de acto administrativo. Para García Macho (2008, pág. 211-212): en el

el procedimiento parte de su consideración más general, apoyada en sus fines y principios constitucionales, pero también, en diálogo con las directrices de la buena gobernanza e, incluso, de los principios jurídicos que se han creado en los sectores de referencia como los del Derecho Ambiental⁶⁸⁴.

De acuerdo con Barnés (2008, pág. 15), dado que el procedimiento administrativo “simboliza la posición del ciudadano ante la Administración”, la transformación que el Estado Social de Derecho ha conferido a tal posición, manifestada en un nuevo enfoque sobre la relación jurídico-administrativa, exige nuevas perspectivas de análisis del procedimiento administrativo, tal como lo plantea la doctrina de la *nueva ciencia jurídico-pública* (Schmidt Assmann, 2008, pág. 75).

Lo anterior no implica abandonar la concepción del procedimiento como límite a los abusos de la Administración. El procedimiento representa una garantía a la observancia del ordenamiento jurídico y de respeto de los derechos de la ciudadanía por parte de la Administración. Un doble cometido cumple el procedimiento: se constituye en un instrumento de defensa en contra de la arbitrariedad de la Administración y, al mismo tiempo, mediante el encauzamiento de la actividad administrativa, se persigue la eficacia en el cumplimiento de los fines estatales⁶⁸⁵.

ordenamiento español “el procedimiento administrativo, tal como está diseñado en la Ley 30/1992 (art.68 y ss.), está dirigido desde su inicio, a través de actos administrativos concatenados, a dictar una resolución final. Tiene un marcado carácter formalista. Su objeto, por otra parte consiste en resolver las exigencias individuales planteadas, sin menoscabo de los intereses generales” Sobre este mismo enfoque del procedimiento administrativo: Serrano Guirado (1951); García Trevijano Fos (1954), Álvarez Gendín (1958); Parejo (1994, pág. 438); García de Enterría & Ramón Fernández (2008, pág. 443); y Gallego & Menéndez (2001, pág. 137). Al respecto en la doctrina colombiana Santofimio (2003, pág. 183) y (Solano, 1997, pág. 34) y latinoamericana: Hutchinson (1994, pág. 32) y Dromi (1995, pág. 760).

⁶⁸⁴ Debe tenerse en cuenta que la mayoría de principios que guían el procedimiento administrativo se ajustan a su modelo tradicional, y por consiguiente, no contemplan en su alcance consideraciones más amplias sobre la posibilidad de dirigir relaciones multilaterales de la Administración como pueden ser las ambientales. Razón por la que la gobernanza y otros principios se plantean como una forma de fortalecer y renovar los principios tradicionales del procedimiento administrativo. En especial se destacan: el principio de impulso de oficio, celeridad, cumplimiento de trámites, términos y plazos, orden de despacho de los asuntos, acumulación de expedientes, etc. (Gallego & Menéndez, 2001, págs.138-141).

⁶⁸⁵ De esta manera y desde el enfoque de procedimiento como mecanismo defensivo de la arbitrariedad y abuso de poder de la autoridad, se pretende garantizar: “que las decisiones sean imparciales; que sean adoptadas por el órgano competente; que se respeten los derechos de los ciudadanos. El procedimiento opera como un mecanismo de control del poder” (Barnés, 2012, pág.370).

En suma, **con la doctrina de los parámetros de la actuación administrativa se pretende dar forma a un proceso de acción idóneo para encauzar la actuación informal de concertación, sin excluir su finalidad garantista.**

II. PRINCIPIOS DE LA BUENA GOBERNANZA Y PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Como conceptos clave, los principios de la buena gobernanza actúan como “*ideas vertebradoras*” (Díez Sastre, 2015, pág. 121) que introducen una nueva perspectiva de análisis de los principios jurídicos sobre la actividad administrativa, sobre todo, cuando ésta se desarrolla en procesos deliberativos o de concertación. Ciertamente la identificación de los espacios deliberativos que se suceden en la práctica, diferentes a los contemplados en la Ley, y el énfasis en las directrices que orientan la interacción entre actores públicos y privados, son nuevas líneas de investigación que propician la apertura del sistema jurídico.

Con los principios de la buena gobernanza, a manera de parámetros de conducta, se busca fortalecer y ampliar el alcance de las reglas y principios que rigen la actividad administrativa. Nótese, inicialmente, que la doctrina de la gobernanza llama la atención sobre la focalización preponderante de los principios jurídicos en una de las partes en los procesos de participación -la Administración-. Muy al contrario, los principios de la gobernanza hacen énfasis en la interacción de todos los actores (Cerrillo, 2005, pág. 19).

Esta perspectiva de la gobernanza sobre los principios de la actividad administrativa abre la posibilidad de nuevas interpretaciones sobre los deberes, y no solo los derechos, que los actores privados asumen en los espacios de participación. Igualmente, el énfasis en la interacción permite avanzar hacia modelos de Administración más horizontal y menos autoritaria, y concretarlo en la práctica a partir de la identificación de específicas obligaciones y tareas.

Si bien los principios jurídicos y los principios de gobernanza poseen fórmulas similares, por ejemplo, la eficacia, transparencia, participación, esta última integra ideas complementarias como el ya citado énfasis en la interacción de todos los actores. Una perspectiva sistemática de aplicación de estos principios tendrá la importante tarea de proveer

las claves para enfrentar las debilidades del procedimiento como espacio de todo proceso deliberativo. Debilidades que se hacen aún más evidentes cuando se les examina a la luz del incremento de la actuación informal de concertación de la Administración, sobre todo en asuntos ambientales.

Al respecto, el profesor Barnés (2008, pág. 20, pág. 63-65) ha elaborado una completa revisión de los déficits del procedimiento administrativo tradicional, que a continuación se resume y contrasta con los retos que presenta la actividad informal de concertación, y que se aquí se pretenden superar⁶⁸⁶:

- Un gran número de actividades de la Administración contemporánea no están representadas en el procedimiento administrativo. Entre ellas se cita la actividad administrativa no formalizada. El procedimiento administrativo se apoya en una “administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo”... “Nada dicen sobre las nuevas formas de regulación y gobernanza, y su impacto sobre el procedimiento administrativo” (Barnés, 2008, pág.21).

- El procedimiento administrativo está dirigido a la adopción de decisiones que se concretan en actos, normas o contratos. Queda fuera de esta concepción los procedimientos que de manera directa no persiguen obtener una decisión, tales como la obtención, producción y tratamiento de información. Para efectos de este trabajo pueden citarse las actuaciones de concertación informal como los Convenios de PML y la elaboración de Guías Ambientales.

- El procedimiento es apreciado como un instrumento de “aplicación correcta del Derecho”, en consecuencia, se limita a contrastar si el proceso o la resolución final se ajusta a las normas. En este caso, el procedimiento no está asociado a un espacio o foro para encontrar la solución óptima a los asuntos o conflictos que se le plantean. Frente a este enfoque, la actividad informal de concertación persigue, en muchos casos, a través de la amplia participación la adopción de las mejores opciones posibles para el cumplimiento de los objetivos trazados en la política pública o los planes gubernamentales.

- La ordenación del procedimiento a la atención de asuntos individuales, lo hace inflexible al ajustarse al trámite asuntos que implican la deliberación de un gran número de actores

⁶⁸⁶ De manera similar, el profesor Jorge Agudo (2013a) realiza una revisión de la teoría del procedimiento administrativo incluyendo el enfoque de la europeización del Derecho.

interesados. Esta característica no permite asumir que la mayoría de asuntos ambientales son objeto de debate por amplios grupos de deliberación, dado su fundamento en un interés colectivo.

- Los procedimientos son “duros” o “rígidos”. Los requisitos de desarrollo del procedimiento son poco flexibles para permitir la amplia participación, la comunicación y deliberación abierta de los asuntos. El consenso no es la meta de la resolución final. Igualmente, no se contempla la posibilidad de decisiones o acuerdos provisionales atendiendo a las especiales circunstancias de asuntos que involucran la administración de los riesgos en materia ambiental⁶⁸⁷.

- La regulación del procedimiento “mira hacia adentro”, esto es, desestima la importancia de su relación con el nivel comunitario e internacional. En este aspecto, la concertación informal de la Administración ha logrado puentes entre el ámbito interno y comunitario, tal es el caso del IEF y la elaboración de guías ambientales en los Estados miembros como España. Las guías ambientales en los Estados europeos son el resultado no solo de la deliberación interna, sino también de la adopción de las recomendaciones del intercambio de información en el ámbito comunitario, en tal sentido, exige la ponderación de los derechos e intereses presentes (Lozano Cutanda, 2007, pág. 363).

- El procedimiento tradicional ha sido indiferente al desarrollo del “ciclo completo de las políticas públicas”. Se ha desestimado la potencialidad del procedimiento administrativo como mecanismo de apoyo o expresión de todas las etapas que cumple la política pública. Como respuesta, la actividad informal de concertación ha asumido esta función y se ha constituido como una estrategia importante para la formulación y ejecución de políticas públicas ambientales. Un caso relevante, es el que corresponde a los Acuerdos REM y los Convenios de PML creados como estrategias políticas.

El estudio de las características y déficits en los que ha incurrido el procedimiento administrativo tal y como se le ha enfocado de manera tradicional, permite afirmar que la

⁶⁸⁷ Para el profesor Francisco López Jurado (2008, pág. 176, 180): “En los procedimientos de gestión del riesgo se eleva sensiblemente el grado de provisionalidad y modificabilidad del acto definitivo frente a la tradicional permanencia de las resoluciones administrativas”... “La legislación de procedimientos administrativos de gestión de riesgo se caracteriza por habilitar a la Administración para que adopte una pluralidad de medidas provisionales, tanto dentro del procedimiento, como con carácter previo al inicio del procedimiento formal”.

actuación informal de concertación se presenta como una alternativa adoptada por la Administración para hacer frente a las debilidades que el procedimiento formal representa para tramitar asuntos tan complejos como los relacionados con la prevención de riesgos y el control de la contaminación ambiental⁶⁸⁸.

Así, frente al procedimiento administrativo tradicional, **la actuación informal de concertación, en especial a partir de las características que asume en el ámbito ambiental, responde a un proceso de acción basado en los siguientes criterios:**

- **Se basa en un modo de gobernación más horizontal, descentralizado y participativo como el propuesto por la gobernanza.** La Administración cumple un papel activo en la promoción de la participación, la intermediación de acuerdos y el logro eficaz de los fines estatales.

La Administración promueve los espacios para la concertación, no impone las reglas procedimentales, en su lugar, recomienda ciertas reglas para garantizar la legalidad de los compromisos a asumir. De esta manera la construcción de las reglas procedimentales se incluye dentro del proceso participativo.

- **Flexibilidad y amplitud.** El objeto de la concertación informal no es la resolución final de un asunto o conflicto individual. Su finalidad puede consistir en la obtención y procesamiento de información, o en la suscripción de compromisos específicos. En tal caso, no puede omitir la flexibilidad y provisionalidad de los acuerdos suscritos, esto es, siempre adaptables a las condiciones reales a las que pretende dar solución.
- **Gestión de diversos intereses.** Gracias a la participación de una variedad de actores con múltiples intereses, la Administración asume la responsabilidad de ponderar y garantizar los distintos derechos presentes.
- Debido a la no existencia de un procedimiento reglado con unas reglas inamovibles, se pierde el simple interés de la aplicación del Derecho y **se promueve la búsqueda conjunta de opciones de mejora ambiental o de la decisión más adecuada** (ambiental y económicamente) para tramitar tales asuntos.

⁶⁸⁸ De la misma opinión Barnés (2008, pág.40). Ello no quiere decir que tal actuación constituye la superación del procedimiento administrativo o que con ella se solucionan todos sus déficits. Lo que se pretende es advertir la presencia de una nueva actividad de la Administración cuyas características ponen en evidencia tanto las debilidades del procedimiento formal como las oportunidades de que tal actividad sea fortalecida a fin de complementar el abanico de posibilidades para gestionar de mejor manera los asuntos públicos, en este caso, los ambientales.

- La concertación informal se ha constituido en **un espacio para ejecutar y elaborar estrategias incluidas en políticas públicas ambientales.**

El desinterés por el estudio de la actuación informal de concertación y de la aceptación de su presencia como actuación autónoma en la práctica cotidiana de la Administración, ha propiciado la falta de una garantía rigurosa del cumplimiento de los principios que en todo caso deben regir la actividad administrativa y salvaguardar los derechos afectados. Igualmente, aunque no sea parte de la reflexión en este trabajo, tampoco se ha propiciado su revisión como un instrumento que, además de ejecutar las estrategias consignadas en una política pública, sea útil en el desarrollo de todo el ciclo de la política pública: formulación, ejecución y evaluación.

A partir de las consideraciones anteriores, **a continuación se describen algunos principios que debe seguir el procedimiento de toda actuación informal de concertación, en cuanto parámetros mínimos de cumplimiento y, que de manera general, están orientadas a garantizar los derechos de los ciudadanos que intervienen en el proceso de concertación, pero también a quienes no lo hacen, así como a garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados.** El estudio jurídico de los principios de la actividad administrativa es complementado con una interpretación sistemática de los principios generales del Derecho Ambiental y ampliados por los llamados principios de la buena gobernanza (*Vid.* Cap. 2. A-IV), estos últimos criterios, actúan a la manera de conceptos clave relacionando las nuevas formas de gobierno flexibles, horizontales y participativas.

A tal efecto, se presentan los principios de participación, igualdad y no discriminación, proporcionalidad, eficacia, transparencia y rendición de cuentas, y confianza legítima. Como se percibirá por el lector, los principios de participación e igualdad y no discriminación se presentan como premisa para introducir el análisis de los demás principios. La exposición de la participación como mecanismo de protección y como principio ocupa una mayor extensión en el estudio debido a que la observancia del mismo es la base de la actuación informal de concertación. En otras palabras, es a través de la participación y la igualdad y no discriminación que se desarrollan los demás principios y derechos conexos.

Se debe advertir, igualmente, que no se trata de un estudio exhaustivo de cada uno de los principios, las razones se encuentran en la extensión de la literatura existente en la materia,

que va más allá de los límites de este trabajo, y la necesidad de identificar exclusivamente el contenido e interpretación que estos principios ofrecen para encauzar la actuación informal de concertación. Del mismo modo, es difícil demarcar la frontera en la aplicación de un principio y otro, porque como se ilustrará, los principios son interdependientes, todos favorecen el cumplimiento de valores y fines constitucionales de manera integral.

Por último, para realizar esta exposición, nuevamente la mención al ordenamiento colombiano es recurrente, debido al progreso doctrinal y jurisprudencial de la teoría de principios, como uno de los temas clave que ha abanderado el desarrollo del Derecho Constitucional a partir de la expedición de la Constitución de 1991⁶⁸⁹.

1. PREMISA: LOS PRINCIPIOS DE PARTICIPACIÓN E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO PARÁMETROS QUE INFORMAN TODO EL PROCESO DE ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

a) La participación como mecanismo para hacer efectivo el goce de los demás principios y derechos conexos en la actuación informal de concertación.

De acuerdo con Baño (1998), el concepto de participación, y en especial el de participación ciudadana, no posee una definición precisa. Existe tal diversidad de enfoques sobre este

⁶⁸⁹En la doctrina constitucional colombiana se mantiene el debate sobre la naturaleza y función de los principios. Tal debate es resumido por el profesor Sergio Estrada (2010b, pág. 86-88) quien explica que existen dos posiciones que pueden denominarse como *Posición débil* y *Posición fuerte*, que a su vez admiten matizaciones. La *Posición débil* sostiene que “los principios no son normas jurídicas sino normas extrasistemáticas, morales, que están por fuera del Derecho, que sólo ejercen una función auxiliar frente a las normas jurídicas y que sólo se aplican en los denominados casos difíciles. Son entendidos generalmente como principios de derecho natural” (Estrada, 2010b, pág. 86), se citan como defensores principales a Giorgio del Vecchio y Ronald Dworkin. En la doctrina colombiana se sustenta como argumentos para su aplicación el artículo 4 de la Ley 153 de 1887, que consagra los principios como criterios auxiliares de interpretación y, además, la sustentación de la Corte Constitucional en la Sentencia C-083 de 1995. Por su parte, la *Posición fuerte* admite que los principios “forman parte del universo de las normas jurídicas junto con las reglas al ser resultado de un procedimiento inductivo del mismo ordenamiento jurídico. Esta posición fuerte se puede clasificar, a su vez, en dos: una posición (que se podría llamar **fuerte-fuerte**) que defiende que los principios son normas jurídicas que priman sobre las restantes normas del ordenamiento” (Estrada, 2010b, pág. 87), en esta corriente teórica se inscriben autores como Alchourrón y Bulygin, Atienza y Ruíz Manero, Bobbio y Guastini. Por último, se identifica una segunda posición **fuerte-débil** según la cual “los principios son normas jurídicas pero, en relación con las reglas y en general con todo el ordenamiento jurídico, desempeñan una función auxiliar o subsidiaria (sirven para crear, integrar e interpretar el Derecho). (...) Se puede vincular a esta posición a autores como Alexy, Bernal Pulido y Zagrebelsky” (Estrada, 2010b, pág. 88). Esta última posición, considera el autor es la de mayor aceptación doctrinal interna.

término que no es posible establecer un alcance y contenido unívoco del mismo⁶⁹⁰. No obstante, es posible destacar lo siguiente:

Lo único que parece claro al principio es que con la expresión “participación ciudadana” se está haciendo referencia a alguna especie de relación difusa entre Estado y sociedad civil, a una acción de ésta sobre la primera que, además, cuenta de antemano con una valoración positiva, valoración positiva que se considera, ya sea en cuanto constituiría un medio adecuado para lograr ciertos objetivos definidos como buenos, o porque se piensa que la acción misma es expresión de un valor. De aquí resulta que se plantea para la práctica la exigencia de que se incentive, impulse y desarrolle la “participación ciudadana” (Baño, 1998, pág. 15).

La anterior definición permite aclarar que cuando se hace referencia a la participación ciudadana no se hace alusión propiamente a la participación política⁶⁹¹ ni a otras manifestaciones como, por ejemplo, la participación comunitaria⁶⁹². *A contrario sensu*, se alude a la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones públicas sin tomar parte en el poder público; intervención que se estima positivamente como un valor en sí mismo (fin estatal o derecho fundamental⁶⁹³) o como acción que permite la realización de tal valor o derecho (principio jurídico)⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Los conceptos y propuestas de participación provienen de diversas disciplinas como la ciencia política, el Derecho, la sociología, la psicología social etc. En el caso por ejemplo de la reflexión política desde la democracia participativa que contempla diversas formas de participación política; de otros discursos sociales como el ecologismo, las teorías del desarrollo sostenible y del desarrollo humano, y el discurso alterglobalizador o antiglobalización. Igualmente, desde un enfoque que resalta al sujeto protagonista de la participación se encuentran las propuestas multiculturalistas que reclaman autonomía participativa, por ejemplo, de las comunidades indígenas; la perspectiva republicana que exige la participación ciudadana como virtud cívica; y las propuestas de la gobernanza desde la construcción de nuevos espacios y redes de participación (Ibarra Güell, 2011, págs. 26-29). Incluso desde el enfoque jurídico, la participación como concepto puede encubrir diversas posiciones ideológicas o modos de regulación, como lo resume Sánchez Morón (1980, pág. 90, 96) quien identifica desde el dato jurídico positivo “una utilización del concepto de participación que por un lado es ideológica y legitimadora de una medida u orientación jurídica, mientras que por otro expresa resumidamente la creación de un nuevo modo de regulación de una relación entre sujetos jurídicos, formalmente considerados como públicos o privados (...) Falta en general una interpretación jurídica del concepto de participación, por lo que éste viene instrumentalizado para encubrir y justificar las mil y una manifestaciones de voluntad del poder (o de los poderes), como en otro tiempo se utilizaba y aun sigue utilizando el de interés general, como se utiliza el de Estado Social u otros semejantes”.

⁶⁹¹ Participación política considerada como aquella que se ejerce en el sistema político partidario o el derecho a intervenir en la constitución del poder público (Baño, 1998, págs. 23-24).

⁶⁹² La participación comunitaria es definida como un “proceso de aprendizaje en cuanto a la planificación, gestión, supervisión y control de los proyectos comunitarios en el marco del consenso e incorporación del colectivo” (Sánchez Tovar & del Pino, 2008, pág. 39).

⁶⁹³ No se puede dejar de citar que el derecho a la participación ha sido reconocido de manera general como derecho fundamental en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1948 (Organización de las

Es en este último sentido, en el que la participación se admite como un principio y, más propiamente, para efectos de este estudio, como parámetro de los procesos de interacción entre la Administración y la ciudadanía dirigidos al cumplimiento de los fines constitucionales -entre los que se encuentra garantizar de forma sustancial la propia participación (art. 2 C.P.)- que es considerada la noción de participación. Desde esta perspectiva, el principio de participación es visto en su dimensión procedimental, esto es, como un instrumento para el ejercicio y realización de otros derechos.

En el ordenamiento colombiano desde, la expedición de la Constitución de 1991, la promoción de una amplia participación en los asuntos ambientales y, por tanto, de la gobernanza ambiental, ha sido impulsada por todos los planes nacionales de desarrollo y las políticas específicas en la materia (Castro, 2011)⁶⁹⁵. De esta manera, tanto los mecanismos formales de participación como la actividad informal de concertación en asuntos ambientales han contado con un importante respaldo tanto en las políticas públicas internas, como en la asunción de compromisos internacionales.

Conforme al precedente constitucional, la participación no solo es un principio sino que ostenta la doble calidad de derecho fundamental y de mecanismo indispensable para hacer efectivos los demás derechos:

... [el derecho a la participación] debe ser asegurado y facilitado por las autoridades a todos, en cuanto fin esencial del Estado, en torno a las decisiones que los afectan (...) pero al propio tiempo, la participación se instaura en un instrumento indispensable e insustituible para la

Naciones Unidas, 1948). De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en el artículo 25 el derecho a “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos” sin ninguna distinción y restricción indebida (Organización de las Naciones Unidas, 1966). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en el artículo 13 “que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre...” (Organización de las Naciones Unidas, 1966b).

⁶⁹⁴ En el trabajo clásico de Sánchez Morón (1980, pág. 103) se plantea como definición genérica de participación: “tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como funciones administrativas”. Dentro de este concepto se definen tres categorías de participación: interna, externa e interorgánica o intersubjetiva. Para efectos de este trabajo interesa la participación externa en tanto se refiere a “la intervención de los individuos y grupos sociales exteriores a la organización administrativa en las funciones, decisiones y actividades formalmente consideradas como administrativas” (Sánchez Morón, 1980, pág. 104).

⁶⁹⁵ Como se citó en el Capítulo 2, (*Vid. A*), Si bien el concepto de gobernanza no se cita expresamente en los instrumentos de política, las estrategias implementadas responden a las características y objetivos de este modo de gobernación.

efectividad de otros derechos constitucionalmente reconocidos, tengan o no el carácter de fundamentales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-418 de 2002, 2002)⁶⁹⁶.

Paralelamente, la Corte Constitucional ha reiterado que de acuerdo con el mandato del artículo 79 constitucional que reconoce el derecho colectivo a un ambiente sano⁶⁹⁷ y la obligación del legislador de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarla⁶⁹⁸, se establece un “deber calificado” de la Administración de disponer de amplios mecanismos de participación de la ciudadanía en la ejecución de las distintas tareas administrativas relacionadas con los asuntos ambientales⁶⁹⁹.

Así las cosas, del principio de participación se desprenden el deber de la Administración de garantizar y proteger un conjunto de derechos conexos, entre ellos, el derecho al acceso a la información, a la igualdad y no discriminación, al debido proceso, etc.⁷⁰⁰. En el desarrollo de

⁶⁹⁶ “Es así como este derecho se traduce como la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348 de 2012, 2012).

⁶⁹⁷ El derecho colectivo a un ambiente sano es definido por la Corte Constitucional (Sentencia SU-442 de 1997, 1997) como “un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona...”.

⁶⁹⁸ De igual manera, el artículo 8 constitucional, dentro de los principios fundamentales, consignó la obligación conjunta del Estado y de los particulares de proteger las riquezas naturales de la nación. De las disposiciones citadas se infiere la estrecha relación existente entre el derecho a un ambiente sano y el derecho a la participación. Sin mecanismos adecuados de participación que procuren la intervención de la ciudadanía tanto en la toma de decisiones como en la gestión dirigida a la protección ambiental, no es posible garantizar el derecho a un ambiente sano.

⁶⁹⁹ Al respecto la Corte Constitucional (Sentencia C-632 de 2011, 2011) ha sostenido reiteradamente que: “la actual Carta Política, en armonía con los instrumentos internacionales, atiende entonces a la necesidad universal que propugna por la defensa del medio ambiente y de los ecosistemas, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, consagrando una serie de principios y medidas dirigidos a la protección y preservación de tales bienes jurídicos, objetivos que deben lograrse no los demás sectores sociales y económicos del país. En ese sentido, reconoce la Carta, por una parte, la protección del medio ambiente como un derecho constitucional, ligado íntimamente con la vida, la salud y la integridad física, y por la otra, como un deber, por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126 de 1998; Sentencia C-522 de 2002; Sentencia T-123 de 2009).

⁷⁰⁰ Este deber constitucional ha sido asumido por el legislador a través de un importante cuerpo normativo. Se consigna de manera general en el CPACA en el art. 2 núm.6. En la legislación ambiental en la Ley 23 de 1973 cuyo artículo 2 consigna que las actividades mejoramiento y conservación del medio ambiente como patrimonio común, son actividades de utilidad pública en las que se exige la participación del Estado y los particulares (Congreso de la República de Colombia, 1973). En el artículo 1 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Ambiente (Presidencia de la República de Colombia, 1974). En la Ley 99 de 1993, en el artículo 1.1 al incorporar el principio 10 sobre participación ambiental de la Declaración de Río 92

la actuación informal de concertación estos derechos adquieren la forma de verdaderos derechos procedimentales, en tanto, a su vez, son mecanismos que permiten a la ciudadanía ejercer o defender otros derechos como es el derecho a un ambiente sano o adecuado⁷⁰¹. En este caso, será en un primer momento, el principio de participación el encargado de articular el ejercicio de los diferentes derechos y garantías para iniciar y llevar a cabo las etapas de los procesos informales de participación.

Por su parte, dada la obvia inexistencia de reglas de procedimiento específicas de la actuación informal de concertación, el principio de participación despliega su función integrativa, cuya utilidad es llenar las lagunas o las insuficiencias de las fuentes formales (Valencia Restrepo, 2007, pág. 90)⁷⁰². Desde luego, tal función del principio parte de su contenido más general y no como aplicación analógica de las reglas de un concreto procedimiento que sigue un acto formal, lo que, en caso contrario, desnaturalizaría la propia identidad de la actuación informal⁷⁰³.

como parte de los principios que rigen la política ambiental colombiana, y en el Título X al regular los “modos y procedimientos de participación ciudadana” en materia ambiental (Congreso de la República, 1993). Sobre la regulación específica de las diferentes formas de participación, Rodríguez G. y Muñoz (2009, pág.140) presentan una completa síntesis de todos los mecanismos de participación política, administrativa y judicial que han sido reglamentados por el ordenamiento colombiano, al respecto ver el **Cuadro 3**.

⁷⁰¹ De acuerdo con Villoria (1996, pág. 325) los derechos procedimentales “constituyen las garantías que permiten al ciudadano defender sus otros derechos e intereses, aquellos que las leyes y el ordenamiento jurídico les reconocen, incluidos los derechos a la actuación administrativa o a obtener prestaciones positivas de la Administración”.

⁷⁰² Nos referimos a la regulación tanto de mecanismos de participación típicos de la democracia representativa como el voto, el referendo y el plebiscito, como de los mecanismos propios del desarrollo de la democracia participativa, *v. gr.*, a las audiencias públicas y la petición de información, que si bien permiten un mayor acceso a la información y a la discusión de proyectos y decisiones públicas, todavía son restringidos. Este es el caso de la regulación de los “modos y procedimientos de participación ciudadana” en asuntos ambientales en el ordenamiento colombiano. Estos mecanismos están regulados Ley 99 de 1993 y todos ellos (petición de información, intervención de terceros en procedimientos administrativos, audiencias públicas, y consulta previa) poseen restricciones en el proceso de discusión y concertación en la toma de decisiones. Para un estudio a profundidad del tema en Colombia: Ministerio del Medio Ambiente (1998); González & Velásquez (2003); Rodríguez, Lora, & Muñoz (2008); Rodríguez Garavito & Orduz (2012); Rodríguez G. & Muñoz (2012) y Rodríguez G. (2014). Esta misma situación se repite en los demás ordenamientos jurídicos de América Latina y del Caribe, donde la participación ciudadana ambiental en la toma de decisiones no es en muchos casos obligatoria. Todavía persisten variados desafíos para garantizar el acceso a la información y una activa promoción de la participación por parte de la Administración. Al respecto un análisis detallado de la situación de los 33 países que conforman la región: Acuña (2010) y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2013).

⁷⁰³ Se reitera que el propósito no es “formalizar” la actuación informal a través de la mera aplicación analógica de las reglas del procedimiento que siguen los actos o contratos administrativos. Tal forma de proceder no se corresponde con las reglas de la interpretación jurídica, como tampoco, contribuye a una construcción dogmática propia de la actuación informal de concertación.

Como cabe deducir de lo hasta aquí dicho, la participación como parámetro de la actividad administrativa, en especial de las relaciones jurídicas que se desprenden de las actuaciones informales, también asume la función de orientación normativa o norma de conducta que debe ir “más allá de la mera legalidad” (Schmidt Assmann, 2003, pág. 347). Ese “ir más allá” en el caso de la actuación informal requiere asumir un enfoque más amplio que aquel que se le ha dado a través de la regulación de los mecanismos de intervención ciudadana en los asuntos públicos⁷⁰⁴.

En coherencia con lo recién señalado, y tal como se propuso en el Capítulo 2, conviene introducir los aportes de la teoría de la buena gobernanza gracias a su conocimiento de las transformaciones que en la actualidad presenta la interacción entre la ciudadanía y la Administración. En efecto, debe insistirse en que los principios jurídicos, en especial los de la función administrativa, se dirigen exclusivamente a la Administración, por lo que aún no contienen de manera suficiente orientaciones sobre la participación ciudadana en todos los niveles de toma de decisión, sin que por ello asuman funciones públicas. Igualmente, no comprenden la exigencia de una legitimación permanente de la actuación administrativa a través de la participación y control de los ciudadanos⁷⁰⁵.

En consecuencia, **los principios jurídicos como el de la participación en su dimensión procedimental mantienen, por lo menos en el Derecho positivo, un enfoque liberal que no se ajusta a las nuevas condiciones que demanda el modelo de democracia participativa que va más allá de la mera representación**⁷⁰⁶. El estudio del Derecho

⁷⁰⁴ La ciudadanía no puede asumirse solamente como receptor pasivo de las decisiones de la Administración o como afectado individualizado con el derecho de participar puntualmente en los espacios mínimos reservados, para garantizar sus derechos individuales. Esta percepción liberal de la participación es insostenible en una sociedad caracterizada por las crisis ambientales y el pluralismo radical. Siguiendo a Sánchez Morón (1980, pág. 97) el análisis jurídico de la participación no puede hacerse desde la teoría clásica administrativista basada en una metodología iusprivativista, dado que la realidad histórica ha cambiado significativamente: “Ahora no se trata de proteger una esfera individual, sino de colaborar *con* otros sujetos, con la propia Administración, en primer lugar, para establecer las ventajas concretas de tipo colectivo que han de derivar de una actividad administrativa”.

⁷⁰⁵ De modo complementario, los principios de la buena gobernanza resaltan la interacción de todos los actores en la toma de decisiones (Cerrillo, 2005, pág. 19) a partir del reconocimiento de la variedad de actores e intereses que deben involucrar los procesos participativos y la calidad de espacios para el diálogo. Se trata de una nueva manera de comprender la acción de gobierno y su legitimidad, en escenarios distintos a los mecanismos de participación regulados, destacando que las actuaciones informales surgen de la mano de la necesidad de flexibilidad y horizontalidad que la Administración ha identificado en el ordenamiento para reunir y componer todos los intereses que influyen en la toma de decisiones.

⁷⁰⁶ Un ejemplo de este enfoque del procedimiento como protección de derechos individuales en la doctrina española en el trabajo monográfico de Serrano Guirado (1951) en el que se describe el procedimiento

Ambiental, en particular sus principios, y las directrices de la buena gobernanza ponen en evidencia el anacronismo del principio participación (desde un enfoque individualista y de norma de conducta exclusiva de la Administración), debido a la falta de su interpretación sistemática y falta de adaptación a la realidad social.

Recientemente, la Declaración de Río+20, *El futuro que queremos*, reconoció la importancia de la buena gobernanza para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible⁷⁰⁷. En esta misma dirección se han pronunciado gran parte de los acuerdos multilaterales cuyo objetivo es acordar las mejores estrategias para tratar los asuntos ambientales, siendo la promoción de la participación a través de espacios de gobernanza una de las fundamentales⁷⁰⁸.

En lo que respecta a los principios del Derecho Ambiental, cabe citar entre otros, los principios de corresponsabilidad o responsabilidad compartida, desarrollo sostenible y

administrativo tradicional desde la única perspectiva de toma de una resolución individual, en la que el ciudadano solo actúa como interesado, siendo una de las garantías la posibilidad del trámite de audiencia.

⁷⁰⁷ “10. Reconocemos que la democracia, la buena gobernanza y el estado de derecho, en los planos nacional e internacional, así como un entorno propicio, son esenciales para el desarrollo sostenible, incluido el crecimiento económico sostenido e inclusivo, el desarrollo social, la protección del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre. Reafirmamos que para lograr nuestros objetivos de desarrollo sostenible necesitamos instituciones en todos los niveles que sean eficaces, transparentes, responsables y democráticas” (Naciones Unidas, 2012, pág. 2).

⁷⁰⁸ Entre otros: Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, 9 de mayo de 1992 (Organización de las Naciones Unidas, 1992): “Artículo 6. Educación, formación y sensibilización al público. Al llevar a la práctica los compromisos que se refiere el inciso i) del párrafo 1 del artículo 4, las partes: a) promoverán y facilitarán, en el plano nacional y, según proceda, en los planos subregional y regional, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales y según su capacidad respectiva: ...iii) la participación del público en el estudio del cambio climático y sus efectos y en la elaboración de respuestas adecuadas, y iv) La formación de personal científico, técnico y directivo”; Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Organización de las Naciones Unidas, 1997): “Artículo 10. Todas las partes (...) c) Cooperarán en la promoción de modalidades eficaces para el desarrollo, la aplicación y la difusión de tecnologías, conocimientos especializados, prácticas y procesos ecológicamente racionales en lo relativo al cambio climático, y adoptarán todas las medidas viables para promover, facilitar y financiar, según corresponda, la transferencia de esos recursos o el acceso a ellos, en particular en beneficio de los países en desarrollo, incluidas la formulación de políticas y programas para la transferencia efectiva de tecnologías ecológicamente racionales que sean de propiedad pública o de dominio público y la creación en el sector privado de un clima propicio que permita promover la transferencia de tecnologías ecológicamente racionales y el acceso a éstas”; Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los países afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular África (Organización de las Naciones Unidas, 1994), París 17 de junio de 1994. Artículo 3. Principios (...) c) las Partes deben fomentar, en un espíritu de asociación, la cooperación a todos los niveles del gobierno, las comunidades, las organizaciones no gubernamentales y los usuarios de la tierra, a fin de que se comprenda mejor el carácter y el valor de los recursos de tierras y de los escasos recursos hídricos en las zonas afectadas y promover el uso sostenible de dichos recursos; (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2001): “Artículo 10. Información, sensibilización y formación del público. 1. Cada Parte, dentro de sus capacidades, promoverá y facilitará (...) d) La participación del público en el tratamiento del tema de los contaminantes orgánicos persistentes y sus efectos para la salud y el medio ambiente y en la elaboración de respuestas adecuadas, incluida la posibilidad de hacer aportaciones a nivel nacional acerca de la aplicación del presente Convenio”.

participación ambiental en los cuales se resalta la interacción e influencia que tanto gobernantes como gobernados poseen en la gestión de la protección ambiental⁷⁰⁹. Así, el Derecho Ambiental se construye desde una visión compartida y compleja de las relaciones que hacen posible la garantía de los bienes jurídicos que busca regular para su protección (Kloepfer, 1993; Hoffman Riem, 1993; Mora, 2007).

En un contexto de crisis ambiental y pluralismo, tanto la ciudadanía como la Administración buscan un mayor acercamiento para encontrar y asumir decisiones que permitan alcanzar los intereses perseguidos -públicos, comunitarios e individuales (*Vid.* Introducción, II)-. Es ilustrativa la explicación de Ibarra Güell y Blas (2006, pág. 5) desde el enfoque de la gobernanza, sobre la urgencia por una mayor participación en la sociedad contemporánea, que halla su origen en las carencias, los agravios o las preocupaciones “que se supone la participación debe eliminar o paliar”⁷¹⁰. La perspectiva sobre las carencias o demandas de participación presenta un nuevo punto de vista de las relaciones jurídico-públicas que se entablan entre la Administración y los ciudadanos, muy distinto a aquel que

⁷⁰⁹Interesa destacar el principio de corresponsabilidad, en tanto indica que “en la tarea de protección o defensa ambiental las obligaciones que de ella se derivan no recaen exclusivamente sobre un sujeto determinado, sino sobre todos aquellos actores implicados de un modo u otro en tal función. En esta responsabilidad conjunta intervienen los sujetos públicos y privados” (Sans, 1999, pág. 561). En un sentido más explicativo de los cambios que implica el principio de corresponsabilidad en la actividad administrativa ambiental, Mora (2007, págs. 108-109) considera que “el principio de responsabilidad compartida se configuraría como un principio instrumental de una tutela ambiental renovada, en cuya virtud se impone la revisión de las relaciones entre Administración Ambiental y ciudadanos, para lograr una gestión participada del bien jurídico ambiente como clave de una dimensión de la tutela ambiental preventiva, en el sentido de que ésta se articula ahora más en torno a la relación jurídico-administrativa compleja surgida en relación con el bien aludido y no en función de las formas de intervención de la Administración...”. En igual sentido, (Betancor, 2001, pág. 253). Este principio tiene su origen en el Derecho Internacional Ambiental en la Declaración de Estocolmo de 1972 en el principio 19 (Sánchez, 2008, pág. 34); posteriormente fue incluido en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 en la que se hace énfasis en el involucramiento de colectivos especiales como las mujeres, de los jóvenes y las comunidades étnicas (principios 20, 21 y 22), (Sánchez, 2008, págs. 38-39). En el ámbito europeo el principio de corresponsabilidad se incluye en la Cumbre de Dublín de 1990 y más tarde en el Quinto Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea (Sanz, 1999, pág. 565). También se incluye como principio en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública: la participación ciudadana se tiene que orientar en general por el principio de corresponsabilidad social, por el cual los ciudadanos y las ciudadanas, individualmente o agrupados en colectivos, tienen que contribuir al bien común o interés general de la sociedad. En tal sentido, debería entenderse la correlación existente entre los derechos y los deberes que conlleva el ejercicio efectivo de la ciudadanía para el fortalecimiento de la democracia participativa” (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2014, pág. 9).

⁷¹⁰ Así, tanto la Administración como la ciudadanía demandan mayor participación cuando, por ejemplo, advierten una carencia de legitimación de los gobernantes y de las instituciones políticas; la falta de resultados eficaces en las decisiones públicas; la actitud pasiva y de desprecio del ciudadano por la actividad pública; y la desigualdad política. En estos casos, tanto gobernantes como ciudadanos promueven espacios participativos como forma de alcanzar mayor legitimidad para realizar los programas políticos, generar mayor confianza y vinculación de la ciudadanía, y asegurar decisiones más eficaces (Ibarra Güell & Blas, 2006, págs. 7-10).

ve en la prerrogativa pública su fundamento⁷¹¹. Ahora bien, es conveniente indicar que con las anteriores afirmaciones no se pretende asegurar que el empleo de las actuaciones informales de concertación soluciona todas las carencias de participación y son una alternativa “ideal” frente a las otras formas jurídicas como el acto o el contrato⁷¹². Como sucede incluso en escenarios regulados, la actuación informal no está exenta de caer en los mismos problemas que cree solucionar, tales como las carencias de acceso, igualdad y amplia participación.

En suma, **la existencia de una habilitación legal general a la Administración para emprender actuaciones informales de concertación, la falta de procedimentalización y, por lo general, los complejos asuntos que son objeto de negociación⁷¹³ exigen del principio de participación un contenido robusto de garantías para encauzar su realización en la práctica.** Tal contenido deberá tener en cuenta en particular: el fin público que persigue para establecer si los medios usados son apropiados para alcanzar tal fin (racionalidad de la actuación); y las diferentes relaciones jurídicas multilaterales generadas, lo que implica la determinación de la diversidad de intereses y derechos involucrados. Se trata de una relación de variables complejas que sin unos claros parámetros de conducta pueden provocar la vulneración de derechos conexos y por tanto, falta de garantías para el desarrollo de la misma participación como un fin constitucional.

b) La participación como principio jurídico.

En el ámbito constitucional colombiano, explica el profesor Manuel Quinche (2008, pág. 41) que la participación se entiende en varios sentidos, a saber: como el marco en el que habrán de ser desarrollados los fines, valores y principios; como un principio constitucional

⁷¹¹ Esta manera de percibir parte de las relaciones jurídico-públicas explica la conveniencia de las actuaciones informales de concertación. Dado que el Derecho positivo todavía no alcanza a integrar completamente estas formas de relación, la respuesta es la creación de formas de actuación creativas que permiten tanto la flexibilidad necesaria como el marco legal suficiente, para poder responder a las demandas de participación y lograr los cometidos públicos.

⁷¹² Kloepfer (1993, págs. 50-53) llama la atención sobre los peligros que las actuaciones informales representan para la seguridad jurídica, la reserva de Ley y la igualdad. En un sentido similar sobre los riesgos de las actuaciones informales en la garantía de derechos e inobservancia de principios constitucionales: Shulze Fielitz (1993, pág. 103); Schulte (1993, 130-132); Stober & González-Varas (1995, págs. 583-587); Sánchez Pérez (2012, págs. 88-89); y Del Campo (2012, págs. 197-198)

⁷¹³ Como se describió en el capítulo 2 (*Vid.* Cap. 2.F) en el caso del ordenamiento ambiental colombiano se reconocen instancias de participación y concertación en temas diversos y complejos como por ejemplo: mejores tecnologías disponibles, producción y consumo sostenible, conservación de la biodiversidad, seguridad alimentaria etc.

de la democracia; como un derecho fundamental con diferentes modalidades de participación en la conformación, ejercicio y control del poder público; y, finalmente, como desarrollo de los mecanismos de participación democrática⁷¹⁴. Como principio, el artículo 3 C.P lo incluye como integrante de la democracia participativa y la democracia representativa (Quinche, 2008, pág. 81).

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-089 de 1994, 1994), el principio democrático es universal y expansivo. Universal en tanto “compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados”, es decir, no se cumple solamente a través de los mecanismos electorales; y expansivo, debido a que “su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente”.

El carácter universal y expansivo del principio democrático fundamenta la ampliación de la participación en todos los espacios de toma de decisión en los cuales exista interés de intervención de la ciudadanía. Este carácter expansivo del principio democrático, al no hacer excepciones, comprende todo el ejercicio de la actividad estatal en donde se presenta el interés ciudadano de participar o la iniciativa de la Administración de promover espacios participativos, en los que estarían, por tanto, inmersas las actuaciones informales de concertación. En consecuencia, del carácter universal y expansivo del principio de participación se desprende la obligación del Estado de garantizar, promover y mejorar los espacios de toma de decisión en todos los ámbitos de la vida pública, lo que implica, en materia ambiental, adoptar las reglas que permitan el ejercicio efectivo de la participación⁷¹⁵.

Este acápite se propone la presentación de una serie de directrices de participación dirigidas a la actuación informal de concertación. Para este fin, se acude a los diferentes instrumentos internacionales en materia de Derecho Ambiental, la jurisprudencia interna -

⁷¹⁴ Sobre los diferentes mecanismos de participación en el ordenamiento colombiano consultar: Ceballos & Martín, 2001; Puerta, Pérez, Idarraga, & Múnera, 2006; Quinche, 2008; Younes-Moreno, 2009.

⁷¹⁵ De acuerdo con Almonte (2003) la participación en materia ambiental adopta tres formas concretas: “1. La intervención en los procesos de toma de decisiones (definición de políticas y planes) que tengan incidencia ambiental y afecten la calidad de vida; 2. Intervención en la gestión ambiental a través de la ejecución directa o supervisión de planes y programas; 3. Acciones ejercidas para tratar de revertir actividades y decisiones que ponen en riesgo al ambiente e impiden el disfrute y goce del derecho al medio ambiente sano”.

como la proferida en los casos de Consulta Previa-, y los principios de la buena gobernanza con el objetivo de proponer una interpretación sistemática en su aplicación.

Las diferentes fuentes coinciden en que las características del bien o fin jurídico-público protegido exigen unos criterios clave que deben guiar los procesos participativos⁷¹⁶. Es verdad que en el caso de los instrumentos internacionales se hace énfasis en la participación ambiental; asimismo, en la jurisprudencia interna -en Consulta Previa- además se incluye el derecho a la identidad y autodeterminación de las comunidades étnicas. Sea como fuere, se entiende que el conjunto de garantías identificadas pueden aplicarse a cualquier tipo de actuación administrativa dada su universalidad, sin imponer restricciones a actuaciones formalizadas o informales.

Este repertorio de orientaciones reformula el enfoque que de la participación se ha mantenido en el procedimiento administrativo, y en lo que interesa a este trabajo, constituye las reglas que debe observar la actuación informal de concertación como quiera que ésta se basa en una concepción flexible de la Ley y de mayor horizontalidad en la relación Administración-ciudadanía. Una breve recapitulación de las consecuencias prácticas del principio de participación serían las siguientes: 1. Legitimación activa amplia para intervenir en procesos de concertación; 2. Flexibilidad de oportunidades y plazos de intervención ciudadana; 3. Acceso adecuado, suficiente, veraz y oportuno a la información.

- Legitimación activa amplia para intervenir en procesos de concertación.

Todo proceso de toma de decisión exige la participación extendida tanto a grupos organizados como a ciudadanos individualmente considerados, máxime si se trata de asuntos ambientales en todos los niveles que corresponda. Contrario al caso del procedimiento administrativo formal *-tradicional-* en el que esta directriz implicaría la ampliación del

⁷¹⁶ Además de los diferentes instrumentos internacionales cabe citar en el espacio europeo el Convenio Aarhus que establece cinco presupuestos para la participación en debida forma: "...en primer lugar, que las organizaciones no gubernamentales siempre tienen derecho a participar. En segundo, que se podrá acceder a todas las informaciones pertinentes; [tercero] que la participación se producirá siempre desde el inicio del procedimiento de decisión, cuando es posible una influencia real en la decisión en cuestión; [cuarto] que los plazos deben ser suficientes para que haya una participación efectiva. Y por último [quinto], que la decisión final tomará en cuenta los resultados de la participación del público" (Pigrau & Borrás, 2008, pág. 37).

requisito de intervención exclusiva a los afectados en sus derechos individuales⁷¹⁷. Por consiguiente, cualquier ciudadano que considere que una decisión pueda afectar el interés público tendrá legitimación suficiente para ser convocado y exigir su derecho de intervención⁷¹⁸.

Debemos tener en cuenta que, en cuanto principio, este criterio debe tratar de ser optimizado en todo procedimiento, también en los relativos a la actuación informal de concertación. En esta dirección, la Administración tiene el deber de establecer las formas de publicidad y convocatoria más adecuadas para informar la existencia de los procesos de toma de decisión a todos los posibles interesados⁷¹⁹. Consecuente con esta regla, los procesos comprenden tanto la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, como el

⁷¹⁷ La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, elevó a la categoría de principio la participación de la ciudadanía en los procesos de adopción de decisiones en todos los niveles que corresponda. La Declaración reconoce que el ejercicio eficaz de la participación ambiental encierra ciertos derechos: el acceso a la información; el acceso a los procesos de toma de decisión políticos y administrativos; y el acceso a la justicia. “Principio 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. (Organización de las Naciones Unidas, 1992).

⁷¹⁸ En el ordenamiento ambiental colombiano ha avanzado en la regulación de este derecho a partir de su reconocimiento en los artículos 69 y 70 de la Ley 99 de 1993 como la figura de terceros intervinientes en los procedimientos de solicitud de todo tipo de permisos ambientales incluyendo las licencias ambientales, que no requieren justificar ningún interés o afectación directa para solicitar su intervención (Congreso de la República, 1993).

⁷¹⁹ Debe citarse como antecedentes internacionales de esta regla, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982: Resolución 37/7 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1982): “23. Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando este haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización. 24. Incumbe a toda persona actuar de conformidad con la presente carta; toda persona actuando individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurará que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la presente Carta”. Y la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986: Resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. “Artículo 8. 2. Los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas como factor importante para el desarrollo y para la plena realización de todos los derechos humanos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1986). y el Informe Brundtland de 1987, el cual destacó dentro de sus conclusiones que la meta de alcanzar el desarrollo sostenible exige la distribución equitativa de los recursos, garantizando la participación ciudadana en todos los procesos de decisión” (Organización de las Naciones Unidas, 1987).

acceso a procedimientos administrativos incluidos los espacios informales de concertación y los judiciales⁷²⁰.

En los casos de concertación informal tomados examinados en este trabajo, esta regla se cumple en distintos grados. Por ejemplo en la elaboración de los MdE, la autoridad ambiental hace una amplia convocatoria a toda la ciudadanía y a diferentes entidades gubernamentales del orden nacional, regional y local interesadas en la conservación de la biodiversidad. Los distintos participantes conforman mesas temáticas de discusión y acuerdos, así como órganos de administración como la Asamblea General y el Comité Coordinador⁷²¹. En este proceso no se exige como requisito alegar un interés particular, más allá del interés de trabajar conjuntamente por la defensa del ambiente⁷²².

Por su parte, en los casos de Acuerdos REM y el mecanismo de la Consulta Previa debido al fin constitucional que persiguen – protección y garantía de los derechos fundamentales a la libre determinación y a la participación de comunidades étnicas⁷²³- la convocatoria se restringe a las comunidades que puedan ser afectadas por la decisión, como en la propuesta de

⁷²⁰ La Declaración de Malmö de 2000, Celebrada en Malmö-Suecia del 29 al 31 de mayo de 2000 en la cual se celebró el Primer Foro Global Ministerial de Medio Ambiente exaltó la importancia de la amplia participación para el éxito de la lucha contra el deterioro ambiental y la necesidad de fortalecer el acceso a la información, a los procesos de toma de decisión y a la justicia ambiental de la sociedad civil: “*Conscientes también* de que el éxito en la lucha contra la degradación del medio ambiente depende de la plena participación de todos los agentes de la sociedad, de una población sensibilizada y educada, de respeto a los valores éticos y espirituales y a la diversidad cultural, y a la protección de los conocimientos indígenas (...) 15. La sociedad civil ha encontrado nuevas formas efectivas de expresión de los sentimientos y preocupaciones populares. Contribuye activamente a promover propósitos y valores ambientales compartidos. La sociedad civil lleva a cabo una importante función para señalar las nuevas cuestiones ambientales a la atención de los encargados de la adopción de políticas, sensibilizar al público, promover ideas y enfoques innovadores, así como la transparencia y la práctica de actividades no corrompidas en la adopción de decisiones ambientales. 16. Debe reforzarse a todos los niveles la función de la sociedad civil mediante la libertad de acceso a la información ambiental, la amplia participación en la adopción de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en relación con las cuestiones ambientales. Los gobiernos deben crear condiciones que faciliten la capacidad de todas las partes de la sociedad para tener una voz y desempeñar una función activa en la creación de un futuro sostenible” (UNEP, 2000).

⁷²¹ En esta instancia, el último MdE 2010-2015 fue firmado por 47 representantes de 10 entidades públicas nacionales, 17 autoridades regionales, 2 de sistemas regionales de áreas protegidas, y 18 organizaciones no gubernamentales (Parques Nacionales Naturales, 2013, págs. 7-8).

⁷²² Conforme al Informe de Avances de 2013 (Parques Nacionales Naturales, 2013, pág. 13): “La vinculación a las Mesas Temáticas está abierta a las entidades y organizaciones que manifiesten esta voluntad, para ello solo es necesario manifestar la voluntad de hacer parte de cada una de ellas al correo lcorrea@parquesnacionales.gov.co y Parques Nacionales Naturales procederá a remitir los formatos que debe firmar el representante de la entidad y de esta manera ratificar esa voluntad de participar en estos espacios”.

⁷²³ Debe recordarse que la Consulta Previa además de ser un mecanismo de participación es reconocido como un derecho fundamental por sí mismo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU- 039 de 1997, 1997). Sobre los derechos fundamentales a la libre determinación y a la participación de comunidades étnicas Ver: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T- 823 de 2012, 2012)

megaproyectos en sus territorios o declaración de áreas protegidas, o en general interesadas por su especial condición indígena en los eventos de proyectos de Ley, reglamentos o reformas a la Constitución (un recuento de esta jurisprudencia en el **Cuadro 5**). En estos eventos, la regla de una publicidad y convocatoria adecuada se relaciona con el deber de la Administración de identificar a las comunidades en sus territorios y de establecer los medios más eficaces para su notificación⁷²⁴.

Los casos citados también son ejemplo de la concertación informal en todos los niveles de toma de decisión tales como: formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas, procesos legislativos y decisiones administrativas⁷²⁵. En este punto es ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, citada anteriormente en este trabajo, que ha establecido el deber de Consulta Previa en medidas legislativas, considerando como tal todo tipo de decisiones públicas (*Vid.* Cap. 3.A-II).

Por su parte, el principio de participación de la buena gobernanza⁷²⁶ concibe una forma de gobernación en la que se reconoce que todos los actores poseen la responsabilidad de cooperar en la toma de decisiones públicas⁷²⁷. De acuerdo con este principio, se confirma que

⁷²⁴ Entre otras sentencias: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia SU-039 de 1997, 1997; y Sentencia SU 383 de 2003).

⁷²⁵ En este punto conviene también citar en el ámbito europeo la adopción del Convenio de Aarhus (Ratificado por la Comunidad Europea mediante la Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 y por el Estado español, por medio del instrumento de ratificación de 15 de diciembre de 2004, BOE 16 de febrero de 2005) en el cual se amplía el alcance del derecho a la participación. El Convenio consigna un concepto amplio de la participación estableciendo tres modalidades en las que se involucra a los ciudadanos: en la elaboración de la política ambiental, el debate normativo y su aplicación práctica⁷²⁵. Específicamente, los niveles en los que se exige a los Estados miembros garantizar la participación activa de la ciudadanía son: en la toma de decisiones relativas a actividades específicas (art.6), planes, programas y políticas relativos al medio ambiente (art.7) y en la fase de elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos normativos jurídicamente obligatorios de aplicación general (art.8) (Pigrau & Borrás, 2008, pág. 36).

⁷²⁶ De manera específica, la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible de 2002, consignó como compromiso de la comunidad internacional: “30. (...) fortalecer y mejorar la gobernanza en todos los planos para lograr la aplicación efectiva del Programa 21, los objetivos de desarrollo del Milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre”. La Declaración también toma como compromisos con el desarrollo sostenible: “26. Reconocemos que el desarrollo sostenible exige una perspectiva a largo plazo y una amplia participación en la formulación de políticas, la adopción de decisiones y la ejecución de actividades a todos los niveles. Como parte de nuestra colaboración en la esfera social, seguiremos bregando por la formación de asociaciones estables con todos los grandes grupos, respetando su independencia, ya que cada uno de ellos tiene un importante papel que desempeñar.

27. Convenimos en que en la realización de sus actividades legítimas el sector privado, incluidas tanto las grandes empresas como las pequeñas, tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles”.

⁷²⁷ En el ejercicio de una buena gobernanza, la participación se justifica por dos razones (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010, pág. 76): la primera, porque en una democracia representativa no todas las actividades del gobierno están controladas por los representantes del pueblo; y la segunda, se relaciona con una

en todas las fases de la administración de los asuntos públicos siempre están presentes diferentes actores e intereses que deben ser tenidos en cuenta (Prats, 2005b, pág. 169)⁷²⁸.

De igual manera, a los actores privados les corresponde una importante responsabilidad al hacer parte de los espacios de participación. Esto es, acudir a la convocatoria; tomar parte en la definición de las reglas para la toma de decisiones; expresar y dialogar sobre sus intereses; exigir el cumplimiento de las condiciones para la participación; y asumir los compromisos. No obstante, debe tenerse en cuenta que la efectividad de su participación varía según la provisión de información de las autoridades públicas y del grado de colaboración de los interesados (Lebel, y otros, 2006).

- Flexibilidad de oportunidades y plazos de intervención ciudadana.

La oportunidad de la intervención ciudadana se amplía desde el inicio de los procesos de decisión con flexibilidad de plazos para garantizar una oportuna participación. Esta regla exige una actividad de planeación de la Administración en la que identifique de manera precisa los tiempos y los espacios institucionales idóneos para llevar a cabo los procesos de concertación. En específico en materia de asuntos ambientales, Navarro (2001, pág.16) resalta el carácter multiforme de la participación, que debe abarcar desde la información hasta la efectiva inclusión de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Este requisito exige la disposición de espacios de liberación estables, de ahí que existan las garantías institucionales de existencia de espacios abiertos, regulares y transparentes (Parejo, 2004, pág. 51)⁷²⁹. De manera concurrente, los ciudadanos dispuestos a participar en el proceso

cuestión de legitimidad de la Administración, en la que se exige que “en todas las actividades del gobierno que tienen consecuencias directas para las personas, las personas directamente afectadas sean involucradas en el proceso de toma de decisiones”.

⁷²⁸ Para el caso de la buena gobernanza europea, se formula el principio de participación como guía en la formulación y ejecución de las políticas públicas en cualquier nivel de gobierno. Esto es, la participación de la ciudadanía en todo el ciclo de las políticas públicas (Parejo, 2004, pág. 33). Deben tenerse en cuenta las críticas de Curtin & Dekker (2002, pág. 144) en tanto que en el Libro Blanco no se tomaron en cuenta cuestiones importantes sobre el acceso a la información y las políticas de comunicación de las instituciones. Todavía se mantiene en un lugar marginal a la sociedad civil “la Comisión adopta un enfoque corporativista ya incorporados en el ordenamiento jurídico comunitario de los interlocutores sociales, e insiste monótonamente sobre la necesidad de que la sociedad civil sea “representativa” y transparente o abierta”.

⁷²⁹ El profesor Parejo (2004, pág. 51) estima que este deber hace parte del principio de democracia participativa promovido por la gobernanza europea. Implica también procesos deliberativos o de gobernanza con una

deberán asumir la responsabilidad de cumplir con los requerimientos de modo y lugar dispuestos en los espacios institucionales. Ibarra Güell (2011, pág. 155) ilustra más sobre la calidad que deben contener estos espacios de gobernanza, a través del *escenario único de producción* que se refiere a que: “Lo que «llega» desde la sociedad a las autoridades decisorias, en principio sólo debe ser aquello que sea construido de forma pública y transparente en el correspondiente espacio. El poder político debe aceptar, en el grado que sea, las demandas provenientes sólo de los espacios públicos por los que se vehiculizan los intereses, anhelos de los ciudadanos”. De acuerdo con este requisito, la Administración se obliga a establecer espacios abiertos y transparentes a través de los cuales entablar el diálogo, y a los ciudadanos se les conmina a participar en ellos y conducir sus demandas a través de los mismos; asimismo, ambas partes se obligan a no llevar procesos alternos con otros grupos de interés. Sobre esto último se volverá más adelante al tratar el principio de transparencia.

En el ámbito regional, la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (OEA, 2001), adoptó principios y recomendaciones políticas dirigidos a fortalecer los procesos de decisión participativa con base en la perspectiva de la gobernanza y la distribución de responsabilidades de todos los actores interesados⁷³⁰, en particular los principios de *proactividad, apertura a través de todo el proceso y acceso*⁷³¹. Es importante destacar que la Estrategia con sus principios básicos hace referencia a un conjunto de procesos de toma de decisión que no necesariamente corresponden a procedimientos de participación regulados o reconocidos formalmente por una norma jurídica expresa. En términos generales cabe decir

intervención activa de la Administración como director o coordinador (Cerrillo, 2005, págs. 14-16; Peters & Pierre, 2005, págs. 50-51); por su parte Kooiman (2005, págs. 72-73) destaca la oportunidad que tiene el gobernante para solucionar problemas a través del establecimiento de espacios de gobernanza que permiten la identificación de intereses.

⁷³⁰ En el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos –OEA– adoptó por medio de la Resolución CIDI/RES. 98 (V-O/00), la Estrategia Interamericana para la Promoción de la Participación Pública en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible (OEA, 2001). Esta estrategia surgió como cumplimiento al mandato encomendado a la OEA por la Conferencia Cumbre sobre Desarrollo Sostenible reunida en Bolivia en 1996.

⁷³¹ “**Proactividad.** La participación pública requiere que los gobiernos y la sociedad civil tomen iniciativas en concordancia con sus respectivos papeles para desarrollar su potencial máximo y enriquecer el proceso de toma de decisiones para el desarrollo sostenible (...) **Apertura a través de todo el proceso.** La participación extensa y continua durante todo el proceso de diseño, ejecución y evaluación de proyectos, políticas o programas, inspira nuevas ideas y conocimientos, legitima las decisiones y enriquece los resultados. Un proceso de toma de decisiones que sea abierto a incluir aportes en todas sus fases, puede beneficiarse de ajustes cuando sea necesario responder a nueva información o circunstancias. (...) **Acceso.** La participación de la sociedad civil en decisiones sobre desarrollo es fundamental para lograr soluciones duraderas. Para participar en forma efectiva, los ciudadanos deberían tener acceso oportuno en los diversos niveles de gobierno, a la información, al proceso político y al sistema judicial”.

que la Estrategia reconoce una variedad de procesos de concertación informal en materia ambiental que exigen la observancia de los derechos y garantías relacionadas con el cumplimiento del principio de participación.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Consulta Previa establece reglas que bien pueden adoptarse como límites o parámetros para la Administración y los ciudadanos en la planeación de espacios informales adecuados de participación. Entre estas reglas se señala el **Carácter preeminente del diálogo**⁷³². Al respecto, se entiende que la Consulta Previa y todo mecanismo de participación debe estar provisto de las condiciones necesarias para el diálogo y la concertación. La Corte Constitucional ha enfatizado en la prohibición de posturas adversariales, teniendo en cuenta que se trata de la consecución de acuerdos en los que debe observarse “un diálogo entre iguales en medio de las diferencias”⁷³³. De forma similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) ha considerado como condición de la Consulta Previa: “responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas”⁷³⁴, en consecuencia se exige el establecimiento de “un clima de confianza

⁷³² Una enumeración de la jurisprudencia relacionada con la regla del *Carácter preeminente del diálogo* en el **Cuadro 5**.

⁷³³ “No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011). “Como se advirtió, el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461 de 2008, 2008).

⁷³⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), integra a esta regla el *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas* (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2005, párr. 46): “En este Informe, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas estableció que la consulta informada “debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas). Procedimientos que puede entrañar el proyecto”. Véase asimismo el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Consejo de Derechos Humanos, 2009, párrs. 21 y 23).

mutua”⁷³⁵ y “la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”.

En la actividad informal de concertación ambiental, el diálogo es condición de la negociación tanto de estrategias de conservación como de medidas de control de la contaminación. Teniendo en cuenta que los procesos de concertación deben ampliarse a toda la ciudadanía interesada, es necesario conservar la prohibición de posiciones adversariales entre los participantes, con lo cual, la Administración debe cumplir un papel activo en la mediación del diálogo⁷³⁶.

- Acceso adecuado, suficiente, veraz y oportuno a la información.

El acceso a la información debe ser adecuado, suficiente, veraz y oportuno, cumpliendo con un régimen estricto de reglas. Esta directriz implica no solo que la Administración no niegue el acceso, sino que ésta debe difundir el tipo de información que está en su poder y que es pertinente para llevar a cabo procesos de concertación.

Los diferentes instrumentos internacionales ya citados se refieren al principio de participación como una institución jurídica que comprende un conjunto de derechos y garantías indispensables para su realización práctica, siendo el acceso a la información ambiental uno de estos derechos⁷³⁷. De acuerdo con Pérez y Makowiak (2004), el acceso a la

⁷³⁵ Sobre el particular se citan como informes de soporte: “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), 2007, párr. 53). Véase asimismo el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 2005).

⁷³⁶ “la participación, en tanto puente entre la sociedad y el Estado implica mirar estos dos polos de la relación no como antagónicos, sino como complementarios. En otras palabras, la participación no es una repartición del poder suma cero, sino suma positiva: no se trata de entender la participación como negación del Estado por parte de la sociedad civil, ni como estatización de la sociedad que termina por subsumirla en lógicas puramente estatales. Los sistemas democráticos modernos se apoyan en el fortalecimiento de la esfera pública considerándola como lugar de encuentro entre actores sociales y políticos para la deliberación y la toma de decisiones colectivas. En tal sentido la participación fortalece a la vez al Estado y a la sociedad, sin que ello represente una pérdida de identidad de uno u otra”. (González & Velásquez, 2003, pág.63)

⁷³⁷ El acceso a la información como derecho ha sido reconocido por el Sistema de la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 59 (1) de 1946 la Asamblea General. En esta Resolución se reconoce que: “la libertad de información es un derecho humano fundamental y [...] la piedra angular de todas las libertades a las que están consagradas las Naciones Unidas” y que abarca “el derecho a juntar, transmitir y

información ambiental es un “derecho-deber” dado que no solo implica una prerrogativa del ciudadano sino un deber positivo del Estado de garantía⁷³⁸. En cuanto a su finalidad, se trata de un derecho instrumental debido a su carácter de presupuesto indispensable para poder ejercer otros derechos como el del acceso a los procesos de toma de decisión y a la justicia (Casado Casado, 2009, pág. 283), así como el mismo derecho a un ambiente sano.

Además de su reconocimiento internacional⁷³⁹, debe mencionarse que en el ámbito comunitario europeo, el derecho al acceso a la información pública⁷⁴⁰ se presenta como una estrategia esencial para alcanzar “una Unión Europea más transparente” (Guichot, 2011, pág. 14)⁷⁴¹ y, desde luego, estrategia que en materia ambiental se concreta con la adopción del

publicar noticias” (OEA, 2006, pág. 16). De igual manera es reconocido por el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (PIDCP) y específicamente en materia ambiental, como se citó atrás, se reconoció el derecho al acceso a la información en la Declaración de Río 92.

⁷³⁸ “Cabe citar a Jellinek, que tuvo el mérito de precisar la distinción entre derechos y libertades. Este teórico del derecho alemán, en efecto distingue los derechos de carácter positivo, o “derechos-deber”, de los “derechos-libertades”. Los primeros requieren la acción positiva del Estado, mientras que estos últimos implican, al contrario, la abstención del Estado y garantizan la protección de la esfera individual. A base de esta distinción, resulta claro que el acceso a la información se asimila más bien al derecho-deber. El acceso a la información implica, en tanto que derecho, que los poderes públicos asuman un número determinado de medidas positivas para garantizar su ejercicio; en Francia, por ejemplo, el legislador creó en 1978, una “comisión de acceso a los documentos administrativos”, ante la cual toda persona puede acudir en caso de negativa de la administración de suministrar algún documento” (Pérez & Makowiak, 2004).

⁷³⁹ Reconocido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 1948); y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969). Con respecto al derecho al acceso a la información ambiental en la región latinoamericana puede citarse el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Organización de las Naciones Unidas, 1992); y la Declaración sobre el Principio 10 en América Latina y el Caribe (Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2015), entre otros instrumentos de *soft law*.

⁷⁴⁰ En el marco de la política comunitaria, “la cuestión del acceso a la información como un elemento esencial de la política ambiental comunitaria no se produjo hasta mediados de los años ochenta, puesto que hasta ese momento se configuraba únicamente como una obligación exigible a los Estados miembros en el marco del control del cumplimiento de la normativa comunitaria” (González Bondía, 2008, pág. 89). Las primeras normas comunitarias relacionadas con el acceso a la información fueron la Directiva 82/501/CEE del Consejo de 24 de junio relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales, modificada por la Directiva 96/82/CE del Consejo de 9 de diciembre de 1996 (estas Directivas se conocieron como las Directivas Seveso I y II) y más tarde por la Directiva 2003/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2003. Estas normas se limitaban a establecer el acceso a la información al público sobre informes de seguridad relacionados con los riesgos que pueden generarse por graves accidentes.

⁷⁴¹ “En todo caso, una pieza, si no única, sí fundamental para la consecución de una Unión Europea más transparente, es el derecho de acceso a la información pública. En las dos últimas décadas se ha ido construyendo todo un trenzado normativo, al máximo nivel “constitucional” –con reconocimiento en los Tratados y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales– y con desarrollo “legal” (hoy, en el Reglamento 1049/2001), y “reglamentario” (en los Reglamentos internos de cada institución, órgano, organismo o agencia), todo ello utilizando las categorías clásicas nacionales aún no reconocidas formalmente en la Unión, tras el fracaso en la ratificación del Tratado por el que se aprueba una Constitución Europea. A ese trenzado normativo se ha unido otro organizativo; en general, las instituciones han sido conscientes de que no basta el reconocimiento del derecho de acceso, sino que es necesario aportar, además, medios personales y materiales y

Convenio Aarhus por los Estados miembros. Así frente a la antigua concepción sobre la participación en la que bastaba el sistema político electoral o la difusión de manera discrecional de información por la Administración, el derecho a la participación en el ámbito ambiental europeo se fortalece a través de un sistema reforzado de garantías (Pigrau & Borrás, 2008, pág. 37).

En lo que concierne al acceso a la información ambiental en el ordenamiento interno, este derecho es reconocido por la Constitución en el artículo 74, cuando consigna que: “Todas las personas tienen derecho acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la Ley”. Y en el artículo 23, al establecer el derecho fundamental de “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

En especial, la Ley 99 de 1993 en el artículo 74 reguló el derecho de petición de información ambiental⁷⁴², y los artículos 69 a 70 consagran la garantía de toda persona a intervenir en los procedimientos administrativos y a la notificación por escrito, de las decisiones que pongan término a una actuación administrativa ambiental para la expedición, modificación o cancelación de una licencia o permiso que afecte o pueda afectar el medio ambiente⁷⁴³. Si bien este marco jurídico es aplicable de manera general a la actuación informal de concertación en virtud de su vinculación general a la legalidad, el derecho a intervenir y ser notificado de las decisiones ambientales solo opera en el procedimiento administrativo que tiene por objeto la expedición de los actos administrativos que

hacer una labor de difusión activa de la existencia del derecho, adaptar el lenguaje jurídico-normativo a la capacidad de comprensión del ciudadano medio –mediante guías del ciudadano, síntesis, etc.–, auxiliar a los ciudadanos en su ejercicio –poniendo todas las facilidades y admitiendo todos los medios de solicitud–, dando la mayor facilidad para el acceso –con principios como la gratuidad para las solicitudes simples o la libre elección de modalidad de acceso– y dotando al sistema de mecanismos rápidos y gratuitos de recurso” (Guichot, 2011, págs. 30-31).

⁷⁴² “Toda persona natural o jurídica tiene derecho a formular directamente petición de información en relación con los elementos susceptibles de producir contaminación y los peligros que el uso de dichos elementos pueda ocasionar a la salud humana, de conformidad con el artículo 16 de la Ley 23 de 1973. Dicha petición debe ser respondida en diez (10) días hábiles. Además, toda persona podrá invocar su derecho a ser informada sobre el monto y utilización de los recursos financieros que están destinados a la preservación del medio ambiente” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

⁷⁴³ Igualmente, la legislación incluyó la necesidad de crear sistemas de información ambiental, a partir del CNRNR de 1974. El art. 20 establece la obligación del Estado de organizar y actualizar “un sistema de información ambiental, con los datos físicos, económicos, sociales, legales, y en general, concernientes a los recursos naturales renovables y al medio ambiente. Al respecto: Lora, Muñoz, & Rodríguez (2008, pág. 30).

expresamente indica la Ley. Cuestión distinta se encuentra en el derecho de petición ambiental, que al no incluir una restricción como la indicada, puede proceder para acceder a información relacionada con cualquier proceso de concertación informal.

En todo caso en el orden interno la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁴⁴ y las recomendaciones producto de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)⁷⁴⁵ establecen una serie de parámetros de conducta que pueden ser ajustados a las actuaciones informales, según sus particularidades. En particular, el SIDH ha reiterado el carácter derecho humano del acceso a la información y ha establecido un “régimen de acceso a la información”, con base en unas reglas para la garantía de su ejercicio en la región (OEA, 2006, págs. 32-44)⁷⁴⁶:

-Legitimación activa: toda persona es titular del derecho, por lo que no se le impone el deber de demostrar interés particular alguno e independiente de cualquier condición como migratoria⁷⁴⁷.

- Obligación positiva del Estado de suministrar información o de otorgar una respuesta fundamentada ante una solicitud⁷⁴⁸.

-Legitimación pasiva: es deber de todos los órganos y servidores del Estado otorgar información⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ Existe un importante precedente jurisprudencial constitucional sobre el derecho al acceso a la información, entre los que se cita: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-679 de 2005; Sentencia T- 580 de 2010; Sentencia T- 161 de 2011; Sentencia T- 511 de 2011).

⁷⁴⁵ Por aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 1969), las recomendaciones producto de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos tienen aplicación en cada uno de los Estados miembros como instrumentos de *soft law*.

⁷⁴⁶ Este régimen se construyó a partir de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2006).

⁷⁴⁷ Solamente se deben imponer las restricciones legítimamente configuradas en la legislación interna. “La Relatoría desea destacar que, para un efectivo funcionamiento de un sistema de acceso a la información, es óptimo que las personas que solicitan la información otorguen su nombre, una dirección a donde debe responder el Estado, así como detallen con claridad la información que se solicita. Asimismo, si se conoce la existencia de una limitación legítima al suministro de la información, el solicitante puede describir el interés que tiene en obtener dicha información o una afectación personal, de forma tal que las autoridades puedan realizar el balance entre dicho interés y el posible daño que se ocasionaría con el suministro de la información a otro derecho o fin legítimo que se intenta proteger a través de la referida limitación” (OEA, 2006, pág. 34).

⁷⁴⁸ “La Corte estableció que, para garantizar efectivamente el derecho de buscar información, la autoridad estatal administrativa encargada de resolver una solicitud debe adoptar una decisión escrita debidamente fundamentada que permita conocer cuáles son los motivos y normas en que se basa para no entregar la información en el caso concreto. De esta manera, analizando dicha decisión se podrá determinar si tal restricción es compatible con los parámetros dispuestos en la Convención” (OEA, 2006, pág. 34)

⁷⁴⁹ “La Relatoría afirma que es óptimo que la legislación sobre acceso al momento de describir los sujetos obligados a suministrar información o responder, también revista amplitud y se centre en el servicio que dichos sujetos proveen o las funciones que ejercen¹⁰¹. Dicha amplitud supone incluir como sujetos obligados no

-Objeto del derecho: sistema de información y no de acceso a la documentación⁷⁵⁰.

- Máxima divulgación, publicidad y transparencia como garantía del derecho de acceso a la información en poder del Estado. La obligación de poner a disposición información de oficio⁷⁵¹.

-Procedimiento administrativo para ejercer el derecho a buscar información⁷⁵².

-Recurso judicial para garantizar el derecho de acceso. Si no existe el Estado debe crearlo⁷⁵³.

-Obligación del Estado de adoptar normas y prácticas para garantizar el derecho de acceso o de suprimir o enmendar normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violaciones al mismo⁷⁵⁴.

Frente a todas las reglas citadas, es necesario indicar que la CIDH ha señalado la existencia de restricciones legítimas a un acceso amplio a la información, que deben cumplir con que el fin de tales restricciones esté amparado por la Convención, estar amparado por la Ley interna,

solamente a los órganos públicos estatales, en todas sus ramas y niveles, locales o nacionales, sino también a empresas del Estado, hospitales, las instituciones privadas o de otra índole que actúan con capacidad Estatal o ejercen funciones públicas¹⁰², tomando en cuenta las limitaciones establecidas a dicho derecho en la Convención” (OEA, 2006, pág. 36)

⁷⁵⁰ “la Relatoría estima que legislación sobre acceso a la información debería incluir de forma clara el objeto de este derecho, en el que se incluya una gama lo más amplia y precisa posible de los materiales de donde surge la información que tiene el Estado, sin que quede reducido a materiales escritos. La “información” comprende todo tipo de sistemas de almacenamiento o recuperación, incluyendo documentos, películas, microfichas, vídeos, fotografías y otros” (OEA, 2006, pág. 38)

⁷⁵¹ “La Relatoría estima que los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia también implican un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de información por parte del Estado sobre el ejercicio de sus funciones, de forma tal que permita a las personas obtener información, entre otros, sobre las instituciones, sus funciones y competencias, quienes las integran, así como sobre las actividades que realizan para cumplir sus mandatos. Se permite de esta manera que las personas tengan acceso a guías de la información que poseen las instituciones, de la forma en que se retiene o sistematiza, para que logren un acceso fácil, directo y actualizado a los documentos oficiales o copias de sus decisiones” (OEA, 2006, pág. 39)

⁷⁵² “Para garantizar el ejercicio del derecho de acceso a la información a través de una solicitud, la Relatoría entiende que los Estados deben implementar un procedimiento simple, rápido y no oneroso, cuyo rechazo pueda ser revisado” (OEA, 2006, pág. 41).

⁷⁵³ “En materia de protección judicial del derecho al acceso a la información en poder del Estado, la Corte ha enfatizado la necesidad de que exista un recurso sencillo, rápido y efectivo para determinar si se produjo una violación al derecho de quien solicita información y, en su caso, ordene al órgano correspondiente la entrega de la información. Para ello se debe tomar en cuenta que es práctica corriente en nuestra región la negativa a suministrar la información que se solicita a las instituciones o el silencio ante un pedido y que la celeridad en la entrega de la información es indispensable en esta materia. De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 2 y 25.2.b) de la Convención si el Estado Parte en la Convención no tiene un recurso judicial para proteger efectivamente el derecho se encuentra obligado a crearlo” (OEA, 2006, pág. 42).

⁷⁵⁴ “La Relatoría desea también, incorporar a este acápite un elemento esencial para la concreción de un sistema de acceso a la información que funcione de forma óptima. Además de la capacitación de los funcionarios para erradicar el secretismo, es necesario que las personas conozcan el régimen de acceso, que se promueva y que se logre que se capacite respecto a su utilización” (OEA, 2006, pág. 44).

manifestadas mediante decisiones motivadas y con base en una evaluación de la proporcionalidad en tanto que: “La negativa del Estado de suministrar información que le es solicitada debe ser proporcional para la protección de ese fin legítimo que se protege y debe ser necesaria en una sociedad democrática” (OEA, 2006, pág. 48).

Entre las restricciones se halla el carácter reservado que por disposición legal posee determinada información en el ordenamiento interno, como es el caso de la información relacionada con la seguridad nacional o la protección de secretos industriales⁷⁵⁵. Sobre el particular se volverá más adelante cuando se trate el principio de proporcionalidad.

c. Principio de igualdad y no discriminación

En el ordenamiento interno colombiano, la igualdad y no discriminación se reconoce como un derecho fundamental⁷⁵⁶ en el artículo 13 de la Constitución y como principio de la función administrativa en el artículo 209 de la Carta⁷⁵⁷. En general, como derecho y principio obliga a

⁷⁵⁵ “Todas las personas tienen derecho a acceder a documentos públicos, salvo los casos que establece la Ley. Por consiguiente la decisión negativa debió motivarse señalando su carácter reservado e indicando las normas jurídicas pertinentes que establecen excepcionalmente la reserva, con lo cual se desconoció la garantía al derecho de petición y el acceso a documentos públicos, así como el debido proceso administrativo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-074 de 1997, 1997).

⁷⁵⁶ La igualdad y no discriminación fue reconocido como derecho humano fundamental en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la Ley. A este respecto, la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Organización de las Naciones Unidas, 1966). Como derecho en sí mismo “La igualdad ante la Ley y la igual protección de la Ley están garantizadas en sí mismas y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto” (Bayefsky, 1990, pág. 3). Siendo entonces que la norma de igualdad no se limita al ámbito del Pacto, es decir a los demás derechos reconocidos en este, tal exigencia es aplicable a todo tipo de actuación del Estado, incluso, en las actuaciones informales de concertación que aquí se estudian. A partir de este reconocimiento, un gran número de instrumentos internacionales lo han incluido como parte de sus disposiciones: Instrumentos internacionales de orden general: La Declaración Universal de Derechos Humanos [arts. 2-(1,2,7)]; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [arts. 2 (1), 3, (20-2), 23 (4), 24 (1), 26]; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre [art.2]; la Convención Americana de Derechos Humanos [arts. 1 (1, 2), 13 (5), 17 (4) y 24]. La Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Igualdad de Remuneración.

⁷⁵⁷ Conforme a la interpretación de la Corte Constitucional, sobre el principio de igualdad se ha sostenido que: “Es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la Ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos

rechazar toda forma de discriminación injustificada por motivos de opiniones políticas, género, edad, nacionalidad, origen social, étnico, creencias religiosas o discapacidad⁷⁵⁸.

En su dimensión procedimental, exige otorgar un trato similar a todas las personas que se encuentren en la misma situación con respecto a la Administración⁷⁵⁹. En la concertación informal, la aplicación del principio debe consultar las condiciones especiales de participación de la ciudadanía, en tanto como ya se ha mencionado, ésta es voluntaria y flexible, o mejor, libre de las formalidades del procedimiento administrativo⁷⁶⁰. En la teoría general del procedimiento administrativo este principio se conoce como “igualdad de armas”, término muy gráfico de la posición adversarial que asumen las partes en el procedimiento y en el proceso judicial, en los cuales el legislador equilibra la posición del ciudadano frente al poder de la Administración a través de unas garantías especiales⁷⁶¹. En el espacio de la concertación

iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano. Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1992, 1992).

⁷⁵⁸ Una definición general del principio de igualdad según Rabossi (1990, pág.176) sería: “en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uniforme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo”. Siendo la formulación negativa de éste, el principio de no discriminación: “a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra” (Rabossi, 1990, pág.179).

⁷⁵⁹ La Ley 1437 de 2011, CPACA, en el artículo 3, consigna que “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” y los señalados en el Código, entre ellos el principio de igualdad. En el numeral 2 del citado artículo se dispone que: “En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta” (Congreso de la República, 2011).

⁷⁶⁰ Una mejor explicación de este punto la presenta Kloepfer (1993, pág. 51): “No puede desconocerse que los derechos fundamentales, la tutela jurídico-administrativas y las demás instituciones tradicionales de garantía propias del Estado de Derecho se han desarrollado primariamente como limitaciones defensivas frente a la actuación estatal imperativa clásica, es decir, de la que ordena y prohíbe. Estas garantías son poco útiles contra las formas «blandas» de intervención propias de la dirección indirecta...”.

⁷⁶¹ El principio de igualdad de armas reconoce la posición de poder de la Administración con respecto a la posición del ciudadano, por lo que a éste se le brindan las “armas” necesarias para su defensa. Es por ello que el principio se enmarca dentro del *principio de tutela judicial efectiva*: “Dado que la autoridad administrativa no es una instancia independiente comparable a un tribunal, sino también parte en el procedimiento, se debe garantizar la “igualdad de armas” entre la Administración Pública y las partes. Para cumplir con la obligación de proteger los derechos de los ciudadanos el procedimiento administrativo debe garantizar sobre todo el derecho a la información. La autoridad debe brindar informaciones a las partes sobre los elementos jurídicos y fácticos del

informal, al no estar en presencia de actuaciones tradicionales unilaterales e impositivas de la Administración, no se presentan claramente posiciones adversariales gracias a la debilidad de las negociaciones para afectar derechos individuales de quienes participan⁷⁶², aunque ello no quiere decir que no existan intereses que puedan entrar en colisión en la negociación, o no existan otro tipo de derechos que corran el riesgo de ser vulnerados.

En el campo de la concertación informal ambiental deben hacerse ciertas precisiones relacionadas con los participantes y las oportunidades de intervención para indicar como el principio de igualdad y no discriminación puede ser un límite o parámetro de conducta contra la eventual arbitrariedad de la Administración⁷⁶³. Como premisa para este análisis, es indispensable mencionar que este principio adquiere unas especiales características de derecho y deber cuando es aplicado en el campo ambiental⁷⁶⁴. Así, siendo el medio ambiente un bien jurídico protegido que se reconoce tanto individual como colectivamente y se disfruta en comunidad, que trasciende las fronteras nacionales para convertirse en un asunto de interés planetario, se configura un derecho a la igualdad de la ciudadanía a acceder a los espacios para su discusión y, correlativamente, es un deber de la Administración proveer las garantías necesarias para permitir tal igualdad sin discriminación.

En otras palabras, la calidad de derecho humano colectivo que enmarca los procesos de concertación informal de asuntos ambientales, esto es, el derecho a un ambiente sano o adecuado, exige un reforzamiento de las garantías que implican la igualdad de trato y no discriminación. En tal sentido, se está en presencia de un derecho del cual “todos somos

procedimiento que son relevantes para la defensa de sus posiciones constitucionalmente protegidas y darles acceso a los expedientes” (Aberastury & Blanke, 2011, pág. 12). Este principio posee un amplio precedente en el sistema de derechos humanos europeo, como Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garantía fundamental de protección de derechos de los ciudadanos tanto en el procedimiento como en el proceso judicial (Bandrés, 1996, págs. 98-109).

⁷⁶² Debe recordarse que la actuación informal no se presenta como alternativa o sustitución de la forma jurídica expresamente regulada para tratar ciertos asuntos jurídicos, en cuyo caso estarán todas aquellas actuaciones que crean o modifican una situación que afecta a los particulares (Agudo, 2011a, pág. 29). Como se trató anteriormente, la actuación informal no está fuera del alcance del principio de legalidad.

⁷⁶³ El marco normativo ambiental colombiano no prescribe una disposición expresa que reconozca el principio de igualdad y no discriminación. No obstante, el Título X de la Ley 99 de 1993 “De los modos y procedimientos de participación ciudadana”, contiene una serie de disposiciones que claramente están inspiradas en el citado principio. Al respecto, se consigna el derecho de cualquier persona a intervenir en los procedimientos administrativos ambientales sin demostrar interés alguno, por lo que existe un deber de la Administración de aceptar su participación sin ningún tipo de discriminación (Art. 69-70, Ley 99 de 1993).

⁷⁶⁴ En materia ambiental, la igualdad se ha reconocido como una condición para alcanzar el desarrollo sostenible a partir de enfoques de políticas que reduzcan la exclusión social y, en especial, propendan por el trato igualitario de los géneros, la protección de los derechos de las mujeres, los jóvenes, niñas y niños, minorías étnicas, y la población discapacitada, entre otros (Naciones Unidas, 2012).

titulares sin distinción alguna y cuyo disfrute pleno y normal nos corresponde en aras de (...) los propósitos generales que nos involucran como miembros de la colectividad nacional” (Santofimio, 2010, pág. 29)⁷⁶⁵.

En relación con los participantes, el acatamiento de este principio es pertinente, por cuanto permite exigir a la Administración el respeto a la igualdad de trato que merecen tanto las personas presentes como no presentes (pero interesadas) en una determinada actuación de concertación informal. La afirmación anterior conduce a identificar una obligación adicional de la Administración, y es que además de evitar cualquier motivo de discriminación, ésta no puede excusarse en la apertura o existencia de un proceso informal como razón suficiente para excluir a determinadas personas de su participación⁷⁶⁶.

De esta manera, el respeto por el principio de igualdad y no discriminación tiene como consecuencia una imprescindible relación con las garantías y derechos que implica el principio de participación antes visto. En efecto, la igualdad de trato en una actuación informal para concertar asuntos ambientales no podría asegurarse si a tal actuación no le precediese un proceso amplio de convocatoria de la ciudadanía interesada; el acceso libre, oportuno y completo a la información; la libertad para concertar sin ningún tipo de coacción; y la publicidad de los acuerdos.

En el caso de la promoción o convocatoria de un espacio de concertación informal, el parámetro de igualdad y no discriminación indica que la Administración, no sólo debe identificar debidamente a los interesados, sino planear los momentos u oportunidades clave para su participación, so pena de no garantizar el acceso oportuno, libre y voluntario. El riesgo de no acatar este parámetro se halla en la eventual negociación anticipada, incluso confidencial, limitada a un grupo de interesados que posteriormente restringe la discusión amplia con los terceros que son luego llamados al proceso participativo o que logran comparecer por sus propios medios⁷⁶⁷. Una actuación en estas condiciones es evidentemente

⁷⁶⁵ Sobre el carácter de derecho colectivo del derecho a un ambiente sano en Colombia: Macías Gómez (1998); Álvarez Álvarez (2002); GonzálezVilla (2006); Amaya (2011).

⁷⁶⁶ Cabe reiterar que los principios deben ser observados en la totalidad de actividades administrativas, y no solo son reservados a los procedimientos administrativos establecidos en la Ley o los reglamentos, de ahí que la actuación informal se reconozca como actividad legal y no una vía de hecho de la Administración.

⁷⁶⁷ Al respecto, Shulze Fielitz (1993, págs. 103-104) ilustra esta desviación de la actuación informal que conduce a la desigualdad entre ciudadanos. “Así es de temer que en unas negociaciones preliminares se pueda producir una vinculación anticipada de la Administración frente a los promotores de una iniciativa sin una atención

contradictoria con las exigencias de una decisión racional, porque si el fin jurídico que se persigue es el interés público de la protección ambiental, los medios usados no son los apropiados para su consecución, dado que contradice la misma naturaleza colectiva del bien protegido. Por otro lado, la irracionalidad se constata en otro dato, concretamente, en que esa forma de actuación se ejecuta con vulneración de las garantías que rodean el derecho a la participación de acceso libre, oportuno y veraz a la información ambiental de los terceros no participados a tiempo⁷⁶⁸.

Sobre este tema, la jurisprudencia constitucional en Consulta Previa ha considerado una serie de parámetros que deben cumplirse en el momento de identificar a las comunidades étnicas interesadas o afectadas, la idoneidad de la convocatoria y la consulta a través de sus representantes legítimos. En lo atinente a esta última regla, ha dejado claro que las reuniones informales con grupos reducidos y sin las garantías que otorga el proceso de consulta, por ejemplo sin presencia del Estado, son violatorias de los derechos de las comunidades⁷⁶⁹. Debe también citarse el principio de buena fe, al cual se ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012, pág.57) al considerar que: “la misma consulta de buena fe es

adecuada den lo cronológico de intereses de terceras personas...los riesgos de una selección de informaciones unilateral, que condicione y falsee los resultados decisorios, y de la supresión de las distancias entre los promotores de los proyectos y la Administración, con su secuela de unas influencias recíprocas a lo largo del proceso de negociación, pueden ocasionar que no se alcance el nivel regulatorio de las leyes y que se produzcan insuficiencias en la ejecución...y que los ciudadanos perciban el procedimiento participativo como una farsa y la Administración como una instancia parcial y, de esta manera, refuercen su resistencia”.

⁷⁶⁸ Desde el enfoque de derechos humanos, la Administración debe hacer una adecuada ponderación de los intereses de todos los actores involucrados en los procesos de concertación. Este deber implica reducir al máximo la presión o imposición de grupos de poder que pueden llegar a limitar y excluir la participación de colectivos y ciudadanos marginados 15 (The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, 2014, pág. 15). El riesgo de la Administración está en caer en el favorecimiento de intereses muy específicos y alentar una actividad antidemocrática (Mayntz, 2005, pág. 92).

⁷⁶⁹ "No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica"...

"Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

"Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997, 1997). En igual sentido: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-652 de 1998, 1998).

incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”.

En este orden de ideas, la norma de conducta que impone el principio de igualdad y no discriminación se concreta en las siguientes condiciones mínimas en los procesos informales de concertación: proveer y promover información básica oportuna a los interesados en participar; y procurar y facilitar a todos los participantes el acceso y una misma posición en el proceso participativo⁷⁷⁰. Debe tenerse en cuenta que solo en los casos que exista una restricción legal a la participación, la Administración podrá hacer uso de ella sin violar la regla de no discriminación, tal como sucede en la Consulta Previa o los Acuerdos REM dirigidos especialmente a las comunidades étnicas.

Asimismo, cabe mencionar aquí que conforme con los estudios de caso, en especial, los Convenios de PML y las Guías Ambientales en Colombia, la autoridad ambiental debe encontrar una justificación jurídica suficiente para limitar la convocatoria o excluir a la ciudadanía o a personas determinadas, naturales o jurídicas, de tales procesos de concertación. En estos casos, como se verá en el capítulo siguiente, la ciudadanía no hace parte de estos procesos, se limita a ciertos gremios específicos o empresas o grupos de expertos, tal y como se desprende de las convocatorias cerradas con las cuales se da inicio a los mismos⁷⁷¹. Según ha sido la dinámica de los convenios de PML y las Guías, la Administración estaría en riesgo de vulnerar el principio de igualdad al no presentar una razón motivada de la exclusión del proceso de participación a la comunidad interesada en los asuntos ambientales que demuestre la no afectación del principio⁷⁷².

⁷⁷⁰ “La posición de todos y cada uno de los participantes en el proceso comunicativo ha de ser igual. Misma capacidad de intervención, misma legitimidad, mismo reconocimiento” (Ibarra Güell, 2011, pág. 114). Igualmente, debe citarse el *criterio de inclusión* los principios de la OEA (2001, págs. 5-6): “**Inclusión.** La plena participación de todos los interesados y/o afectados por temas de desarrollo sostenible es esencial para lograr soluciones durables. Se debe realizar esfuerzos especiales para incluir la participación del sector privado, y para crear igualdad de oportunidades para las mujeres, y los grupos vulnerables tales como las poblaciones indígenas, los jóvenes, minorías en desventaja racial o étnica (incluyendo las poblaciones en desventaja de ascendencia africana) y otros grupos tradicionalmente marginados”.

⁷⁷¹ *Vid.* Capítulo 4.

⁷⁷² El profesor Ibarra Güell (2011, pág. 155) explica el principio desde el criterio de la “igualdad de reconocimiento”, en tanto la Administración en los espacios de gobernanza “en principio, no existe ningún actor,

Las anteriores afirmaciones corresponden a la necesaria restricción que el mandato de igualdad y no discriminación contiene, y que como lo ha expresado el Comité de los Derechos Humanos (1989), no implica un trato idéntico sin límites: “8. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia (...) 13. Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.

En palabras de Bayefsky (1990, pág.12): “una distinción no discriminatoria debe: (a) tener una justificación objetiva y razonable; esto es, debe perseguir una finalidad legítima; y (b) debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la finalidad y el medio empleado para lograrla”. Estas consideraciones entroncan relacionadas directamente con el principio de proporcionalidad, el cual permite establecer la fijación del límite en que la Administración puede restringir el acceso a procesos de concertación informal ambiental a determinados grupos de ciudadanos, como se expone a continuación.

2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cómo se indicó en los dos acápites anteriores, la descripción de los principios de participación e igualdad y no discriminación estaría incompleta si no se hiciera mención al principio de proporcionalidad, máxime cuando se estudia su aplicación en el marco de la actividad informal de concertación ambiental. Ello es así, por cuanto al no encontrarse una reglamentación específica que establezca las reglas de participación ciudadana en tal actividad, se corre el riesgo de situarla en el espacio de una discrecionalidad administrativa mal entendida que puede generar la violación de derechos y garantías ciudadanas. La identificación del alcance o de los límites al deber de la Administración de promover una amplia participación en materia ambiental, en espacios formales e informales, debe fundamentarse en un juicio de proporcionalidad que excluya el riesgo de vulneración de los derechos a la participación, a la igualdad y no discriminación.

individual o colectivo potencialmente afectado por la decisión política en juego que tenga un estatus de marginación o inferioridad en el debate público correspondiente”.

La relación del principio de proporcionalidad con la participación no es un planteamiento novedoso para la dogmática administrativa, así lo confirma el estudio de Pérez Moreno (1989, pág. 127), quien sostiene que la proporcionalidad se constituye en una “guía legitimadora para la acción administrativa” en tanto:

... que en todo asunto en el que deba elaborarse una decisión administrativa previa comprobación de elementos fácticos indeterminados, mediante indagación sobre tendencias, necesidades o preferencias sociales, o antecedido por una estimación determinante de las circunstancias personales o sociales existentes al tiempo en que han de ser aplicadas las normas, se abra una posibilidad gradual de eficaz participación de las personas, grupos o comunidades que han de resultar afectadas por la decisión.

En el Derecho Administrativo, el principio de proporcionalidad ha sido considerado como un mandato cuya función es orientar el buen uso de las potestades administrativas (Sarmiento, 2007, pág. 33)⁷⁷³. En especial, el principio como mandato actúa en “ese espacio límite, donde no está claro el mandato del legislador a la Administración” (Sarmiento, 2007, pág. 35), es decir, como “canon de control del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración” (Ruiz & De la Torre, 2011, pág. 28), esto es, justamente tal y como sucede en los procesos de concertación informal a falta de una regulación específica sobre su procedimiento⁷⁷⁴.

El principio de proporcionalidad se compone por criterios que permiten evaluar si la actuación limitativa de la Administración es eficaz para alcanzar el fin que persigue la norma

⁷⁷³ Su origen conceptual se sitúa en la doctrina y jurisprudencia alemana, con una importante recepción por el Tribunal de Justicia europeo. Un breve resumen histórico en Barnés (1998, págs. 23-24) y Kluth (1998, págs. 220-225), y sobre su influencia en el Derecho comunitario en Galetta (1998).

⁷⁷⁴ Cabe precisar que en la doctrina se ha discutido el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad en la actividad administrativa. Arroyo (2009, pág. 16) ha sistematizado tal discusión en tres posiciones: la primera, denominada estricta u originaria que considera su aplicación a la actividad de policía y el Derecho sancionador; la segunda, sostiene que el principio debe aplicarse a toda actividad que implique limitación de la libertad general de los particulares, en los “supuestos en los que se manifiesta la tensión entre el poder público y la libertad negativa del ciudadano”; y la tercera, proyecta el principio de proporcionalidad “sobre toda intervención o restricción de las libertades individuales, con independencia de la estructura normativa (derecho subjetivo, mandato objetivo) o del substrato moral o político (derecho individual, directriz) de la norma constitucional a la que sirve la medida” (Arroyo, 2009, pág. 17). Esta última posición es la que se sostiene en este trabajo, dado que como lo entiende el mismo autor, incluye las relaciones multilaterales de la Administración y aquellos ámbitos en los que la intervención pública dirigida a la protección de un derecho colectivo entra en conflicto con un derecho o libertad individual, en los que puede incluirse las actuaciones informales de concertación aquí revisadas. Así en la posición de Barnés (1998, pág. 35): “Para proteger una libertad se limita otra, en el marco de una relación multilateral: intervención pública, de un lado, y, de otro, cuando menos dos sujetos, titulares de derechos constitucionales. Pero, por lo demás, no hay diferencia sustancial o de esencia con los supuestos que, por contraste, podríamos calificar de bilaterales: intervención pública en aras del interés general (protección de otros bienes o valores) versus un único derecho o libertad; es decir, en los casos en que la finalidad de interés general perseguida por el sacrificio no se dirige inmediatamente a la mejor satisfacción de otro derecho”.

en nombre de la cual se ejecuta tal actuación. En su formulación negativa, este principio mide si cualquier límite a la libertad sea por interpretación o aplicación de la Ley “resulta *a priori absolutamente* inútil para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir *a todas luces* otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con *igual grado de eficacia*; o desproporcionado en sentido estricto, por generar *patentemente* más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derechos e intereses en juego” (Barnés, 1998, pág. 16). Por tanto, la aplicación del principio de proporcionalidad se basa en un juicio de medios a fines del actuar administrativo, que tendrá como criterios o subprincipios de evaluación: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad (Barnés, 1998, pág. 18; Alexy, 2007, pág. 62, Bernal Pulido, 2005b, pág. 37)⁷⁷⁵.

En el específico ámbito del Derecho Ambiental no se encuentra una norma que reconozca el principio de proporcionalidad y su aplicación especial en los casos de participación ambiental. No obstante, al existir un gran número de disposiciones que establecen garantías propias dirigidas a la protección de la participación en condiciones de igualdad y no discriminación, se entiende que el juicio de proporcionalidad juzgará cualquier limitación a las mismas según si se cumplen los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. De ahí que al principio se le reconozca un *carácter relativo*, en tanto, del mismo “no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso” (Barnés, 1998, pág. 17). Esto significa, en consecuencia, que como en toda actuación administrativa, la concertación informal también es objeto del juicio de proporcionalidad, eso sí, conforme al caso concreto y sus especiales características⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “Ley de la ponderación” (Alexy, 2007, pág. 62).

⁷⁷⁶ En este sentido, López González (1998, pág. 157) a partir del estudio de la legislación y jurisprudencia españolas identifica que el principio de proporcionalidad es aplicable a “toda la actuación administrativa limitadora de derechos e intereses de los administrados, y no sólo la actividad de ejecución forzosa de los actos administrativos o las sanciones administrativas”. En la doctrina alemana jurídico-administrativa clásica se consideraba un principio consustancial de la actividad de policía entendida como una prohibición de exceso

Cabe reiterar que como parámetro de actuación administrativa, en este caso informal, el principio actúa como un medio de control *ex ante* al que debe recurrir la Administración para verificar que la selección de la actuación y las limitaciones que pretende imponer a ciertos derechos están justificadas por una decisión razonable⁷⁷⁷. En particular en el ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional ha considerado de manera general que el derecho a la igualdad es vulnerado en los eventos en que se presente un trato diferencial sin apoyo en una justificación “objetiva y razonable”⁷⁷⁸. Tal justificación debe partir de un juicio de proporcionalidad, que conforme a la jurisprudencia consiste en un test que permite identificar en qué eventos un trato diferencial se ajusta o no a la Constitución. Este juicio de proporcionalidad se basa en las siguientes reglas:

1) si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución, 2) si el trato diferente es "adecuado" para lograr la finalidad perseguida; 3) si el medio utilizado es "necesario", en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido, y 4) si el trato diferenciado es "proporcional *stricto sensu*", es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169 de 2001, 2001)⁷⁷⁹.

Los parámetros del juicio de proporcionalidad deben guiar las decisiones de los diferentes órganos del Estado en aras del cumplimiento de la Constitución y de los compromisos adquiridos en los instrumentos internacionales sobre DDHH adoptados por Colombia (Bernal

(Kluth, 1998, pág. 221), de allí se traslada a todo el Derecho público (Ruiz & De la Torre, 2011, pág. 30). Esta consideración es igualmente aplicable al ordenamiento colombiano de conformidad con la legislación y la jurisprudencia interna en la materia.

⁷⁷⁷ “En este caso, el mismo sujeto que adopta la decisión aplica el principio de proporcionalidad con el fin de anticipar cuál habría de ser el resultado de dicho juicio de control y, en particular, si la medida por él proyectada se encuentra o no en condiciones de satisfacerlo. En definitiva, no es extraño, y quizás debería serlo aún menos, que quien adopta la medida anticipe preventivamente el (auto) control de proporcionalidad” (Arroyo, 2009, pág. 15).

⁷⁷⁸ “La igualdad, como factor de igualación y de diferenciación al mismo tiempo, sólo se vulnera en la medida en que el trato diferencial no encuentre respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada, lo cual se ha denominado por la doctrina constitucional como "la relación de proporcionalidad" (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-271 de 1996, 1996).

⁷⁷⁹ Al respecto el mismo precedente jurisprudencial remite a las sentencias: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-530 de 1993; T-230 de 1994; Sentencia T-288 de 1995; Sentencia C- 022 de 1996; Sentencia C-280 de 1996, 1996; Sentencia C- 309 de 1997, 1997; y Sentencia C- 371 de 2000. El Consejo de Estado también ha adoptado el precedente constitucional (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 14 septiembre 2011, Radicado: 42011; Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 25 de abril de 2012, radicado: 21861B.

Pulido, 2005b, pág. 77). Así el juicio de proporcionalidad se constituye en una herramienta útil y obligatoria para orientar a la Administración en toda su actividad, lo cual incluye los procesos de concertación ambiental, tanto formal como informal⁷⁸⁰. En este orden de ideas, en aplicación del juicio de proporcionalidad, la Administración en los casos que pretenda limitar la participación de la ciudadanía en procesos de concertación informal de asuntos ambientales tendrá que tener en cuenta el citado precedente constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169 de 2001, 2001):

- **“Si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución”**. En el marco del Derecho Ambiental, este trabajo ha sostenido que la actividad informal de concertación tiene como principal objetivo alcanzar el fin de protección ambiental constitucional. Esta finalidad, como se trató en su momento, contiene en el ordenamiento colombiano un deber calificado de garantizar la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de su interés (Corte Constitucional de Colombia, 1998). Por tanto, la decisión de la Administración de establecer límites a la participación de “toda” la ciudadanía en los procesos de concertación, debe fundamentarse en una justificación de tal peso, que alcance para superar el citado deber constitucional que se encuentra íntimamente relacionado con el fin mismo de la concertación informal en materia ambiental;

- **“Si el trato diferente es «adecuado» para lograr la finalidad perseguida”**. De acuerdo con esta regla, la Administración que conduce un proceso de concertación informal deberá establecer las razones para sustentar la exclusión de la participación de ciertos sectores de la población. Tal como se citó anteriormente por ejemplo, en los casos de concertación de Convenios de PML y la elaboración de Guías Ambientales en Colombia.

Como se describirá más ampliamente en capítulo posterior, a estos procesos solamente son convocados los representantes de los gremios económicos y de las empresas vinculadas con éstos. En tales casos, la decisión de no hacer una convocatoria amplia a toda la ciudadanía y de privilegiar ciertos sectores de la población sobre otros, debe explicarse en razón de la

⁷⁸⁰ En el caso de decisiones discrecionales, el art. 44 del CPCA consigna la obligación del juicio de proporcionalidad: “En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (Congreso de la República, Ley 1437 de 2011, 2011).

idoneidad de tal medida para alcanzar el fin de protección ambiental y de garantizar la participación ciudadana en las decisiones que puedan afectarla;

- **“Si el medio utilizado es «necesario», en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido”**. Conforme a esta regla, la Administración está obligada a sustentar las razones por las cuales estima la necesidad, por ejemplo, de promover procesos de concertación informal con convocatorias cerradas o dirigidas a ciertas personas, y por qué esa “necesidad” no sacrifica el derecho a la participación ambiental en condiciones de igualdad y no discriminación de la ciudadanía;

- **“Si el trato diferenciado es "proporcional *stricto sensu*", es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato”**. Con base en lo dicho en las reglas anteriores, el conjunto de razones que determinan la finalidad de la concertación informal ambiental y la necesidad e idoneidad de la medida de diferenciación en el trato de la participación de ciertos grupos de ciudadanos con respecto a otros, deben ser analizadas en conjunto y valorar si todas ellas corresponden a razones de mayor peso que las garantías y derechos que comprenden los principios de participación ambiental e igualdad y no discriminación.

Como se ha expuesto hasta aquí, sin duda el estudio de los principios de participación ambiental, igualdad y no discriminación, y proporcionalidad aplicados a las actuaciones informales de concertación ambiental permiten ampliar el enfoque dogmático superficial que le han otorgado su ubicación como una categoría más de la actividad material. La aplicación de los principios estudiados a la actuación informal de concertación ambiental aleja el riesgo de su ilegalidad, permite su reconocimiento como una actuación autónoma y legítima de la Administración con los límites constitucionales y legales exigidos, lo que contribuye al fortalecimiento de una confianza legítima de la ciudadanía frente a las actuaciones de la Administración, tal como se pasa a estudiar en las líneas siguientes.

3. PRINCIPIO DE EFICACIA

Como señala Chinchilla Marín (2002), en el Derecho Administrativo el concepto de eficacia ha sido adoptado con múltiples significados⁷⁸¹. La eficacia no es un concepto unívoco, implica un amplio horizonte para la Administración, la cual a partir de la exigencia de lograr un resultado determinado por un fin constitucional, debe establecer en cada relación jurídica, conforme a las condiciones de la situación práctica, lo que constituye el interés general y los medios para su consecución⁷⁸².

Como principio guía del actuar de la Administración, la eficacia entiende la acción administrativa como acción gerencial⁷⁸³. En palabras de López González (1989, pág. 72): “como toma de decisiones en el sentido de selección de un curso de acción de entre un elenco de cursos alternativos en base al enjuiciamiento de las consecuencias anticipables, lo que en definitiva constituye la función crucial de la gerencia institucional al adecuar medios a fines”.

⁷⁸¹ En el caso del ordenamiento jurídico administrativo español, Chinchilla Marín (2002, págs. 305-307) ha hecho una síntesis de la diversidad de significados que puede adoptar la eficacia. Así, la eficacia se ha asumido como un criterio que legitima la adopción por parte de la Administración de formas y normas del Derecho privado; como principio que soporta la llamada *Administración única*; como fundamento para predicar la ejecutividad de los actos administrativos; y por último, como parte de la discusión del control judicial de la discrecionalidad administrativa, y su relación con la potestad de decir eficazmente sobre el interés general. Un trabajo similar que describe los diferentes significados jurídicos de la eficacia en Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, (2010, págs. 80-87). Desde las ciencias de la administración, López González (1989, págs. 82-84) sintetiza toda la literatura en la materia en dos grandes perspectivas teóricas: el modelo de los objetivos y el enfoque de sistemas. De acuerdo con la primera perspectiva: “la eficacia se entiende como la satisfacción de un requisito funcional de la institución, como lo es la realización de un resultado final, es decir, la medida en que tal unidad alcanza, los objetivos para los que ha sido creada o que la misma se ha fijado”. Y en la perspectiva del enfoque de sistemas: “Partiendo de la noción de sistema como «conjunto de elementos en interacción dinámica, organizados y orientado hacia el logro de uno o varios objetivos», esta perspectiva entiende la eficacia en términos de grado de funcionamiento del sistema, esto es, la capacidad de la organización para satisfacer sus requisitos organizacionales”.

⁷⁸² “La palabra eficacia evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar” (Parejo, 1995, pág. 92). En el mismo sentido: Chinchilla Marín (2002, pág. 308); Gómez Pomar (2007, pág.132); y Descalzo González (2012, pág. 147). En este trabajo no se discute la diferencia entre los conceptos de eficacia, eficiencia y pertinencia; en este caso, como lo entiende López González (1989, pág. 81), una actividad eficaz de la Administración es aquella que integra estos dos últimos conceptos: “tanto la eficiencia (cuantitativa) como la pertinencia (cualitativa) son condiciones mínimas o necesarias a tener en cuenta para la consecución de la eficacia; en otras palabras, que para alcanzar una actuación eficaz es preciso tanto ser eficiente (hacer las cosas bien) como ser pertinente (hacer las cosas adecuadas), esto es, y aquí radica la diferencia fundamental, la eficiencia y la pertinencia se refieren al necesario control del proceso o de ejecución mientras que la eficacia lo hace más bien al control de las estrategias”.

⁷⁸³ La eficacia se ajusta a diferentes categorías de análisis dogmático, así puede adoptar la forma de un concepto clave o de principio, siendo uno mismo su cometido: la exigencia de una actividad administrativa cuyos resultados en la práctica se ajusten a los fines últimos constitucionales (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010, págs. 86-87).

Tal selección estará condicionada por el ordenamiento jurídico y en especial, por el objetivo primordial de alcanzar los fines constitucionales impuestos⁷⁸⁴ y, por tanto, proscribir la arbitrariedad (Agudo, 2013b, pág. 156).

La definición anterior resalta el enfoque procedimental del principio de eficacia, en tanto comprende el modo en que se adoptan las decisiones públicas, del mismo modo que cómo se afrontan los desafíos que implican los diferentes procesos de negociación, colaboración y consenso entre la Administración y la ciudadanía⁷⁸⁵. En efecto, la identificación y disposición de los medios adecuados para alcanzar una administración eficaz en el marco del Estado Social de Derecho, no solo compromete la selección unilateral por parte de la Administración de los medios idóneos que en la práctica permiten alcanzar los fines constitucionales; comprende, además, la intervención de la ciudadanía en diferentes niveles de decisión como condición de resultados reales y efectivos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011).

Esta manera de ver la eficacia administrativa, esto es, a través de la selección de medios cooperativos entre la Administración y la ciudadanía para alcanzar los fines constitucionales, matiza el enfoque jurídico del principio⁷⁸⁶. En estos escenarios, la eficacia no se limita a la selección autoritaria sobre los recursos más idóneos para llevar a cabo procesos decisorios, tal decisión ha de ser dialogada y concertada. Es decir, la responsabilidad sobre los procesos eficaces de concertación es tanto de las autoridades como de los actores sociales.

⁷⁸⁴ En el sentido del profesor Parejo (1998, pág. 98): “la eficacia tiene por objeto propio precisamente la exigencia incondicional de la realización efectiva, con objetividad, del interés general. Y, a través de este objeto, introduce la exigencia que le es característica en el estatuto constitucional de la ejecución administrativa, obligado a una interpretación sistemática de este conforme a dicha exigencia”.

⁷⁸⁵ “La organización administrativa no puede concebirse como una simple unidad encerrada en sí misma, no abierta hacia el exterior, y jerárquicamente articulada en su interior, sino como un conjunto de muy diferentes fórmulas organizativas (autoridades, agencias, instituciones, empresas públicas, etc.)” (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 37- 8).

⁷⁸⁶ Como lo indica el profesor Jorge Agudo (2011a, pág.17), existe un gran reto para la ciencia jurídico-administrativa en el llamado “Estado cooperativo”, al radicarse gran parte de la efectividad de la actividad administrativa no solo en la voluntad de cooperación e implementación de entidades y organismos públicos, sino, y con mayor importancia, en los destinatarios de esta actividad, al revelarse insuficientes los actos interventores, las prohibiciones y las amenazas de sanción. Según Schmidt Assmann (2003, pág. 38) el fenómeno del Estado cooperativo ha transformado la forma tradicional del actuar de la Administración, y con ello ha influido en el Derecho Administrativo: “la nota más singular consiste en el desplazamiento de un Derecho jerárquico hacia un Derecho consensuado, y en donde los medios de ejecución forzosa se complementan con estrategias para convencer y persuadir, o la vinculación o sujeción al Derecho se completa, cuando no es sustituida parcialmente, por una vinculación de naturaleza normativo social”. Por su parte, Würtenberger (1993, pág. 324) hace una afirmación contundente: “el arquetipo del Estado cooperativo de la actualidad es el compromiso mediante procedimientos de negociación y consenso”.

En este trabajo se ha considerado que los procesos de participación, diálogo y concertación de la Administración con la ciudadanía son una de las formas eficaces para alcanzar los fines esenciales del Estado, por lo menos en lo referente a la protección del medio ambiente, incluso, del fin concerniente a “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan” en el ordenamiento colombiano (art. 2 C.P.). Esta tesis se ha apoyado tanto en la normativa, política y jurisprudencia interna, como en diversos instrumentos internacionales en materia ambiental. Igualmente, se ha mencionado que las normas que habilitan a la Administración para llevar a cabo los procesos participativos, se caracterizan por su generalidad y programación finalística, por lo que entregan un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades para decidir los medios por los cuales cumplirán con los fines encargados. En este contexto, la Administración decide que, en ocasiones, esos medios pueden ser actuaciones informales de concertación, y es en esta selección, en la que de manera concreta el principio de eficacia despliega su utilidad. Porque, si bien en esta investigación se ha afirmado que la eficacia en las actuaciones informales surge de la creatividad y flexibilidad de la Administración, esto no es suficiente para alcanzar la eficacia *per se*, dado los riesgos de la posible vulneración de derechos, ya estudiados, cuando no se concretan en la práctica unos parámetros jurídicos de guía de la actuación administrativa.

Sin embargo, como se anotó al inicio, la falta de univocidad del concepto de eficacia dificulta la tarea de establecer unos parámetros jurídicos que concreten su realización en toda actuación administrativa. Ello es así, dado que el eje del principio es la materialización de una decisión que debe seleccionar los medios más apropiados para el logro de un fin, con lo cual, el juicio de eficacia sólo puede predicarse en consideración al caso concreto. Teniendo en cuenta esta dificultad, en este acápite se proponen algunos criterios generales que, a partir del estudio de casos de la jurisprudencia interna, condicionan la decisión de la Administración si se pretende que esta sea eficaz.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la eficacia de las decisiones de la Administración se debe juzgar a partir de su “actitud” hacia el cumplimiento efectivo de fines, sin que le sea impuesto un deber de resultado, y debe ser analizada desde tres perspectivas: una temporal que exige tomar decisiones ágiles sin demoras injustificadas; otra material que se refiere a la *satisfacción regular y continua* de los servicios públicos o necesidades sociales; y, por último, una perspectiva económica que relaciona los beneficios y costes de la

actuación. Frente a la aplicación de estas tres perspectivas, la Corte precisa que no deben ser asumidas solamente como cumplimiento de disposiciones normativas, sino “como una preocupación por las consecuencias mismas de la decisión, esto es, por la persona destinataria de la acción o de la abstención estatal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2014, 2014).

Con asiento en este último criterio, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el principio de eficacia “es especialmente importante cuando se trata de procesos administrativos que involucran derechos fundamentales” y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta “una atención especial a la persona y a sus circunstancias”⁷⁸⁷. De este modo, la eficacia implica cumplir con los deberes específicos que se derivan de la garantía de los derechos fundamentales, remover todos los obstáculos para su materialización e implementar las soluciones adecuadas según las circunstancias⁷⁸⁸. Así, la jurisprudencia resalta el carácter procedimental del principio de eficacia, en tanto su utilidad para facilitar la realización de los derechos y su interdependencia con otros principios, como los de participación e igualdad y no discriminación comentados anteriormente.

El traslado de estas consideraciones a la actuación de concertación informal de la Administración supone que, como medio eficaz para la toma de decisiones, además de tener en cuenta las condiciones de tiempo, materiales y económicas de su realización, deberá atender a las circunstancias especiales que rodean el proceso participativo e identificar, en el caso concreto, los derechos involucrados y las condiciones de su protección⁷⁸⁹. Para esto

⁷⁸⁷ Al respecto consultar: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2014; Sentencia T-733 de 2009; Sentencia T-525 de 1999; y Sentencia T-056 de 1994.

⁷⁸⁸ *Vid.*: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-733 de 2009 y Sentencia T-295 de 2007.

⁷⁸⁹ En la Sentencia T-733 de 2009, la Corte Constitucional hizo un recuento de las decisiones en las cuales se ha protegido el principio de confianza legítima y se han identificado sus criterios de aplicación al caso concreto: “ha sostenido, por ejemplo que el principio de eficacia de la administración imprime obligaciones a las autoridades carcelarias para garantizar niveles de dignidad en las condiciones y manejo integral de la población de internos del país (T-412/09, T-515/08). También, cuando la población ha sido víctima de desastres naturales, se ha ordenado a la administración tomar las medidas necesarias para superar dicha situación, y ha hecho énfasis en la eficacia de éstas (T-1094/02). En relación con el acceso de la población indigente a información y a programas especiales de atención, esta Corte ha garantizado de manera íntegra la eficacia y eficiencia de las acciones de las autoridades, y ha dispuesto la improcedencia de eximentes para ello, incluso ha rechazado el argumento de la indisponibilidad presupuestal (T-646/07, T-166/07). También, es recurrente y fundamental el argumento de esta Corporación, dirigido a justificar constitucionalmente la provisión de cargos de carrera mediante la implementación de un concurso, y la subsiguiente consecuencia que ello trae, cual es el retiro de personas que despeñan en el cargo de carrera pero no ganan el concurso”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-733 de 2009, 2009). Igualmente, se ha garantizado la eficacia en los casos de protección del derecho de petición y acceso a la administración de justicia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-295 de 2007; Sentencia T-005 de 1995, 1995; Sentencia T-646 de

último, cabe mencionar que entre estas condiciones se encuentran las garantías de un acceso oportuno, libre y completo a la información, así como de una convocatoria amplia en condiciones de igualdad a la ciudadanía.

Como ejemplo de aplicación del principio de eficacia en un asunto concreto, la jurisprudencia constitucional ha considerado la Consulta Previa como mecanismo efectivo para garantizar el derecho a la participación de las comunidades étnicas. En estos casos ha establecido tres reglas que aquí se denominan como: *participación efectiva*, *acuerdos concertados* y *distribución equitativa de los beneficios*.

Con respecto a la *participación efectiva*, la Corte Constitucional ha indicado que un mecanismo que garantiza de manera efectiva la participación no puede implementarse como un requisito formal en el que se cumple un trámite administrativo cuyo único fin sea transmitir información a los participantes⁷⁹⁰. Sobre el mismo tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) ha considerado que: “la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”⁷⁹¹. Como consecuencia de esta regla, la concertación informal debe asumir todas las garantías legales y constitucionales que rodean el derecho a la participación.

Sobre la regla de *acuerdos concertados*, se ha resaltado que la eficacia del acuerdo en la Consulta Previa es el resultado de una verdadera concertación. De esta manera, el proceso que dirige la participación y la construcción de acuerdos debe ser consecuencia de la deliberación. La falta de una regulación previa del procedimiento que siguen las consultas permite el acuerdo de los participantes sobre las reglas que deben regir las diferentes actividades dirigidas a la firma de compromisos. En estos casos, la Corte Constitucional ha destacado la

2007; y Sentencia T-166 de 2007, 2007), y en la protección del derecho de las personas de la tercera edad a la pensión (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426 de 1992; Sentencia T-068 de 1998; y Sentencia T-441 de 2013).

⁷⁹⁰ “No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011).

⁷⁹¹ La Corte Interamericana (2012) cita al respecto el caso del Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal Vs. Brasil: “Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENIGE/DF)”, 2006, GB.295/17; GB.304/14/7, párr. 42”.

necesidad de fijar un proceso preconsultivo que analice las condiciones especiales del interés público involucrado, los derechos objeto de protección y los actores interesados.

En la pre-consulta, la decisión unilateral de la Administración está limitada, dado que se exige no fijar un plazo y términos únicos para la construcción de acuerdos. Durante esta etapa, el tiempo en el que se desarrolla el proceso de participación debe consultar los intereses de las comunidades y atender a un enfoque diferencial. Para la verificación de esta regla, la Corte obliga al establecimiento de una fase de revisión y seguimiento permanente de los compromisos suscritos, a fin de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales y colectivos de los participantes⁷⁹².

Por último, la *distribución equitativa de los beneficios* se refiere a que en las consultas los actores deben obtener beneficios del proceso participativo, por tanto, la Administración adquiere la obligación de guiar y verificar que en los compromisos suscritos los participantes se beneficien mutuamente. No se trata de espacios adversariales, al contrario, se asiste a procesos en los que se persigue el interés público, en los que debe primar la distribución de beneficios y la equidad, con lo cual se asegura la eficacia de los compromisos suscritos. Siendo igualmente importante la discusión y acuerdo sobre las medidas de mitigación e indemnización por los interesados⁷⁹³.

Esta regla ha sido objeto de estudio por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de proyectos extractivos. En la sentencia *Saramaka vs. Surinam* se obliga al Estado no solamente a garantizar un proceso de participación efectivo de las comunidades, sino a la distribución de los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales,

⁷⁹² “Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo” (...) “Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011).

⁷⁹³ “Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados” (...) “Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011).

como “una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrs. 25 a 27).

Sumado al precedente jurisprudencial, conviene agregar que la perspectiva de eficacia sobre la actividad de la Administración fortalece su contenido con los principios de la buena gobernanza. Como se ha expuesto hasta aquí, desde la teoría de la gobernanza la actuación informal de concertación es un espacio deliberativo planeado que cumple con ciertos requisitos para el cumplimiento de sus objetivos⁷⁹⁴. Así las cosas, una actuación informal de concertación orientada hacia la eficacia será aquella que logre los objetivos planeados (fines constitucionales) por los actores involucrados (públicos y sociales), en procesos inclusivos que respeten las reglas de juego que todos los participantes acordaron.

De forma más descriptiva, la doctrina sobre gobernanza ha identificado las condiciones mínimas que los procesos participativos deben reunir para alcanzar unos resultados eficaces, que en sentido jurídico no es otra cosa que el cumplimiento de los fines constitucionales. Los siguientes serían unos criterios mínimos adoptados a partir de la doctrina en la materia⁷⁹⁵:

- Facilitar el acceso a todos los actores sociales interesados, individuales como organizados, en condiciones de igualdad y no discriminación⁷⁹⁶.
- Disposición institucional de los espacios institucionales, los recursos para que se desarrollen los debates (información oportuna, verás y suficiente) y la responsabilidad de los actores sociales de participar y dialogar.
- La inclusión de las discusiones en el resultado final del proceso participativo. Es necesario que con el proceso participativo se alcance la transformación, al menos en parte, de las condiciones de inicio. Por tanto, un proceso participativo ineficaz sería

⁷⁹⁴ El principio de eficacia de la buena gobernanza se dirige a la necesidad de perseguir resultados de las políticas públicas con base en unos objetivos definidos (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010, pág. 80).

⁷⁹⁵ Sobre las reglas, requisitos y condiciones de la gobernanza existe una variada literatura: Natera, 2005 (págs. 763-772); Prats (2005b, págs. 169-171); Laurence & O’toole (2005); Blanco & Gomá, 2006 (págs. 15-17); Aguilar (2010, págs. 43-55); Cerrillo (2005, pág. 19; 2012); y Porras Nadales (2014, págs. 75-78).

⁷⁹⁶ En los espacios de gobernanza los actores se caracterizan por su pluralidad, interdependencia e interacción. “... los diferentes actores ya no pueden conseguir los resultados de manera individual ni imponer sus intereses a los otros, sino que requieren del resto de actores que a su vez tienen diferentes recursos (normativos, técnicos, cognitivos, financieros, humanos, etc.)...son interdependientes porque persiguen objetivos comunes que no pueden conseguir por ellos mismos sino mediante la relación con otros actores.” (Cerrillo, 2012, págs. 138-139). Sobre las redes y la interacción de diferentes actores: Brugué, Gomà, & Subirats (2005).

aquel en que se rechazan de plano los resultados del diálogo, o aquel que solo aspira a la adhesión de los actores sociales⁷⁹⁷.

Así, en el caso de la concertación informal de asuntos ambientales, los objetivos planeados estarán condicionados jurídicamente tanto por la garantía de los fines de protección del derecho a un ambiente sano o adecuado y la participación de la ciudadanía en las decisiones que pueden afectarla, como por la protección de los derechos conexos a la igualdad, acceso a la información etc. En otras palabras, el control de la eficacia de la actuación administrativa es una extensión del control de su legalidad, en tanto se trata de la verificación de la relación de pertinencia entre los objetivos perseguidos por la norma y su grado de satisfacción alcanzado por la actuación administrativa.

4. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

En el Derecho Administrativo interno, el principio de transparencia prescribe que “la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal” (Ley 1437 de 2011, art. 3.8)⁷⁹⁸. Como directriz de la buena gobernanza, la transparencia asegura la legitimidad de los

⁷⁹⁷ De manera gráfica Ibarra Güell (2011, pág. 257) explica que para obtener unos indicadores que evalúen la idoneidad o eficacia de los espacios de deliberación como el de la gobernanza, es útil hacer una comparación “entre el antes y el después, es decir, que existía cuando se desarrolló el mecanismo de participación y qué es lo que se creó nuevo, desapareció o se reformó tras su desarrollo”.

⁷⁹⁸ Así también lo ha interpretado el Consejo de Estado cuando considera que de la transparencia “se deriva el imperativo de dar a conocer las condiciones que rodean la administración de los bienes estatales con miras a permitir su real seguimiento” (Consejo de Estado de Colombia, 2014). La doctrina en general ha centrado el núcleo esencial del principio de transparencia al acceso a la información pública. Al respecto cabe agregar que, Cotino (2003, pág. 105) distingue entre un acceso formal y material, sobre todo aplicado a la Unión Europea pero que puede bien emplearse como criterio en otros ordenamientos: por acceso formal “se accede a documentos en poder de las instituciones, órganos y agencias de la Unión –no a cualquier información que ellas produzcan- en razón del ejercicio de un derecho reconocido como tal. Ello es así a diferencia del acceso material a la información pública. Este acceso material se define por tratarse de cualquier información, documental o no, que la Unión y Comunidad Europeas ponen a disposición, excluyéndose el ejercicio del derecho de acceso y los documentos que constan en los registros”. Podría decirse que para el caso particular de esta investigación, un criterio de transparencia amplio, esto es material, orienta a la Administración en la puesta a disposición de toda información relevante en los procesos de concertación informal, no solamente aquellos que sean requeridos en ejercicio del derecho de acceso a la información.

espacios de interacción⁷⁹⁹, puesto que la difusión de la información y la exclusión del secretismo⁸⁰⁰ durante todo el proceso participativo permiten un diálogo abierto y un mayor compromiso en la construcción de acuerdos⁸⁰¹.

Como parámetro de la actividad administrativa, la transparencia responde a las características de ser una “cualidad instrumental” al servicio de los fines del buen gobierno. Además, la transparencia ha de ser objetiva, establecida en reglas concretas de acuerdo con su finalidad (Tornos, Arroyo, Martínez, & López, 2012, págs. 39-40)⁸⁰². Por tanto, el principio de transparencia es instrumental para el cumplimiento adecuado de las reglas que siguen los espacios participativos y para asegurar la garantía y protección de los derechos fundamentales involucrados⁸⁰³.

Del carácter instrumental del principio se derivan unos deberes específicos de la Administración, pero a su vez, desde el enfoque de la buena gobernanza, se establecen

⁷⁹⁹ La principal razón de la existencia del principio de transparencia se halla en la necesidad de los gobernantes de obtener una mayor legitimidad a partir del control público de sus actuaciones (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010, pág. 56). Otros autores

⁸⁰⁰ Según Cotino (2003, pág. 10), no siempre se ha considerado que la transparencia fuera una virtud del buen gobierno, en su completo estudio sobre el tema, ilustra como a pesar del establecimiento del Estado Liberal constitucional en el siglo XIX, el secretismo se mantuvo, entre otras razones, en el entendido de que si el ejecutivo tenía como única función ejecutar la voluntad del legislador se asumía que “dado que el momento de racionalidad y publicidad por excelencia es la legislación y ahí se ha dado el requisito de publicidad, en el momento de la voluntad activa, de la emisión de actos aplicativos de la regla general, no corresponde satisfacer dicho principio de publicidad”. El mismo planteamiento en Sommermann (2010, pág. 12) quien resalta que incluso en durante mucho tiempo el principio de transparencia no se implementaba incluso en «Estados democráticos de Derecho»: “Mientras que la publicidad de la Ley y la apertura del proceso político, que se manifiesta especialmente en los debates parlamentarios públicos, se ha entendido desde el inicio como núcleo esencial de tales regímenes, no fue así con los procesos de toma de decisión de la Administración pública. A menudo, sólo en la medida que el conocimiento del concreto procedimiento administrativo y del razonamiento de la autoridad administrativa tenía importancia para la defensa de los derechos individuales, existía la obligación de la Administración de proporcionar la información necesaria, y eso sólo a la persona afectada”.

⁸⁰¹ Autores como Sommermann no limitan el principio de transparencia al acceso de la información pública, sino incluso al concepto de apertura, que para Cotino (2003, pág. 25), tiene que ver más con la aceptación y proximidad de la Administración a la participación ciudadana en su gestión. Así se define la transparencia como: “el grado de publicidad y de apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los criterios y argumentos utilizados” (Sommermann, 2010, pág. 11).

⁸⁰² Se trata de “un concepto abierto, los derechos, principios y características que la definen se determinarán por la finalidad y el contexto” (Tornos, Arroyo, Martínez, & López, 2012, pág. 39). En el mismo sentido similar, Arena (1993, pág. 9). En este caso, por ejemplo, el principio de transparencia sirve al fin de la protección ambiental (Cerrillo, 1998).

⁸⁰³ “En razón de este último carácter, se deriva el hecho de que no sea posible considerar a la transparencia como un concepto cerrado, esto es, todos los atributos, derechos, principios que se incluyan en la transparencia obedecen al logro de una finalidad, y según sea dicha finalidad, el contexto donde deba desarrollarse y alcanzarse, se determinará su contenido. Así que espacial, temporal, contextualmente el contenido de este concepto puede variar, como lo hará, indefectiblemente si se matiza la finalidad que se quiere lograr a través del recurso a la “transparencia”” (Cotino, 2003, pág. 16).

obligaciones en cabeza de los ciudadanos que participan en la toma de decisiones públicas. Estos deberes y obligaciones se refieren a los parámetros vistos de participación, información, igualdad y no discriminación que las partes deben cumplir durante todo el proceso de interacción y que comportan unas exigencias específicas de acuerdo al momento, de ahí que la doctrina distinga tres tipos de transparencia: transparencia de las reuniones, transparencia de la acción de la Administración y transparencia en el acceso público a la información (Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman, 2010, págs. 53-54)⁸⁰⁴.

En concreto, la Corte Constitucional ha identificado el principio de transparencia como un límite que rige la actuación informal de concertación de la Administración en los eventos de Consulta Previa, al reiterar que no es una actividad ajena al Derecho, aun cuando no estén regulados los procedimientos para asegurar su publicidad y los deberes que se desprenden del derecho al acceso a la información. En estos casos, la Corte ha considerado la relación de interdependencia entre la transparencia y la publicidad de la información pública como condiciones necesarias de la actividad administrativa que constituyen “un mecanismo de control ciudadano de la actividad estatal” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-274 de 2013, 2013). De esta suerte, una actuación informal de concertación se tomará como transparente siempre que respete las reglas que gobiernan el acceso a la información pública.

En consecuencia, la misma Corte Constitucional ha establecido las reglas que rigen el acceso a la información y, que como se trató anteriormente, permiten a la Administración en toda actuación, incluso la informal, aplicar el principio de proporcionalidad y hacer una debida ponderación cuando la entrega de información supone la colisión entre derechos. Estas reglas fueron compiladas en la Sentencia C-274 de 2013 y en síntesis se permite el acceso⁸⁰⁵:

⁸⁰⁴ En relación con los principios estudiados, la transparencia implica la exclusión de cualquier tipo de limitación injustificada sobre el acceso a actores, representación de intereses, disponibilidad de información y publicidad (Cerrillo, 2005, pág. 21).

⁸⁰⁵ Estas reglas se basan en las tipologías de la información que la Corte Constitucional ha establecido y que consisten en: “La primera gran tipología, es aquella dirigida a distinguir entre la información impersonal y la información personal (...) En función de la especialidad del régimen aplicable al derecho a la autodeterminación, esta diferenciación es útil principalmente por tres razones: la primera, es la que permite afirmar que en el caso de la información impersonal no existe un límite constitucional fuerte al derecho a la información, sobre todo teniendo en cuenta la expresa prohibición constitucional de la censura (artículo 20 inciso 2º), sumada en algunos casos a los principios de publicidad, transparencia y eficiencia en lo relativo al funcionamiento de la administración pública (artículo 209) o de la administración de justicia (artículo 228). Una segunda razón, está asociada con la reconocida diferencia entre los derechos a la intimidad, al buen nombre y al habeas data, lo cual implica reconocer igualmente las diferencias entre su relación con la llamada información personal y su posible colisión con el derecho a la información. La tercera razón, guarda relación con el régimen jurídico aplicable a los

-Cuando se trate de un dato personal sensible, en principio, sólo su titular podría tener acceso⁸⁰⁶.

-A partir de la clasificación de la información en personal o impersonal y en pública, privada, semiprivada o reservada, la Corte resumió en los siguientes términos las reglas para determinar si tal información se encuentra sujeta a reserva o si por el contrario puede ser revelada, en la sentencia T-161 de 2011:

13.- *A partir de esta clasificación es posible determinar si la información se encuentra sujeta a reserva o si por el contrario puede ser revelada, de modo que:*

- *La información personal reservada contenida en documentos públicos: No puede ser revelada.*
- *Los documentos públicos que contengan información personal privada y semi-privada: El ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos se despliega de manera indirecta, a través de autoridades administrativas o judiciales (según el caso) y dentro de los procedimientos (administrativos o judiciales) respectivos.*
- *Documentos públicos que contengan información personal pública: Es objeto de libre acceso*

14.- *En relación con la reserva esta Corporación ha establecido que esta puede versar sobre el contenido de un documento público pero no respecto de su existencia, así se estableció que “el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto*

llamados procesos de administración de datos inspirado por principios especiales y en el cual opera, con sus particularidades, el derecho al habeas data.

La segunda gran tipología que necesariamente se superpone con la anterior, es la dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma. En este sentido la Sala encuentra cuatro grandes tipos: la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. Así, la información pública, calificada como tal según los mandatos de la Ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. (...) La información semi-privada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales (...) La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones (...) la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-729 de 2002, 2002).

⁸⁰⁶ “Caso distinto se predica de la información sensible, relacionada, entre otros aspectos, con la orientación sexual, los hábitos del individuo y el credo religioso y político. En estos eventos, la naturaleza de esos datos pertenece al núcleo esencial del derecho a la intimidad, entendido como aquella “esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”. En este caso, todo acto de divulgación mediante los procesos genéricos de administración de datos personales, distintos a las posibilidades de divulgación excepcional descritas en el fundamento jurídico 2.5. del presente análisis, se encuentra proscrita. Ello en la medida que permitir que información de esta naturaleza pueda ser objeto de procesos ordinarios de acopio, recolección y circulación vulneraría el contenido esencial del derecho a la intimidad”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1011 de 2008, 2008).

su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (art. 40 de la C. P.)”.

Las consideraciones anteriores fundamentan la exigencia de vincular el principio de transparencia con el de buena fe, sobre todo en los casos en que no existen reglas de procedimiento como en la Consulta Previa o cualquier otro proceso de actuación informal. Así, la Corte Constitucional ha indicado que tales espacios no sean abordados como simples trámites a cumplir, y se les otorgue el carácter constitucional que representan. En especial, la Corte ha establecido que la buena fe implica que la Administración asuma la consulta como “un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461 de 2008, 2008)⁸⁰⁷.

De manera complementaria, el aseguramiento de la transparencia durante la actuación informal de concertación es reforzado a través del principio de rendición de cuentas y más propiamente desde el enfoque que le ha otorgado la gobernanza⁸⁰⁸. En el ámbito colombiano, se ha entendido por rendición de cuentas: “el deber que tienen las autoridades de la administración pública de responder públicamente, ante las exigencias que haga la ciudadanía, por el manejo de los recursos, las decisiones y la gestión realizada en ejercicio del poder que les ha sido delegado” (Contraloría General de la República-Departamento Administrativo de la Función Pública, 2009, pág. 10)⁸⁰⁹. Es, por ello, que la rendición de cuentas es comprendida como un proceso unilateral de presentación de resultados de la Administración como forma de prevenir la corrupción.

⁸⁰⁷ En el mismo sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia de 27 de Junio de 2012, 2012).

⁸⁰⁸ Como principio jurídico, la rendición de cuentas ha sido incluida expresamente en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Ley 970 de 2005: “Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la Ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, pág. 9). Igualmente, el principio está incluido tácitamente en la Convención Interamericana contra la Corrupción; y en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, 2014).

⁸⁰⁹ En el orden interno se adoptó el Documento CONPES 3654 “Política de Rendición de Cuentas de la Rama Ejecutiva a los ciudadanos”, el cual pretende “mejorar la transparencia en la gestión pública, incorporando de manera activa el control de la ciudadanía” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2014, pág. 11).

Frente a esta percepción, la gobernanza redefine la rendición de cuentas vertical, referida al proceso electoral, por una más horizontal y flexible, en la que cada actor debe rendir cuentas conforme a los mecanismos existentes para hacerlo, “pero, al final, serán los poderes públicos los que deberán rendir cuentas de las decisiones tomadas y aplicadas por la Administración Pública” (Cerrillo, 2005, pág. 21). De acuerdo con este enfoque, los diferentes actores dentro y fuera de los procesos participativos poseen la facultad y responsabilidad de presentar los resultados de su actuación.

Las redes de la gobernanza como estructuras interdependientes que involucran diferentes personas y organizaciones que se relaciona con diferentes órganos del Estado para procurar el diálogo sobre la forma en que se toman decisiones (Laurence & O’toole, 2005, pág. 247), es una forma en las que se manifiestan los mecanismos de rendición de cuentas ciudadana (Bignami, 2011). No se trata entonces de una responsabilidad unilateral de la Administración, sino también de los ciudadanos involucrados en procesos de toma de decisión. Este enfoque vincula las consideraciones hechas en este trabajo referidas a la percepción de la actuación informal de concertación en asuntos ambientales, como espacios de interacción construidos a partir del diálogo con los ciudadanos, en los cuales éstos poseen un papel activo en la medida que se asumen corresponsables de la toma de decisiones (Agudo, 2014, pág. 79)⁸¹⁰.

En el ámbito ambiental, el principio de transparencia es visto no solamente como un parámetro de actuación administrativa, sino como un mecanismo de fiscalización de ésta por los ciudadanos (Mora, 2007, págs. 324-325) y por ello de rendición de cuentas. Esto es así, máxime si se tiene en cuenta la promoción de un mayor acceso a la información relacionada con los aspectos ambientales sin acreditar interés alguno por parte de la ciudadanía, tal como lo prevé el Convenio de Aarhus y el actual proceso de negociación de un instrumento obligatorio del Principio 10 de Río 92 para la región latinoamericana (Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-, 2015).

En la idea de un control permanente, la rendición de cuentas en procesos que involucran derechos fundamentales se fortalece a través de la regla de *Acompañamiento y control*

⁸¹⁰ Allan & Rieu-Clarke (2010, pág. 242) señalan que: “existe una considerable interdependencia en la consecución de los tres principios centrales [rendición de cuentas, transparencia y participación]. Por ejemplo, la rendición de cuentas sólo puede ser garantizada si los interesados tienen la oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones, y tener el derecho de recurso a los procedimientos administrativos o judiciales para asegurar que sus opiniones han sido tomadas debidamente en cuenta” (traducción propia).

efectivo de las autoridades establecida por la Corte Constitucional en los procesos de Consulta Previa, según la cual, los derechos involucrados en el mecanismo de consulta exigen un vigilancia constante de las autoridades que asumen la defensa de los derechos humanos de las comunidades. La concertación informal al involucrar derechos como el de la participación y a un ambiente sano, no puede por tanto exonerarse de un control permanente de las autoridades encargadas de su protección⁸¹¹.

En este orden de ideas, puede sostenerse que el principio de rendición de cuentas actúa como basamento para evaluar todo el proceso de concertación informal. En tanto este principio permite solicitar y tener acceso a una explicación y responsabilidad de todos los actores involucrados, como garantía del cumplimiento de los parámetros de conducta que deben y debieron ser observados por la Administración y los ciudadanos. Siguiendo lo apuntado, la rendición de cuentas implica cuatro momentos:

la responsabilidad de actuar respecto a los compromisos adquiridos; segundo, la responsabilidad de informar sobre dichas acciones y de justificarlas; segundo, la responsabilidad real de sanción en el caso de que las acciones emprendidas no corresponden a las obligaciones; y cuarto la necesidad de institucionalizar medidas de prevención que aseguren que tal caso de abuso no se pueda volver a repetir (Thede, 2010, pág. 29).

La doctrina jurídico-administrativa interna y de la buena gobernanza no precisan un catálogo de requisitos que deba cumplir un proceso de rendición de cuentas, por lo que como principio se previenen algunas ideas generales. No obstante, a manera de ejemplo, la Contraloría General de la República desarrolló una guía de la ruta de las audiencias públicas de rendición de cuentas⁸¹² que, debe resaltarse, es una guía informal que se construyó a partir de las reglas que han construido la Administración y los actores en estas audiencias. Tales reglas incluyen lo ya reiterado en este acápite en lo relacionado con el acceso a la información y, en especial, recomiendan: informar públicamente sobre la gestión y garantizar que la ciudadanía acceda a la información; explicar y justificar los actos y decisiones para ejercer las

⁸¹¹ “Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011, 2011).

⁸¹² En Colombia se establecieron las Audiencias Públicas de Rendición de Cuentas a la Ciudadanía en el artículo 33 de la Ley 489 de 1998 (Congreso de la República, 1998).

responsabilidades encomendadas; estar dispuesto a la evaluación pública en espacios de deliberación con los ciudadanos; e incorporar las peticiones ciudadanas a los procesos de diseño y ejecución de políticas públicas (Contraloría General de la República-Departamento Administrativo de la Función Pública, 2009).

En resumen, teniendo como fuente la jurisprudencia constitucional⁸¹³, puede decirse que el principio de transparencia proscribire el secretismo y promueve la publicidad de la actividad administrativa⁸¹⁴, por tanto, la actuación informal de concertación deberá cumplir como mínimo con los siguientes parámetros, siempre que no exista una restricción impuesta por la Ley:

- Libre, oportuno, veraz y suficiente acceso a la información antes, durante y después de los procesos de concertación.
- Libre acceso de los interesados a las reuniones o espacios de concertación. Eliminación de la discriminación o el secretismo.
- Publicidad de las actuaciones de la Administración en el marco de la actuación informal de concertación.
- Disposición para la evaluación pública de los procesos de concertación.

5. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

El principio de confianza legítima otorga seguridad a la ciudadanía en que la Administración en sus relaciones seguirá una conducta leal y honesta, esto es, que actuará de buena fe⁸¹⁵. Este principio no está reconocido formalmente por el ordenamiento

⁸¹³ Se incluye también en esta síntesis los criterios propuestos desde diferentes organizaciones internacionales que promueven la gobernanza (*Vid.* Cap. 2.A-IV): la Unión Europea a través del Libro Blanco de la Gobernanza (Europa-Fundación Galicia, 2001); El Banco Mundial (1994); United Nations Development Programme (2014).

⁸¹⁴ Como se citó en líneas anteriores, dado que la actuación informal de concertación es desarrollo de la actividad administrativa, ésta no tiene que ser identificada como una “acción secreta” (Schmidt-Assmann, 2003, pág. 337).

⁸¹⁵ La Corte Constitucional ha considerado que la confianza legítima se fundamenta en el principio de la buena fe: “el principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución. A partir de la norma constitucional, esta Corporación expresó que la confianza legítima “consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho” (Corte Constitucional

colombiano⁸¹⁶ y, como tal, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha desarrollado el alcance de su protección⁸¹⁷.

En la doctrina interna, Viana Cleves (2007, págs. 174-192) ha sistematizado los criterios o requisitos que la jurisprudencia constitucional determina para la aplicación del principio de confianza legítima a casos particulares. Estos criterios son: la presencia de una relación jurídica; la actuación diligente del interesado⁸¹⁸; y la existencia de una «palabra dada» por la Administración confirmada con actos coherentes posteriores⁸¹⁹. Debido al desarrollo jurisprudencial del principio, los criterios de aplicación se han fijado con base en su vulneración, por lo que para efectos de este trabajo, la definición de la confianza legítima como parámetro y límite de la actuación informal de la Administración se plantea, en un inicio, a partir del eventual incumplimiento de los acuerdos por las autoridades, en los que se habrá de revisar si se está en presencia o no de una «palabra dada»⁸²⁰.

de Colombia, Sentencia T-717 de 2012, 2012). En el mismo sentido: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-527 de 2011, 2011) y Consejo de Estado (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 26 de febrero de 2015, radicado: 2073813).

⁸¹⁶ Como se citó su tratamiento jurisprudencial ha partido del desarrollo del artículo 83 constitucional que establece: “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante estas” (Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura, 2014).

⁸¹⁷ El principio de confianza legítima tiene su origen en el ordenamiento jurídico alemán, luego de la Segunda Guerra Mundial como medio de protección de los derechos fundamentales, siendo su principal desarrollo el jurisprudencial. Al respecto: García Macho (1989); García Luengo (2002); Schneider (2003); De Membiela (2006); Fauvarque Cosson (2007) y Rubio (2012).

⁸¹⁸ La jurisprudencia interna se ha dirigido a los ciudadanos como sujetos a quienes también deben aplicarse las directrices de la confianza legítima: “Así entonces, en consideración a los principios de confianza legítima y buena fe las autoridades y los particulares deben ser coherentes en sus actuaciones y respetar los compromisos adquiridos en sus acuerdos y convenios; deben garantizar estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas, de tal suerte que “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-295 de 1999, 1999).

⁸¹⁹ De manera similar, el Consejo de Estado (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de 26 de marzo de 2015, radicado: 2074061) ha establecido como presupuestos para la identificación de la confianza legítima: Existencia de una base objetiva de la confianza, esto es unos hechos concluyentes capaces de generar expectativas razonables; legitimidad de la confianza, como “aquello que es justo, genuino y verdadero, es decir, aquello que se ajusta al derecho o a la razón”; la toma de decisiones u oposiciones jurídicas cimentadas en la confianza que implica que “la confianza fundada en los signos externos manifestados por el Estado, tiene la fuerza suficiente para que el confiante despliegue u omita una conducta que ponga de manifiesto su confianza ante el actuar estatal”; y La defraudación de la confianza legítima, consistente en “una actuación intempestiva e inesperada de la autoridad que genera”.

⁸²⁰ A propósito de los criterios internos de aplicación del principio de confianza legítima, en especial sobre la existencia de una relación jurídica en la actuación informal de concertación se trató en este mismo capítulo (ítem 3.3.3). Cabe citar que autores como Morell Ocaña (2002, pág. 165) y De Membiela (2006) coinciden en que la buena fe es el fundamento de la protección de la confianza legítima en la relación jurídico-pública: “De esta relación recíproca, bilateral o plurilateral, se deriva una confianza que trasciende al Derecho positivo, articulándose como exigencia de que el sujeto se comporte conforme a sus buenas creencias, conforme a la

Por existencia de una «palabra dada» se entiende “un comportamiento de la Administración que se desarrolla dentro del marco del ordenamiento jurídico y en el ejercicio de las competencias que le han sido conferidas por la Constitución y la Ley” (Viana Cleves, 2007, pág. 175)⁸²¹. Tal comportamiento es resultado de cualquier actuación de la Administración en ejercicio de su función, que ha generado unas “expectativas razonables” en las personas a las cuales se dirige⁸²². Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que la confianza legítima se predica de los hechos objetivos de las autoridades, sin que sea exigible un acto jurídico-público específico como fuente de los compromisos o de la «palabra dada» por la Administración:

Se trata de un concepto [confianza legítima] que se deriva de los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica y que se erige como un límite a la actuación de la Administración. Así, cuando, debido a hechos objetivos de las autoridades se le genera al particular “la convicción de estabilidad en el estado de cosas anterior” y la convicción de que su actuar tiene una imagen de aparente legalidad...”

Sobre este punto es necesario tener en cuenta que la confianza legítima se predica no sólo respecto de situaciones jurídicas conformes a derecho sino también respecto de situaciones jurídicas que se encuentran, hasta cierto punto, por fuera de la protección del ordenamiento jurídico pues, como bien lo señala GONZÁLEZ PEREZ, “*la confianza legítima debe protegerse cuando exista certeza en el mantenimiento de determinadas situaciones, aunque no sean del todo conformes a derecho*. Esto es así debido a que el punto fundamental de la protección de la confianza legítima no es la legalidad de la conducta sino la presencia de la

buena fe. Ese comportamiento es dirigido hacia los demás sujetos, particulares y Administración, presidiendo todas sus relaciones jurídicas. Y esa buena fe determina la forma en que el sujeto afronta un acontecimiento, una determinada situación social o estrictamente jurídica. Pero, además, produce un modo de actuación predecible para todos los sujetos afectados por esa relación de creencia y esa actuación genera confianza” (De Membiela, 2006, pág. 255).

⁸²¹ Al respecto, la Corte Constitucional ha definido la «palabra dada» en relación con el principio de buena fe: “En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante estas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131 de 2004, 2004), precedente reiterado en Sentencia T-122 de 20015 (2015).

⁸²² Las expectativas razonables son el centro de la definición doctrinal del principio de confianza legítima, así lo describe Valbuena (2008, pág. 465) cuando describe que tal principio otorga “protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado”.

buena fe por parte del administrado. De allí que esta Corporación haya, en varias oportunidades, protegido a los ocupantes del espacio público aunque la ocupación de dichos espacios se encuentre abiertamente prohibida por el ordenamiento jurídico. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210 de 2010, 2010).

Nótese que la jurisprudencia constitucional no establece como requisito para la aplicación del principio de confianza legítima la presencia de un acto formal, incluso, acepta la tutela de derechos que han sido afectados por actuaciones “fuera de la protección del ordenamiento jurídico”⁸²³. En este orden de ideas, una aproximación al tema desde la doctrina de las formas jurídicas, por lo menos desde un enfoque tradicional que no incluye la actuación informal como una actuación jurídico-pública, permite la protección de la confianza legítima en los eventos en que con ocasión de una concertación informal adelantada por la Administración, ésta debe comprometerse tanto a mantener las condiciones pactadas al inicio del proceso, como a cumplir y, hacer cumplir, los acuerdos suscritos, máxime si se reitera que este tipo de actuaciones no constituyen vías de hecho.

En estos casos, la confianza se desprenderá de la actividad externa de la Administración que se presenta como convincente de los fines que persigue y del compromiso de crear una relación jurídica determinada con la ciudadanía para su consecución. Dicho de otra manera, no importa la forma en que se manifieste la Administración, por lo que podrá ser informal, para generar en la ciudadanía confianza en su actuación. La importancia reside en que la actuación administrativa se genere con suficientes signos externos, como para producir un convencimiento real en la ciudadanía, más allá de una “mera convicción psicológica”⁸²⁴.

⁸²³ Desde esta perspectiva el profesor Felipe De-Vivero (2004, pág. 123) sostiene que: “la confianza legítima se explica en la necesidad de proteger situaciones que se encuentran a mitad de camino entre los conceptos de derechos adquiridos y meras expectativas, obedece a la necesidad de amparar situaciones a partir de las cuales jamás se podría consolidar un derecho porque pueden llegar incluso a calificarse como ilegales pero que merecen protección del Estado en razón a la actuación de buena fe de quien se encuentra en esta situación así como a los signos externos de parte del Estado que le han permitido pensar que su situación se encuentra cubierta por la Ley (...) En el derecho colombiano la permisividad de la autoridad, así como la informalidad con la que se manejan las situaciones dadas las restricciones de todo tipo que padece el Estado, constituyen amplio escenario para la ubicación de las condiciones exigidas para la aplicación de la teoría”.

⁸²⁴ Como ejemplo en el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo ha considerado que: “... el denominado “principio de protección a la confianza legítima” al que tiene derecho todo ciudadano en sus relaciones con la Administración, no tan sólo porque se produzca en el mismo cualquier tipo de convicción psicológica, sino únicamente cuando la creencia del ciudadano se basa en signos o actos externos, que la Administración produce, lo suficientemente concluyentes para inducir razonablemente a aquél, a realizar u omitir una actividad que directa o indirectamente habría de repercutir en su esfera patrimonial o sus situaciones jurídicas individualizadas»” (Tribunal Supremo de España, Sentencia 1 de marzo de 1991, 1991). En igual sentido, Tribunal Supremo de España (Sentencia 22 de marzo de 1991, 1991).

De otra parte, el respeto a la «palabra dada» por la Administración como un límite a la arbitrariedad, desvela el problema central que rodea la aplicación del principio de confianza legítima a los procesos de concertación informal. Tal problema es concretado por el profesor Agudo (2011a, pág. 24) a partir de la siguiente cuestión: “los términos en que la Administración puede, mediante la previa concertación o negociación y antes de la tramitación de un procedimiento administrativo, verse limitada en el resultado final del procedimiento "formal" subsiguiente”. En este trabajo, debe ampliarse el interrogante también a procedimientos administrativos que no se desprenden del acuerdo informal pero que pueden llegar a afectarlo, dada las consideraciones vistas sobre la autonomía que en general caracteriza este tipo de actuación⁸²⁵.

El problema planteado involucra dos cuestiones clave de análisis en aras de la posibilidad de exigir en virtud del principio de confianza legítima, el cumplimiento de los compromisos informales pactados. Estas dos cuestiones son: **el carácter de las expectativas que genera la «palabra dada» y la llamada "autovinculación" de la Administración a los acuerdos informales.**

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de confianza legítima protege “expectativas razonables” y, por tanto, no está en su ámbito de protección las “esperanzas subjetivas” ni los derechos adquiridos:

La confianza legítima se deriva de la seriedad que caracteriza las actuaciones del Estado cuando se adelantan con apego al principio de buena fe y se traduce en la expectativa del ciudadano en el sentido de que la administración mantendrá un curso de conducta previamente evidenciado a partir de actuaciones u omisiones de las autoridades. En ese orden de ideas, ha sostenido la Corporación, el principio se orienta a proteger “*expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto*”. Contrario sensu, el principio no ampara esperanzas puramente subjetivas o construidas sobre comportamientos de carácter evidentemente doloso o culposo, ni se aplica cuando la administración ha establecido previamente la posibilidad de modificar una actuación propia o cuando se persigue la protección de un derecho adquirido. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-376 de 2012, 2012)⁸²⁶.

⁸²⁵ Como se trató anteriormente, la actuación informal no necesariamente precede un acto formal de la Administración (Vid. Cap.3.A-II).

⁸²⁶ En el mismo sentido: Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-131 de 2004, 2004).

Sobre el concepto de “expectativas razonables”, la Corte Constitucional no ha planteado una definición concreta en tanto objeto de protección del principio de confianza legítima⁸²⁷, más allá de considerarlas como: “circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles”⁸²⁸. Adicionalmente, la Corporación ha establecido en su precedente, que debe existir prueba del consentimiento o acuerdo de la Administración sobre la actuación que genera tales expectativas⁸²⁹.

Este último elemento está relacionado con lo que la doctrina alemana ha denominado como la “autovinculación” de la Administración⁸³⁰. El profesor Agudo (2013b, pág. 159) explica que este concepto se refiere a la garantía que presta la Administración sobre la coherencia de

⁸²⁷ La jurisprudencia en el tema no es clara, y podría decirse que tal concepto se ha definido por contraposición a lo que se ha denominado como “meras expectativas”. En consecuencia, una “expectativa razonable” será aquella que no consista en una “esperanza de obtener un resultado jurídico concreto” o esperanza de “obtener algún día un derecho” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-147 de 1997, 1997); “situaciones jurídicas no consolidadas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-314 de 2004, 2004) que como tal no “dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995, 1995).

⁸²⁸ La Corte Constitucional (Sentencia T-437 de 2012) cita en este caso la definición de Gabriel Valbuena (2008, pág. 165).

⁸²⁹ “6.4. Ahora bien, como ya se indicó, uno de los requisitos jurisprudenciales para que el juez de tutela conceda la protección al principio de confianza legítima, es que el particular demuestre que ha obrado acorde con el principio de buena fe. En la sentencia SU-360 de 1999, reiterada en la sentencia SU-601A de 1999, la Corte consideró que no se puede aceptar como única prueba la manifestación del interesado de la existencia de una expectativa; adicional a ésta es necesario que se pruebe que la Administración consintió o aceptó la actuación. En el caso de los vendedores ambulantes, la jurisprudencia ha reconocido como prueba de la legitimidad de la confianza -del consentimiento de la administración y de la buena fe del interesado- los carnés de vendedores ambulantes, las licencias y permisos expedidos por parte de la administración, los acuerdos entre la administración y los vendedores o sus representantes gremiales, los pronunciamientos o la normatividad expedida por los Concejos Municipales o de las Juntas Administradoras Locales que se refieran a los vendedores ambulantes y, así mismo, el pago de impuestos, los recibos de pago de servicios públicos correspondientes a las estructuras donde funciona el comercio informal, siempre y cuando estén acompañados de acciones u omisiones ostensibles de las cuales se infiere que ha surgido la confianza legítima” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-437 de 2012, 2012).

⁸³⁰ En la jurisprudencia y doctrina alemana se ha entendido como “un concepto familiarmente utilizado para referirse a los efectos que tiene la consolidación de una práctica continuada, especialmente en el caso de ámbitos discrecionales o de ausencia de órdenes o mandatos legales. La Administración se da a sí misma directrices de actuación de las que no puede apartarse en casos del mismo tipo si no existe una razón especial para ello (...) La autovinculación, desde su origen, se explica como el efecto de la aplicación de determinados principios generales del derecho a las actuaciones o conductas previas de la Administración. En ningún caso significa que los actos de la Administración tengan en sí mismos fuerza vinculante” (Díez Sastre, 2008, pág. 181). La doctrina alemana ha identificado dos tipos de autovinculación dependiendo de las actuaciones que le dan origen: la autovinculación relacional y la no relacional. La primera, se fundamenta en el principio de igualdad en el que caben los juicios comparativos entre casos anteriores resueltos de una manera igual con respecto a un acto posterior en el que se ha hecho un trato diferente. Y la segunda, la autovinculación no relacional, basada en el principio de la confianza legítima no existe comparación entre actos independientes, sino que se exige coherencia entre un acto anterior y otro posterior que no respetó la promesa dada al particular (Díez Sastre, 2008, pág. 190). Este último tipo sería el más próximo a guardar relación con la aplicación del principio de confianza legítima a la actuación informal.

sus actos presentes y futuros relacionados, y que aunque se ha empleado en las diferentes actuaciones jurídico-formalizadas, también se ha aplicado a la “promesa no vinculante de una actuación futura”. Tales promesas actúan como límites del actuar de la Administración, cuando se otorgan en un procedimiento administrativo y se concretarán en un acto administrativo posterior⁸³¹. En el campo de la actuación informal de concertación, «las promesas» mantienen una relación mediata con actuaciones jurídicas formalizadas y constituyen “acuerdos que, lógicamente, no contienen promesas de conductas jurídicamente vinculantes, pues no gozan de eficacia jurídica vinculante alguna”. Por esta razón, la provisionalidad de los acuerdos y la debilidad misma que representa la actuación informal pueden fundamentar “una reclamación resarcitoria fundamentada en la vulneración del principio de confianza legítima” (Agudo, 2013b, pág. 160)⁸³².

Este análisis trasladado a la actuación informal de concertación en el contexto del ordenamiento colombiano, indica que aunque la jurisprudencia sobre el principio de confianza legítima no ha empleado como tal la doctrina alemana de la “autovinculación” de la Administración, si se han derivado consecuencias jurídicas similares a través de la teoría del respeto del acto propio⁸³³. Esta teoría emana de la aplicación del principio de buena fe (art. 83

⁸³¹ En su estudio monográfico, Díez Sastre (2008, pág. 177) resalta que la autovinculación de la Administración en el ordenamiento alemán ha sido asumida como un principio por la jurisprudencia aunque la doctrina no lo considere de ese manera; y consiste en el “*efecto o consecuencia vinculante que puede derivarse de algunos principios jurídicos sobre la base de determinadas actuaciones previas del poder público*, bajo circunstancias concretas (...) Este concepto atribuye, pues, determinados efectos jurídicos no sólo a los actos precedentes, sino a, prácticamente, cualquier actuación o conducta previa; y se predica de otros sujetos además de la estricta Administración, como se aprecia especialmente en el Derecho europeo”.

⁸³² Sobre este asunto, el profesor Agudo señala que esta opción relacionada con fundamentar la responsabilidad de la Administración con base en el principio de confianza legítima, sin perjuicio de existir, es, sin embargo, compleja y en la práctica de difícil éxito.

⁸³³ Debe aclararse que la doctrina de la autovinculación alemana y la teoría de los actos propios no son lo mismo. Díez Sastre (2008, pág. 240) explica que aunque se refieren a actuaciones anteriores e incluso, interdependientes, al igual que con la doctrina del precedente administrativo no son totalmente asimilables: “Sin embargo, la teoría de los actos propios y la doctrina del precedente administrativo no siempre responden al mismo fundamento ni a los mismos supuestos de hecho. Puede decirse que el principio “*Venire contra factum proprium nob valet*” –en Derecho administrativo- se corresponde en mayor medida con la idea de autovinculación alemana que, como se ha visto, engloba una serie de fenómenos entre los que se incluye el precedente pero que va más allá de éste. Esto no quiere decir que los actos propios y la autovinculación sean lo mismo. Pero ciertamente comprenden un núcleo de situaciones comunes”. Como lo explica la profesora Díez Sastre (2008, pág. 221) estas dos teorías son distintas y comparten las mismas diferencias con las del precedente administrativo y la autovinculación: para la primera, lo importante es el acto anterior y que según éste la Administración no cambie de criterio para evitar la arbitrariedad; para la segunda, la autovinculación, su objeto de atención es más amplio: “la garantía general de coherencia de la Administración que debe satisfacerse no sólo en la comparación de un acto anterior con otro presente, sino en cualquier actuación previa de la Administración a la que sucede otra posterior. Por ello, el problema del precedente no es más que uno de los múltiples supuestos de hecho que entran en el ámbito de aplicación de la autovinculación”.

C.P.)⁸³⁴, que conforme lo ha citado el precedente constitucional, tiene origen en el “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*”, que en términos de límite a la actividad administrativa, le prohíbe contradecir sus actos siempre que con ellos haya generado en los ciudadanos una confianza legítima de la que se desprenden unas “expectativas razonables” en los particulares sobre la coherencia de una actuación posterior de la Administración⁸³⁵.

La jurisprudencia interna ha decantado tres criterios que permiten la aplicación de la teoría del respeto del acto propio y que cumplidos vinculan a la Administración: “(i) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz (...); (ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo (ii) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-122 de 2015, 2015)⁸³⁶. Como se percibe, estos requisitos son aplicables a las actuaciones informales de concertación en tanto, según se ha sostenido en esta investigación, ésta es una actuación dirigida a generar efectos jurídicos, como quiera que se dirige al logro de fines constitucionales, y se cumple por las autoridades con base en las competencias legales atribuidas. Si se atiende a la observancia de estos factores, la Administración queda vinculada a los compromisos asumidos, por lo que un acto administrativo posterior suyo que involucre a los mismos sujetos con los cuales ha

⁸³⁴ “6.5.3. Una de las facetas del principio de buena fe es el respeto por el acto propio, cuya teoría tiene origen en el “*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*”. Su fundamento radica en la confianza que un sujeto principal ha despertado en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada por ese sujeto principal. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria del sujeto principal.

6.5.4 Así las cosas, dicho principio le impone como prohibición a ese sujeto principal, irse contra su propio acto. Se convierte entonces en una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias, podrían ser ejercidos lícitamente, “en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-122 de 2015, 2015).

⁸³⁵ “La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (*venire contra factum proprium*), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la Ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-475 de 1992, 1992).

⁸³⁶ Este precedente se ha reiterado a partir de la Sentencia T-295 de 1999 (Corte Constitucional de Colombia, 1999). La doctrina latinoamericana ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana en la materia, véase al respecto: López Mesa (2009, págs. 194-198).

concertado y, que se aparta de lo acordado, generará los efectos resarcitorios que comporta la aplicación del principio de confianza legítima.

No obstante, para efectos de esta investigación, cabe preguntarse si los acuerdos que tienen lugar en tales espacios poseen el carácter de “expectativas razonables” y, por tanto, si los particulares involucrados pueden confiar legítimamente en que la Administración se comportará conforme “la seriedad que caracteriza las actuaciones del Estado cuando se adelantan con apego al principio de buena fe” (Corte Constitucional de Colombia, 2012). Se cree que la respuesta a esta cuestión no puede aplicarse de manera general a todos los eventos de actuaciones informales de concertación, dado que se debe consultar en cada caso la naturaleza de los compromisos suscritos entre la Administración y los ciudadanos participantes, para determinar si se involucran solamente “expectativas razonables” o verdaderos derechos adquiridos.

Para comprender mejor este planteamiento es necesario recurrir a los casos estudiados a lo largo de esta investigación e identificar en qué consiste la *palabra dada* por la Administración, sobre qué puede recaer su vinculación y, por tanto, cuál sería el objeto de protección de la confianza legítima.

A manera de ejemplo, en los eventos de concertación de la Administración y los gremios productivos para la elaboración de las Guías Técnicas Ambientales, cuyo objeto es establecer las mejores técnicas disponibles para optimar la producción más limpia del país, se establecen como acuerdos generales los siguientes: la autoridad ambiental se compromete a proveer y apoyar los espacios apropiados para el diálogo, así como, a publicar y difundir el documento resultado del proceso participativo; por su parte, los industriales se obligan a investigar y formular las respectivas guías⁸³⁷. Estos compromisos no se basan en sentimientos subjetivos sin ningún apoyo en hechos comprobables en la realidad. Como se tratará en el capítulo siguiente, tanto autoridades ambientales como empresarios mantienen reuniones en las que la Administración expresa su voluntad de promover el proceso participativo, se planean y se ejecutan diferentes actividades que otorgan seguridad sobre su *proyección futura*, en tanto se encaminan a un resultado concreto como lo es la publicación de una guía ambiental. Podría decirse entonces, que en estos eventos se está en presencia de unas “*expectativas razonables*”

⁸³⁷ Sobre los compromisos y procesos de elaboración de las Guías Técnicas Ambientales se tratará en el Capítulo 4.

de los participantes en que la Administración cumplirá de buena fe con su palabra dada. En este caso, existe suficiente información entre los participantes que puede obrar como prueba de los actos positivos de la Administración y por ende, permite afirmar que la confianza legítima surge en este espacio de concertación informal⁸³⁸.

De otra parte, pero con relación al caso examinado, cabe revisar si en virtud del compromiso de elaborar una Guía Técnica Ambiental se está en presencia de derechos adquiridos y, por consiguiente, determinar si el principio de confianza legítima no es aplicable como parámetro de actuación de la Administración. Para ello es pertinente recordar que la jurisprudencia interna ha establecido como derecho adquirido⁸³⁹: “las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una Ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-789 de 2002, 2002). Esos derechos, además, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores (art. 58 C.P.) y están “cubiertos de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995, 1995). Con base en una revisión rápida, y asumiendo que el objeto de concertación bajo estudio se limita exclusivamente a la elaboración de una Guía Ambiental, es fácil establecer que no existe una Ley previa que como tal otorgue un derecho a los industriales como éste⁸⁴⁰. Como se trató en su momento, las guías son estrategias derivadas de una política ambiental, no establecidas en la Ley, que no tienen como fin crear una situación jurídica particular de la que pueda generarse un derecho que integre un patrimonio individual⁸⁴¹.

⁸³⁸ La Corte Constitucional ha considerado en su jurisprudencia que los requisitos que configuran de la confianza legítima deben probarse en el proceso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-360 de 1999; y Sentencia T-1224 de 2003).

⁸³⁹ La Constitución Política en el artículo 58 dispone que: “se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. En la legislación nacional no se ha positivado el concepto de derechos adquiridos.

⁸⁴⁰ En consecuencia como lo ha reiterado la Corte Constitucional: “(...) son situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su posición, entonces el principio se protege” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-248 de 2008, 2008).

⁸⁴¹ Aquí por tanto ningún industrial puede alegar un justo título en virtud del cual tal derecho ingresó efectivamente en su patrimonio (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sección Segunda del 22 de julio de 2014, radicado: 18182013).

Una situación distinta se presenta, por ejemplo, en los casos de Consulta Previa, en los cuales, como se ha expuesto en esta investigación, si bien se trata de una actuación de concertación informal por la falta de procedimiento reglado de este mecanismo en materia de medidas legislativas, los acuerdos y compromisos asumidos por la Administración están vinculados con derechos adquiridos de las comunidades étnicas. En efecto, como se ha estudiado, la Consulta Previa ha sido reconocida como un derecho fundamental de las comunidades por medio del cual se ejercen otros derechos, igualmente fundamentales, a la libre determinación y participación en las decisiones que puedan afectarlas⁸⁴². En su gran mayoría, los casos conocidos por la jurisdicción se refieren a decisiones públicas o megaproyectos de particulares que pretenden intervenir en los territorios de comunidades específicas y, con ello, se corre el riesgo de vulnerar los derechos citados.

En estos casos no hay duda que se está en presencia de derechos adquiridos, en tanto que la Constitución y la Ley han reconocido el derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas y tribales en general, y, en especial, a comunidades étnicas específicas, que pueden ser afectadas por decisiones particulares. Tal reconocimiento se ha hecho con base en los actos de certificación de existencia que otorga el Estado⁸⁴³ y la adjudicación de sus territorios a través de la figura del resguardo⁸⁴⁴; sin mencionar el documento final protocolizado que contiene los acuerdos de la Consulta Previa⁸⁴⁵, constituyendo éstos actos títulos legítimos que han incorporado derechos ciertos en el patrimonio de estos pueblos⁸⁴⁶.

⁸⁴² En la sentencia hito SU-039 de 1997, la Corte Constitucional (1997) determinó la Consulta Previa como derecho fundamental: “El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”.

⁸⁴³ El Decreto 2893 de 2011, en el artículo 15 numeral 5 establece entre las funciones de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior: “5. Expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos” (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

⁸⁴⁴ El Decreto 2164 de 1995 reglamentó parcialmente la Ley 160 de 1994 en lo concerniente a la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas en el territorio nacional (Presidencia de la República de Colombia, 1995).

⁸⁴⁵ Conforme con la Directiva Presidencial 10 (2013), en el “*paso 3*” se consigna la protocolización de los acuerdos según las reglas convenidas por las partes en el proceso de preconsulta. Por su parte en la “*Etapa 5: Seguimiento de Acuerdos*” se debe asegurar por la Dirección de Consulta Previa que “lo protocolizado en la

En el ejemplo citado no se discute el deber de vinculación de la Administración a los compromisos que ella misma ha aceptado en el desarrollo de una Consulta Previa, claro está, teniendo presente que han sido formulados conforme lo dicta la Ley. Como se desprende del precedente jurisprudencial interno, en estos eventos no opera el principio de confianza legítima por cuanto las comunidades étnicas detentan derechos adquiridos que se pretenden proteger por medio de los acuerdos a los que ha llegado la Consulta Previa. En tal razón, como titulares de los derechos fundamentales poseen una vía directa de protección, que en el caso colombiano ha sido la acción de tutela⁸⁴⁷.

Los ejemplos aludidos permiten apuntar que los acuerdos de los cuales se derivan compromisos de la Administración, en el marco de una concertación informal, no siempre adquieren la connotación de expectativas razonables y, por ello, no son cobijados por el principio de confianza legítima. Esta situación plantea la necesidad del estudio del caso concreto en el cual se pretenda alegar este principio y la aplicación de la teoría del respeto del acto propio, aun cuando se esté en presencia de una actuación informal de la Administración.

Como resultado de las consideraciones anteriores en las que se analizó la aplicación del principio de confianza legítima desde el eventual incumplimiento de lo pactado o desconocimiento de la «palabra dada», se sugieren algunas orientaciones cuya utilidad es prevenir la vulneración del principio y que, por tanto, pueden constituir parámetros de la actuación informal de concertación de la Administración. Tomando como referencia el estudio jurisprudencial de Viana Cleves (2007, págs. 233-239; 268-272)⁸⁴⁸ y, teniendo presente que la actuación informal de concertación hace parte de un proceso planeado por la

consulta previa sea efectivamente realizado por las partes, según los plazos acordados con las comunidades étnicas”.

⁸⁴⁶ “El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege...”(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995, 1995).

⁸⁴⁷ Sobre la exclusión de la confianza legítima en los casos que involucran derechos adquiridos véase las sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-364 de 1999 (1999) y Sentencia C-131 de 1994 (1994).

⁸⁴⁸ Debe destacarse que en la doctrina interna, los estudios sobre el principio de confianza legítima son escasos, reconociéndose el trabajo monográfico de Viana Cleves (2007, págs. 225-292) como el más completo dada la revisión jurisprudencial y de doctrina extranjera que presenta. Siendo una tesis de maestría, la autora propone un modelo de conducta administrativa preventivo de la violación de la confianza legítima, compuesto por una serie de obligaciones dirigidas a la expedición de actos administrativos.

Administración para alcanzar fines constitucionales⁸⁴⁹, estos parámetros deben ser objeto de previo estudio para asegurar la buena fe y confianza legítima de todos los participantes.

Tales parámetros se resumen en: primero, la delimitación y claridad de la «palabra dada» de la Administración a los participantes, asegurando que los compromisos que sean asumidos estén rodeados de condiciones legales mínimas, como la correspondiente habilitación competencial y la legalidad misma del objeto sobre el cual recae el acuerdo⁸⁵⁰. Segundo, actuar coherentemente con los actos propios previos de manera que se proteja la buena fe y seguridad jurídica de la actividad administrativa⁸⁵¹. Y, tercero, en los eventos en que deban modificarse los compromisos suscritos, se recomienda dialogar y acordar las nuevas condiciones planteadas por la Administración.

Este último criterio guarda un especial valor en relación con la concertación informal, dada su naturaleza participativa y la reafirmación de la coherencia que debe perseguirse en todo el curso de este tipo de actuaciones. Sobre este parámetro, la Corte Constitucional, en casos en los cuales ha protegido la confianza legítima de particulares que habitaban bienes fiscales u ocupaban el espacio público⁸⁵², determinó que un parámetro de conducta de la Administración ajustado al ordenamiento jurídico es la concertación y concreción de las medidas que modifican los actos previos propios de las autoridades⁸⁵³.

⁸⁴⁹ Al respecto: Addink, Anthony, Buyse, & Flinterman (2010, pág. 80) e Ibarra Güell (2011, pág. 254).

⁸⁵⁰ Si bien la Corte Constitucional ha protegido la confianza legítima en casos en los cuales la actuación de las autoridades se concreta en una vía de hecho por no existir una regla de competencia o recaer en objeto ilícito, como en los asuntos de ocupación del espacio público (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210 de 2010; y Sentencia T437 de 2012); debe resaltarse que dentro de las consideraciones de la Corte, la existencia de una competencia legal es uno de los elementos clave para determinar la generación de la confianza legítima con ocasión de la palabra dada por la Administración, y de esta manera ordenar las actuaciones que deben seguirse para restablecer los derechos fundamentales en peligro o vulnerados (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-122 de 2015, 2015).

⁸⁵¹ “En condiciones de normalidad, la cadena de actuaciones de la administración debe estar compuesta por múltiples actos que se comportan como eslabones de iguales características y que se orientan hacia un mismo objetivo. Estos actos, en términos generales, se caracterizan por pretender dar cabal cumplimiento a las finalidades constitucionales, legales y administrativas que han sido institucionalizadas en el ordenamiento jurídico, sin que ello mengüe las libertades y derechos de los particulares” (Viana Cleves, 2007, pág. 239).

⁸⁵² Al respecto en los asuntos de desalojos de personas asentadas en bienes fiscales: en el caso de comunidades indígenas (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-282 de 2011, 2011) y de familias en condición de vulnerabilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637 de 2013, 2013). En los casos de vendedores ambulantes en el espacio público, entre otras: (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778 de 1998; Sentencia T-772 de 2003; y Sentencia T-386 de 2013).

⁸⁵³ En la Sentencia SU-360 de 1999, La Corte Constitucional examinó que en el caso particular del desalojo de vendedores ambulantes “Lo prudente es que antes del desalojo se trate de concertar y concretar, con quienes estén amparados por la confianza legítima, un plan de reubicación u otras opciones que los afectados escojan, la administración convenga y sean factibles de realizar o de principiar a ser realizadas. La propia administración del

Por último, cabe hacer una reflexión final general sobre la pertinencia del principio de confianza legítima y la actuación informal, según si se le reconoce como un tipo de actuación con unas características propias y ciertos efectos jurídicos o si, por el contrario, se mantiene su enfoque como simple actividad material. En este segundo evento, al no reconocerse la presencia de un acto formal que establezca claramente el objeto de protección y su medio de control, será el principio de confianza legítima el que venga a suplir tal vacío. Debe mencionarse que la utilidad de la aplicación del principio se halla en la falta de una regla formal concreta que asegure la coercibilidad de los compromisos asumidos en virtud de un acuerdo informal. Como lo expresa Viana Cleves (2007, pág. 207), en lo que concierne a la irrelevancia de limitar el principio a la protección de los derechos adquiridos: “si el titular del derecho adquirido vulnerado cuenta con una vía ordinaria propia para la protección de su derecho, no tendría necesidad de acudir a la confianza legítima para tal fin...el principio de confianza legítima se ve desplazado por la protección ordinaria específica que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de cada derecho”.

Ahora bien, si se acepta la actuación informal de concertación como fuente que obliga a la Administración que no requiere de ningún acto jurídico-público adicional para su "formalización", el principio de confianza legítima sigue siendo útil, pero en este caso no para discutir la existencia y vinculación a la Ley del acto que da origen a las obligaciones que se pretende respete la Administración, sino para establecer si los acuerdos son *expectativas razonables* o no – esto es meras expectativas o verdaderos derechos adquiridos-.

Dado lo anterior, si la concertación informal creó *expectativas razonables*, el principio de confianza legítima permite reforzar la idea de una responsabilidad patrimonial de la Administración a través de la “vía accesoria de protección”, como indica Viana Cleves (2007, pág. 207), debido a la inexistencia de una acción o medio de control directo regulado. En todo caso es pertinente reiterar que este tema se encuentra en un interesante proceso de

Distrito ha fijado estrategias al respecto, muy de acuerdo con lo que al respecto ha dicho la OIT. En esta concertación no solamente pueden participar las organizaciones que agrupan a los vendedores ambulantes y estacionarios sino los propios afectados, si lo desean. Por supuesto que el plazo para la concertación tenía y tiene que ser fijo, porque de lo contrario sería muy difícil recuperar el espacio público y así lo ha considerado la Corte Constitucional”(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-360 de 1999, 1999). En sentido similar, la Corporación ha sostenido que la actuación de la Administración es desproporcionada si “no se agotan previamente etapas de acuerdo y consulta con los peticionarios, destinadas a evaluar posibles alternativas al desalojo, pues cualquier acuerdo sobre la restitución del inmueble lesionaría en menor medida los derechos de los accionantes, en comparación con un desalojo forzoso” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-282 de 2011, 2011).

transformación interna gracias al reciente cambio jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el control del *soft law* administrativo y, en particular, sobre los acuerdos informales, del que se espera que el alto tribunal identifique los medios de control idóneos ante la jurisdicción contenciosa administrativa y, eventualmente, en un futuro esto sea objeto de regulación por el legislador⁸⁵⁴.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN: SOBRE LOS PARÁMETROS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN Y SU CONTROL. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACTUACIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.

La anterior exposición sobre los principios que dirigen la actuación informal de concertación cumplió con el objetivo de establecer unos parámetros de conducta adecuados que eviten la vulneración de los derechos de las personas y la producción de daños. El mismo carácter que en esta investigación se le ha concedido a la actuación informal, como un tipo de acto jurídico-público desarrollado en el marco del principio de la legalidad y la legitimidad democrática, excluyendo su vinculación con la vía de hecho, delimitó el campo de este trabajo hasta el tratamiento final de una especie de modelo de actuación informal basada en principios. Tratamiento que, además, fortalece el carácter preventivo de la teoría de la responsabilidad de la Administración⁸⁵⁵.

En tal razón, se ha asumido que los procesos de concertación informal de la Administración son actuaciones jurídicas, en las que se reconoce como presupuestos mínimos de su existencia el cumplimiento de una competencia general de las autoridades para

⁸⁵⁴ Como se ha apreciado la aplicación del principio de confianza legítima se ha judicializado a través de las acciones constitucionales de tutela cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales; por las acciones o medios de control de nulidad, reparación directa restablecimiento del derecho y acción de controversias contractuales objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa. Se espera que el Consejo de Estado en un futuro desarrolle por vía jurisprudencial la viabilidad de los medios de control contencioso administrativos específicos para reclamar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los acuerdos informales suscritos por la Administración. En la actualidad, la violación al principio de confianza legítima, cuando no se predica directamente de un acto administrativo o un contrato, ha dado lugar a reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado por la vía general de la acción de la reparación directa. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sección Tercera, Subsección A del 11 de junio de 2014, radicado: 26702).

⁸⁵⁵ Como se ha sostenido en la doctrina interna por Viana Cleves (2007, pág. 229): “La teoría de la responsabilidad administrativa no puede ser un fin en sí misma, sino que debe contemplar también una finalidad preventiva...El propósito del Constituyente fue proteger al particular y evitar la producción de daños, por lo que el sistema de responsabilidad administrativa debe operar en forma complementaria”.

emprender negociaciones sobre materias lícitas, igualmente, de competencia de aquellas. Lo anterior no implica que este tipo actuaciones, como cualquier otra actuación formal, en ciertos eventos pueda vulnerar los principios de la actividad administrativa y los derechos de las personas participantes como de terceros no convocados, tal y como se advirtió en el acápite anterior⁸⁵⁶.

En estos casos, debido a la existencia de un gran margen de discrecionalidad de la Administración, se justifica el control de la actuación informal⁸⁵⁷, en la medida en que los principios jurídicos también son útiles como parámetros de control en la instancia judicial⁸⁵⁸. Sobre los problemas que ello representa en términos de tutela judicial efectiva, el profesor Agudo (2013b, págs. 152-153) ha estimado que a fin de evitar un "decisionismo judicial" que pretende sustituir la decisión de la Administración con una clara violación del principio de división de poderes, es probable que se admita que lo relevante no es tanto determinar "el alcance del control judicial en sí mismo, como que el objeto de ese control debe focalizarse en cuestiones relativas al «modo de proceder» de la Administración para tomar decisiones ponderadas, fundamentadas y participadas, más que en el contenido mismo de esa decisión, sin perjuicio de que ese contenido sea controlado de forma indirecta"⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ En este punto debe mencionarse que el acceso a la justicia ambiental fue consignado en el principio 10 de la Declaración de Río 92, como un derecho de los ciudadanos y deber de los Estados de proporcionar el acceso efectivo a procedimientos judiciales para exigir la protección de los derechos y el resarcimiento de daños correspondiente (Organización de las Naciones Unidas, 1992). Este derecho se dirige a la posibilidad de exigir el control judicial de actuaciones administrativas que no cumplieron con las garantías que conlleva la participación ambiental.

⁸⁵⁷ Como se ha tratado en este capítulo, en materias con una alta densidad normativa tal actuación no tiene sentido, como consecuencia del respeto a legalidad que supone que la Administración no puede eludir la aplicación de una forma jurídica expresamente prevista en la Ley (Agudo, 2011a, pág. 29). Si éste fuera el caso, se estaría en presencia de un acuerdo ilegal que debe tratarse como una vía de hecho, y que como tal no representa la esencia de la actuación informal de concertación.

⁸⁵⁸ En el evento de control de una actuación discrecional es pertinente traer las reflexiones de Rodríguez de Santiago (2015, pág. 17) sobre la diferencia entre norma de control y de conducta, en tanto, "la norma de conducta pretende dirigir eficazmente la actividad administrativa (y se puede medir el grado en que esto realmente se consigue); y la norma de control judicial delimita los criterios jurídicos con los que se llevará a cabo la función de examinar la legalidad de la actuación administrativa impugnada (para vincular a ese enjuiciamiento, en primer término, una de las dos consecuencias jurídicas del binomio validez o invalidez)". Sin embargo, en el caso de las actuaciones estudiadas en este trabajo se cumple que dada la programación general de la Ley dirigida al cumplimiento de unos fines por parte de la Administración, en un eventual control judicial se presentará una "asimetría entre la norma de conducta y la norma de control", en el que el juez solamente puede "eliminar la decisión contraria a Derecho, pero no decidir qué es lo conforme a Derecho" (Rodríguez de Santiago, 2015, pág. 19).

⁸⁵⁹ "Dicho de otro modo, si la Administración puede demostrar que su decisión es la «mejor de las posibles» (no una mera alternativa más) y que a tal efecto se siguió un proceso de acción coherente con los principios, valores y derechos constitucionales (ponderación, participación, transparencia...), parece evidente que en esas

En el ordenamiento colombiano, la Consulta Previa es un ejemplo del control centrado en el «modo de proceder» de la Administración en las actuaciones informales de concertación. Tal control se ha tramitado a través de la jurisdicción constitucional por la vía de la acción de tutela. En efecto, como se ha tratado en esta investigación, la Corte Constitucional, e incluso el Consejo de Estado, han asumido el control de la actividad de la Administración en los eventos en los cuales se han visto afectados los derechos fundamentales de los pueblos étnicos por la omisión de efectuar la Consulta Previa en medidas legislativas. En estos casos, los fallos judiciales han entregado un conjunto de parámetros jurídicos que buscan respetar integralmente los derechos conculcados⁸⁶⁰. Igualmente, sobre los aspectos de fondo que conciernen a las decisiones que debe adoptar la Administración en un proceso de Consulta Previa, el precedente jurisprudencial ha establecido los presupuestos que deben tenerse en cuenta, sin interferir ni ordenar cierto contenido o sustituir la decisión⁸⁶¹.

Teniendo como fundamento los casos de Consulta Previa, podría decirse que en el ordenamiento colombiano el control de la actuación informal de concertación se ha llevado a cabo a través de la tutela primaria o de legalidad, que según explica el profesor Agudo (2013b, pág. 154), “pretende el restablecimiento de la legalidad, por contraposición a la tutela secundaria que tiene por finalidad la compensación de los daños derivados de la actividad administrativa”⁸⁶². Como se advirtió antes, este control se ha dado en la jurisdicción constitucional, razón por la que en el país no existe un importante precedente contencioso administrativo que permita profundizar en temas como la vinculación de las actuaciones

circunstancias el contenido mismo de la decisión no sería susceptible de control. Esa íntima conexión entre la dimensión sustantiva y procedimental lleva a reclamar una contención del control judicial, otorgando pleno sentido a la consideración del procedimiento o proceso de acción administrativo como una auténtica garantía de corrección, de evitación de conflictos y de legitimación de la Administración” (Agudo, 2013b, pág. 153).

⁸⁶⁰ Al respecto *Vid.* **Cuadro 5** sobre Principios y reglas jurisprudenciales para el ejercicio de procesos participativos.

⁸⁶¹ Sobre este tema vale citar una de las primeras sentencias en las que se definió el alcance de la Consulta Previa y que se ha conservado hasta hoy: “Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997, 1997).

⁸⁶² El profesor Agudo advierte que esta terminología proviene de la doctrina alemana. Al respecto Rodríguez de Santiago (2011, págs. 150-152).

informales a la Ley y los medios de control idóneos para llevar a cabo el control de su legalidad⁸⁶³.

En lo atinente al reconocimiento de la actuación informal de concertación como una actuación autónoma este es uno de los temas más discutibles, justamente por la supuesta finalidad de este tipo de actividades de no generar efectos jurídicos y, el pretendido carácter voluntario que excluye la vinculatoriedad de los compromisos asumidos⁸⁶⁴. En Colombia, la dogmática jurídico administrativa acogió la jurisprudencia del Consejo de Estado que limitaba el control judicial solamente a los actos de la Administración que cumplieran con la regla de ser manifestación de la voluntad y produjeran efectos jurídicos entendidos estos como crear, suprimir o modificar una situación jurídica (Sánchez Pérez, 2012, pág. 98).

No obstante, como se expuso precedentemente, es preciso resaltar que en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado se reconoce la existencia de las actuaciones informales y la necesidad de su control judicial como expresión de la función de la Administración en ejercicio de sus competencias. Así, por ejemplo, en el caso de las circulares la alta Corporación manifestó:

El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear, modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 *Ibidem*) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a voces del artículo 103 del CPACA sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también –y especialmente- a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, Radicado: 53301).

⁸⁶³ Justamente, una de las críticas que se ha dado en el país sobre los casos de vulneración del derecho a la Consulta Previa conocidos por la jurisdicción constitucional es la falta de determinación de criterios de reparación e indemnización a los pueblos étnicos (Rodríguez G., 2014, pág. 242).

⁸⁶⁴ Como se ha citado en este trabajo esta ha sido la característica definitoria de la actuación informal sobre todo en la doctrina alemana, entre otros: Bohne (1990 págs. 217-230); Hoffman Riem (1993, pág. 54); Kloepfer (1993, págs. 36-44); Maurer (2012, pág. 413); y Kluth (2013, pág. 56); Shulze Fielitz, (1993); y Lübbe Wolf (1993). Y en la doctrina española: Velasco (1998) y Agudo (2011a; 2013b). En Colombia: Molano (2005, págs. 284-285) y Sánchez Pérez (2012, págs. 24-25).

Estas mismas consideraciones fueron trasladadas a otras formas de actuación informal, como las que promueven la participación y concertación con la ciudadanía:

En efecto, el hecho de actuar ésta [la Administración] en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (*command and control*) o Derecho Duro (*hard law*) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (*soft law*), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la Administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible **expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la Administración**, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo.

En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, Radicado: 53301). Subrayado fuera de texto.

Con base en el actual precedente judicial administrativo se abre la posibilidad en el ordenamiento interno de acceder a la justicia contenciosa administrativa para exigir el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de una actuación informal de concertación. La cuestión clave estará dirigida a la valoración de la naturaleza de lo convenido y si puede ser objeto de control y, por supuesto, al tipo de acción o medio de control mediante el cual se presente el caso ante la jurisdicción. Este tema desborda el objeto de la presente tesis, pues como se conoce bien cualquier investigación al respecto deberá emprenderse a partir del análisis de casos concretos de conformidad con la aplicación del CPACA. En la actualidad, la principal dificultad se haya en que sobre estos asuntos el Consejo de Estado no se ha pronunciado aún, y cualquier teorización al respecto puede ser acusada de una excesiva generalización que no contribuiría con planteamientos prácticos a efectos de proveer soluciones en el caso concreto.

En todo caso, debe mencionarse que ante una posible afectación a los derechos fundamentales como a los que se ha hecho mención, la Constitución estableció la acción de tutela y la acción popular como mecanismos para exigir su protección frente a cualquier actuación arbitraria de la Administración (art. 86 y 88 C.P.). Al respecto debe considerarse también como casos ejemplificativos en el desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de los derechos fundamentales, la jurisprudencia del Consejo de Estado que en materia contractual ha sostenido el control de convencionalidad con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, como límite a la actividad contractual del Estado: “la convencionalidad se muestra en un tercer escenario desde el enfoque de los Derechos Humanos, donde se predica el respeto que debe la Administración hacia los derechos y garantías allí reconocidos, lo cual repercute directamente en la interpretación de términos y cláusulas contractuales que, dado el caso, puedan contravenir el derecho convencional” (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C del 20 de abril de 2015, radicado: 50219).

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN EN MATERIA DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE EN COLOMBIA (ESTUDIO DE CASO)

La prevención y control de la contaminación en Colombia es uno de los campos de la actividad administrativa ambiental en el que se identifica mayor influencia de las ideas de la gobernanza. Una prueba de esta influencia se halla en el interés de las autoridades de emplear instrumentos alternos a los de comando y control como estrategia para concertar con los actores privados medidas para alcanzar objetivos de producción y consumo sostenible.

En ese aspecto, el país ha seguido la tendencia internacional⁸⁶⁵. Ésta propone que tanto las políticas públicas como las normas para su operatividad se fundamenten en principios y estrategias de participación y diálogo conjunto entre el Estado, los gremios económicos, la comunidad científica y la ciudadanía en general⁸⁶⁶.

Internacionalmente se destacan las políticas y la regulación de la Unión Europea (UE) en lo que se ha llamado “el enfoque de la Prevención y Control Integrado de la Contaminación” (PCIC). Tal enfoque además de asumir una reflexión sistémica⁸⁶⁷ sobre el ambiente e integrar

⁸⁶⁵ La Política de Producción más Limpia ubica sus antecedentes internacionales en los objetivos, lineamientos y compromisos de la Cumbre de la Tierra de 1992 y la experiencia de los países desarrollados en la gestión de prevención de la contaminación a través de la combinación de estrategias que involucran la obtención de tecnologías más limpias, nuevos instrumentos económicos y de autorregulación (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 18).

⁸⁶⁶ En este sentido se destaca la reciente declaración final de la Cumbre de Río +20, en la que los Estados allí reunidos reafirman la importancia de la amplia participación para alcanzar el desarrollo sostenible: “43. Recalamos que la participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible requiere la implicación productiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y sub-nacionales, y todos los grupos principales: mujeres, niños y jóvenes, pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, autoridades locales, trabajadores y sindicatos, empresas e industria, comunidad científica y tecnológica y agricultores, además de otros interesados como las comunidades locales, los grupos de voluntarios y las fundaciones, los migrantes, las familias, las personas de edad y las personas con discapacidad. A este respecto, convenimos en trabajar más estrechamente con los grupos principales y otros interesados y alentar su participación activa, según proceda, en procesos que contribuyan a la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación de políticas y programas que fomenten el desarrollo sostenible a todos los niveles” (Naciones Unidas, 2012).

⁸⁶⁷ La visión sistémica del ambiente se basa en el paradigma de lo complejo, según el cual deben dejarse de lado las visiones superficiales y limitadas. Citando al profesor colombiano Julio Carrizosa (2001, págs. 10, 14-15): “la aproximación filosófica y científica que insiste en afrontar con la mayor valentía posible una visión no

procedimientos administrativos para la toma de decisiones⁸⁶⁸, incluye la perspectiva de la gobernanza como la mejor manera de gestionar los problemas ambientales.

Para la UE asumir la toma de decisiones ambientales a partir de procesos de gobernanza ha implicado una mayor interacción y concertación entre los gobiernos y todos los actores privados. Este nuevo modelo de relación entre el Estado y la sociedad en el campo de la PCIC, tiene como punto de partida la discusión sobre las *mejores técnicas disponibles* (MTD)⁸⁶⁹, con base en un intenso proceso de intercambio de información basado en la concertación⁸⁷⁰.

reduccionista y no simplificante explícita y consciente, en la que se acepta que vivimos en un mundo pleno de variables e interrelaciones, que nuestra visión no es nada diferente a una percepción subjetiva y que lo que llamamos causa es siempre el efecto de algo más que a su vez esta interrelacionado con otras variables”. En este sentido, el ambiente desde esta visión se podría decir que consiste en “la definición sistémica en la que el ambiente de un sistema es otro sistema interrelacionado con el anterior o sea el ambiente es "lo otro", lo diferente a la persona o al proyecto considerado en la medida en que existan interrelaciones entre lo uno y lo otro”. La visión compleja exige ver las cosas desde cinco perspectivas: “profunda y ampliamente; con referencia a un deber ser estético y ético; sus interrelaciones actuales y prever las posibles sin despreciar las aparentemente débiles, aceptando las discontinuidades de tiempo y espacio y comprendiendo sus efectos sinérgicos; dinámicamente como procesos de mediano y largo plazo; y con respeto hacia sus propios intereses en el espacio y el tiempo”.

⁸⁶⁸ La integración en un sólo procedimiento administrativo de todos los aspectos ambientales que genera un nuevo proyecto o una instalación industrial, implica el involucramiento de todas las autoridades públicas que tienen que ver con los asuntos desde distintos niveles de conocimiento y competencias. Igualmente, con lleva a un análisis integral y sistémico de los impactos ambientales, la participación de los actores privados interesados y la expedición de un solo acto autorizador (autorización ambiental integrada «AAI»). Sobre el tema: Pernás (2004); Revuelta (2003); y Fortes (2004).

⁸⁶⁹ En la doctrina jurídica el término de MTD se ha estudiado dentro de un concepto más general, la llamada cláusula técnica. Por cláusula técnica se entienden las estipulaciones generales contenidas en una norma jurídica que de manera genérica aluden al estado de la técnica y/o de los conocimientos científicos. Dada la complejidad de los nuevos riesgos tecnológicos se integran “conceptos jurídicos indeterminados en cláusulas técnicas que requieren una interpretación respecto al estado de la técnica y de los conocimientos científicos con el fin de aplicar los estándares en general, y las medidas correctoras en particular, que deben ser implantados en cada caso” (Agudo, 2004, pág. 350). Otros conceptos jurídicos indeterminados que guardan similitud son los términos de «estado de la técnica», «mejor tecnología disponible», «mejores técnicas conocidas» (Esteve Pardo, 1999, pág. 47) o su versión en inglés como *the best available techniques* (BAT). Al respecto: Loperena (1998, pág. 107), Delgado (2000, pág. 19); Betancor (2001, pág. 70); Tarrés Vives (2003, págs. 272-274); Domínguez (2003, pág. 132); Revuelta (2003, pág. 271); Fortes (2004, pág. 305); y Pernás (2004, pág. 234).

⁸⁷⁰ A partir de los objetivos del Sexto Programa de Acción Ambiental comunitario dirigidos a la identificación de medidas eficaces y de fuentes fidedignas de conocimiento científico-técnico para la solución de los problemas ambientales, así como, su empeño en involucrar mediante el “enfoque estratégico” a todos los actores clave, se introdujo el concepto de las MTD como un asunto primordial para desarrollar el nuevo enfoque de prevención y control integral de la contaminación. Así lo dispuso la Directiva 96/61/CE modificada por la Directiva 2010/75/UE de Emisiones Industriales (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2010/75, 2010).

Al igual que en la PCIC, la gobernanza ha influenciado la política ambiental colombiana, en especial, en lo que atañe a la discusión, el diálogo y construcción de acuerdos⁸⁷¹. Un ejemplo de ello es la puesta en práctica de mecanismos de concertación institucional con el sector privado⁸⁷² con fundamento en la política de producción más limpia⁸⁷³. Ésta tuvo origen a mediados de los años noventa con una reformulación muy reciente, y trata de compatibilizar las metas de prevención y control de la contaminación con el fortalecimiento de la competitividad industrial⁸⁷⁴.

Dicha política, en su primera etapa, promovió la producción más limpia⁸⁷⁵ y, en una segunda, introdujo los aspectos del consumo sostenible. El fin inicial de la política se dirigió a la necesidad de fomentar la participación de los gremios en la consolidación de estrategias para una producción amigable con el ambiente. Posteriormente, gracias a un diagnóstico de

⁸⁷¹ Si bien en el ordenamiento colombiano se regula la licencia ambiental como una autorización que implica una decisión que aborda la evaluación de impacto ambiental como estrategia para el análisis integrado de los aspectos ambientales que puede ocasionar un nuevo proyecto u obra, éste es todavía muy limitado a ciertos temas y niveles de competencia institucional. Igualmente, las políticas y la regulación ambiental mantienen enfoques sectoriales que distan mucho de un enfoque integrado de prevención y control de la contaminación. Sobre la licencia ambiental en Colombia y sus limitaciones puede consultarse: Rodríguez (2009c; 2011b).

⁸⁷² En el entendido de espacios de gobernanza o deliberativos promovidos por las autoridades ambientales, lo que los hace un espacio estable y propicio para la deliberación (Ibarra Güell, 2011, págs. 98, 134, 255). Al respecto *Vid.* Cap. 2. A-IV.

⁸⁷³ Sobre la historia de los procesos de concertación del Estado con los gremios productivos, el exfuncionario del Ministerio del Medio Ambiente, Carlos Herrera Santos (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011), explica que la gestión pública ambiental del país se caracterizó desde sus inicios por ser una actividad unilateral, impositiva y con desconfianza en el sector privado. Esta forma de tratar los asuntos ambientales por el Ministerio y demás autoridades del país, inicia su cambio a partir de la formulación de políticas dirigidas a transformar al control y prevención de la contaminación en los procesos industriales.

⁸⁷⁴ Más tarde se incentivará la participación de la sociedad civil en la gestión pública ambiental y asuntos como la conservación de la biodiversidad y el ecoturismo. Ejemplos del fortalecimiento de la participación en la gestión pública ambiental es la creación del Consejo Nacional Ambiental (CNA) encargado de diseñar y formular las políticas ambientales en concertación con el Gobierno, las ONG, la academia, los gremios y las comunidades étnicas (Mayr, 2002, pág. 49). Así en 1998, se presentó al CNA el documento “Lineamientos de política para la Participación Ciudadana en la gestión ambiental” (Ministerio del Medio Ambiente, 1998). En 2001 se expidió la “Política de Participación social en la Conservación” (Parques Nacionales de Colombia, 2001). Y en 2004, se formularon por medio del Documento CONPES 3296, los “Lineamientos para promover la participación privada en la prestación de servicios eco turísticos en el sistema de parques nacionales naturales – SPNN” (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2004).

⁸⁷⁵ La producción más limpia como estrategia integral de prevención ambiental y de eficiencia en las operaciones empresariales es el enfoque ambiental más promovido en el mundo desde la década de 1980, a partir de la cual se incentivó como “una estrategia para permitir a las empresas minimizar los residuos y mejorar su desempeño ambiental mientras que cosechan beneficios financieros de estas actividades.” (Khalili, Duecker, Ashton, & Chavez, 2015, pág. 30).

sus debilidades, identificó como fundamental la intervención de la ciudadanía en tanto su papel de consumidores ambientalmente responsables⁸⁷⁶.

Como se tratará más adelante, la Política de Producción Más Limpia de 1997 (PPML), y su reformulación en 2010 como Política de Producción y Consumo Sostenible (PPyCS), tiene fundamento en principios que promueven la gobernanza como base para una mayor interacción entre las autoridades, el sector productivo y la ciudadanía para alcanzar objetivos de protección ambiental. En efecto, la política formula los principios de integralidad, concertación, participación, colaboración y trabajo conjunto como orientadores de la ejecución de mecanismos de concertación definidos como los siguientes: Convenios de Concertación de PML, Guías de Calidad Ambiental y Acuerdos intergubernamentales e intersectoriales.

La aplicación en la práctica de estos mecanismos se ha concretado en actuaciones informales de concertación de la Administración con diferentes gremios y empresas en todo el país. De esta suerte, el Gobierno ha asumido que la concertación a través de una actividad más flexible y horizontal como la informal favorece las condiciones de eficacia en la toma de decisiones y de ejecución de medidas para la prevención y control de la contaminación⁸⁷⁷.

Este modo de concebir la relación entre el Estado y la sociedad en la discusión de objetivos de protección frente a la degradación ambiental no ha sido exclusivo de los instrumentos de política citados, es parte de un discurso político que desde los años 90 se ha sostenido por los programas de Gobierno. No se trata entonces de un aspecto aislado en la forma de proceder por parte de ciertas autoridades en temas específicos relacionados con lo ambiental; muy al contrario, podría afirmarse que es parte de una política de Estado que gracias al cambio

⁸⁷⁶ Así se evidencia en la Política de Producción Más Limpia de 1997 en la estrategia dirigida a *Establecer un Sistema de Calidad Ambiental en Colombia* en la que una de sus acciones instrumentales plantea: “La revisión y formulación de la normatividad ambiental se deberá orientar a incluir la prevención de la contaminación en sus disposiciones, a partir de introducir el tema de producción más limpia. En esta revisión se crearán los espacios de participación y discusión con el sector productivo, para garantizar su aplicabilidad a la revisión” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 37).

⁸⁷⁷ Es importante destacar que desde 1995 hasta la fecha las autoridades ambientales, tanto el Ministerio en el orden nacional como las Corporaciones Autónomas Regionales en lo regional han suscrito un incontable número de convenios de concertación de PML que abordan todo tipo de temas y sectores industriales y comerciales. De igual manera, el Ministerio ha coordinado la elaboración y publicación de más de cuarenta guías ambientales. Estas actuaciones de la administración han tenido como respaldo primordialmente la formulación de políticas a partir de la ejecución de sus estrategias, programas y proyectos, y no una regulación jurídica especial.

constitucional de una democracia representativa a una participativa, viene redefiniendo las relaciones Estado-sociedad⁸⁷⁸.

Es así como desde la expedición de la Constitución de 1991, los diferentes planes de desarrollo han incluido conceptos que hacen alusión a la necesidad de construir y mantener una estrecha relación entre el Gobierno y la ciudadanía a fin de alcanzar los objetivos políticos trazados en cada período presidencial⁸⁷⁹. Estos conceptos han sido “Buen Gobierno”, “Gobernabilidad Democrática” o “Gobernabilidad para el Desarrollo” que, de acuerdo con su contenido, sin duda sientan las bases políticas para el desarrollo de la gobernanza en el país⁸⁸⁰.

Por otra parte, debe aclararse que la relevancia política que las ideas de la gobernanza han representado en el país no se constata solamente en el empleo de los términos citados como

⁸⁷⁸ Con la Constitución Política de 1991 se transita de una democracia meramente representativa, sustentada en la Constitución de 1886, a una democracia *más* participativa. Ello no significa el cambio total de modelo, lo que en las sociedades contemporáneas sería imposible, se trata de establecer de acuerdo con el preámbulo constitucional una compatibilidad de los dos modelos (Monroy Cabra, 2011, pág. 12). Sobre la relevancia que supuso el cambio constitucional de 1991, la Corte Constitucional ha expresado: “Con la Constitución de 1991 se inició constitucionalmente el tránsito de la democracia representativa a la participativa. Esta nueva concepción de nuestra democracia implica un cambio trascendental del sistema político, cuya primera y más clara manifestación se encuentra en la manera como se comprende al ciudadano como tal. En la democracia representativa liberal clásica, se tenía una visión del ciudadano según la cual se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado. En la democracia participativa, hay una concepción por completo contraria a la que expresa Montesquieu acerca del ciudadano y de su papel en la vida pública. En este sistema, en lugar de desconfiarse del ciudadano éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisivos públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 2001, 2001).

⁸⁷⁹ De acuerdo con la Ley 152 de 1994 (art.5), el Plan Nacional de Desarrollo contiene: “a. Los objetivos nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo (...); b. Las metas nacionales y sectoriales de la acción estatal a mediano y largo plazo y los procedimientos y mecanismo generales para lograrlos; c. Las estrategias y políticas en materia económica, social y ambiental que guiarán la acción del Gobierno para alcanzar los objetivos y metas que se hayan definido; d. El señalamiento de las formas, medios e instrumentos de vinculación y armonización de la planeación nacional con la planeación sectorial, regional, departamental, municipal, distrital y de las entidades territoriales indígenas; y de aquellas otras entidades territoriales que se constituyan en aplicación de las normas constitucionales vigentes” (Congreso de la República de Colombia, Ley 152 de 1994, 1994).

⁸⁸⁰ Un estudio sobre los diferentes planes de desarrollo y su relación con la gobernanza en Castro (2011). Como se citó en el Capítulo 2, (*Vid.* A-III), en Colombia los instrumentos de política confunden en muchos aspectos el término gobernabilidad con el concepto de gobernanza, lo cual permite afirmar que las ideas de la gobernanza han estado y están presentes en el discurso político, a pesar de una confusión terminológica. En este caso debe también reiterarse que estas ideas no son sólo el desarrollo del principio de democracia participativa reconocido en la Constitución de 1991, sino que además como corresponden a la influencia de las organizaciones supranacionales en su misión de cooperación para el desarrollo en el país. Al respecto (Launay, 2006).

parte del slogan de cada Gobierno, sino también en las estrategias, los programas y los proyectos que proponen las políticas, cuyo ejemplo es la actual PPyCS.

En cualquier caso, esta tendencia no se ha registrado de la misma manera en la doctrina jurídica. Si bien la gobernanza como un nuevo modo de gobernación más flexible y menos vertical ha tenido transcendencia en la política colombiana, en el ámbito dogmático no ha merecido este mismo reconocimiento. Como se ha tratado en este trabajo, y en especial en el Capítulo 1 (*Vid.* Cap. 1.C), el formalismo jurídico que todavía inspira la doctrina jurídico-administrativa interna no ha permitido el desarrollo de estudios críticos que aborden de manera profunda la transformación de la relación entre gobernantes y ciudadanos, y cómo ha impactado en el Derecho Administrativo colombiano.

Así las cosas, desde la dogmática nacional, todavía se percibe un Derecho Administrativo liberal e individualista (López Medina, 2007; Alviar, 2007; Peña, 2007)⁸⁸¹. Temas como la revisión del concepto dogmático de actividad administrativa y el planteamiento de nuevas formas de actuación, como las informales⁸⁸²; la reflexión sobre los cambios en la legitimidad formal de la actividad administrativa; o el análisis del Derecho Ambiental como un sector de referencia del Derecho Administrativo, no han sido objeto central de estudio de la doctrina⁸⁸³.

Tal y como se ha sostenido en esta investigación, el desinterés por el estudio de estos temas ha conllevado a la disminución del valor de la dogmática interna, en lo que hace a sus importantes funciones de acercar la realidad como objeto de estudio para traducirla al lenguaje jurídico y, con ello, sistematizar y ordenar el Derecho Administrativo⁸⁸⁴. De modo especial, la falta de reflexión sobre nuevas formas de actuación administrativa como las informales de concertación ha contribuido a que sobre las mismas exista una especie de invisibilidad, que favorece tanto el desarrollo de prácticas restrictivas de derechos, como

⁸⁸¹ Una excepción a una perspectiva liberal-formalista del Derecho Administrativo en Colombia son los textos monográficos de los profesores Montaña (2010) y Molano (2005).

⁸⁸² Algunas excepciones en los estudios de Santaella (2011) y Sánchez Pérez (2012).

⁸⁸³ Sobre todo ello remitirse a los Capítulos 2 y 3 de este trabajo.

⁸⁸⁴ Cabe recordar las funciones de la dogmática administrativa resaltadas por Vosskuhle (2012): “la sistematización y la dogmática implican una selección y una síntesis que no sólo son positivas por generar certidumbre y seguridad dentro y fuera del Derecho Administrativo (función estabilizadora y de transmisión), sino también útiles para operar mejor en la práctica —en la resolución del caso— mediante conceptos y principios conocidos (función simplificadora o de descongestión); para hacer posible el control (función de control); resolver los conflictos de valores, o las contradicciones (función crítica); y para facilitar la recepción de la innovación jurídica (función receptora)”.

pocas posibilidades de su fortalecimiento jurídico a fin de que desplieguen todas sus ventajas para el perfeccionamiento de la participación ciudadana.

En efecto, la concertación informal no es *per se* una actividad de la Administración contraria a Derecho, es una manifestación de la innovación y creatividad que ha supuesto el trámite de asuntos complejos como lo son los ambientales. No obstante, **la negación de un estudio profundo sobre sus características y su encaje en el ordenamiento jurídico, puede propiciar su transformación en actuaciones “excluidas” del respeto de las garantías y derechos de los ciudadanos.**

De esta situación es un claro ejemplo el estudio de caso sobre los mecanismos de concertación de las políticas relacionadas con la producción más limpia y el consumo sostenible que se hace en este capítulo. Dado que, si bien estos mecanismos se fundamentan en principios que desarrollan ampliamente los valores de la participación ciudadana y han demostrado durante su ejecución avances significativos en el control y prevención de la contaminación, no puede negarse su carácter restrictivo. Así los procesos de concertación de PML por el Gobierno se han concentrado principalmente en espacios cerrados a los sectores productivos. A pesar de que la Política plantea la necesidad de un mayor involucramiento de la ciudadanía, la promoción de su participación en los citados mecanismos de concertación ha sido escasa o nula.

Este hecho, además de contradecir la promoción de la gobernanza como forma de tramitar la discusión de los asuntos ambientales, ha ido en contra de la eficacia para alcanzar los objetivos de las mismas políticas. Efectivamente, si bien no se desconocen los logros de la política de PML en materia de control de la contaminación y competitividad industrial, su evaluación insiste en que su mayor debilidad para alcanzar resultados eficaces ha sido la falta de vinculación de la ciudadanía y de promover su papel como consumidores responsables.

En concordancia con el contexto expuesto, conviene hacer un estudio de caso más concreto, además de las referencias que a lo largo de esta investigación se ha hecho sobre los casos de Mde, los REM y la Consulta Previa, que permita identificar en la práctica del Derecho Ambiental colombiano la importancia que ha representado la inclusión de la gobernanza y la creación de actuaciones informales como un discurso y mecanismo clave en las relaciones Administración y ciudadanos. Este estudio identifica los problemas jurídicos que la concertación informal posee en la realidad y con ello verifica la aplicabilidad de los

fundamentos dogmáticos planteados en los capítulos anteriores, a fin de proponer alternativas de solución.

El estudio de caso inicia con una descripción y análisis de las políticas públicas de PML y PyCS, en cuanto a sus antecedentes, objetivos de prevención y control de la contaminación, fundamentos, estrategias e instrumentos, y el balance que algunos documentos oficiales hacen de cerca de veinte años de su aplicación. Posteriormente, se estudian más detenidamente el concepto y alcance de los Convenios de PML y las Guías Ambientales con el objeto de establecer su identificación con los atributos de las actuaciones informales estudiados en el Capítulo 3. Este análisis se complementa con un examen del marco normativo colombiano que orienta de manera general los citados mecanismos de concertación para, además, plantear su difícil asimilación con la figura del contrato estatal, lo que permite reiterar la tesis de la autonomía de las actuaciones informales como parte del conjunto de los actos jurídico públicos. Se reitera la aplicación a los mecanismos de concertación de PML los principios y reglas mínimas de las actuaciones informales de concertación presentados como propuesta al final del Capítulo 3. No se pretende redundar en el contenido teórico de los principios ya presentados, por lo que se invita a una remisión de las ideas planteadas.

Cabe añadir que al análisis normativo se añade una investigación de campo que requirió la aplicación de la técnica de entrevista a reconocidos personajes políticos y expertos que han sido protagonistas del desarrollo de la PyCS en el país. Sin duda, la entrevista a actores clave fue fundamental para reconstruir la dinámica de los espacios de concertación en la práctica, dada la escasa literatura sobre el tema.

A. MARCO POLÍTICO DE LA CONCERTACIÓN INFORMAL EN PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE

La conformación de la moderna institucionalidad ambiental interna⁸⁸⁵ en los años 90 tuvo entre sus primeros resultados el diseño y la formulación de políticas ambientales

⁸⁸⁵ De acuerdo con González Villa (2006, pág. 179), a pesar de la importante legislación ambiental existente en el país para la época de la expedición de la Constitución en el año 1991, que recogía la Ley 23 de 1973, el Código de Recursos Naturales Renovables (Decreto 2811 de 1974) y el Código Sanitario (Ley 9 de 1979) no se contaba con una institucionalidad que permitiera su aplicación eficaz. Es por esa razón, que se decide fortalecer

fundamentadas en diagnósticos dirigidos a establecer la línea base del estado de los recursos naturales en el país. Estos diagnósticos demostraron la debilidad de la gestión pública ambiental, la presencia de graves problemas de contaminación y la falta de acciones efectivas para la conservación y la protección de las áreas de especial interés ecológico⁸⁸⁶.

Con respecto a la debilidad de la gestión pública institucional antes de la Ley 99 de 1993, además de las dificultades que implicaba no contar con autoridades con competencias ambientales definidas y con autonomía para la toma de decisiones frente a los demás sectores públicos, se identificó que la normativa vigente era arcaica e ineficaz para tratar los problemas de degradación ambiental. La legislación centraba en la autorización su principal instrumento de gestión, conjuntamente con el denominado control al final del tubo⁸⁸⁷, aunado a una falta total de incentivos que promocionaran un comportamiento ambientalmente responsable de toda la ciudadanía⁸⁸⁸.

En lo concerniente al sector privado, los estudios de la época evidencian un gran desconocimiento de las consecuencias ambientales de su actividad a largo plazo, ignorancia de la normativa ambiental, débil control de la autoridad y falta de competitividad frente a los mercados internacionales, que incluían la variable ambiental como un factor indispensable para el ingreso de nuevos actores⁸⁸⁹. De manera similar, se percibía una ciudadanía que,

la Administración a partir de la creación de un ministerio responsable de los asuntos ambientales y unas autoridades ambientales en lo regional y local. Esta reforma institucional se llevó a cabo con la expedición de la Ley 99 de 1993 que creó el Sistema Nacional Ambiental y dio paso al inicio de la moderna institucionalidad ambiental.

⁸⁸⁶ Sobre la institucionalidad ambiental en Colombia y sus debilidades consultar: Tobasura (2006); Rodríguez Becerra (1994; 2010); Moreno (2010); Salinas (2010); y Carrizosa (1992).

⁸⁸⁷ “Se entiende por soluciones al final del tubo aquellas que remueven una parte de los contaminantes contenidos en las emisiones y vertimientos industriales antes de que ellos alcancen los cuerpos de agua o la atmósfera. También llamados tratamientos al final del proceso” (Uribe, Cruz, Coronado, & García, 2001, pág. 114).

⁸⁸⁸ Un retrato de la aplicación práctica del ordenamiento ambiental colombiano de la época puede obtenerse del texto “Se hace camino al andar. Aportes para una historia del movimiento ambiental en Colombia” (ECOFONDO, 1997).

⁸⁸⁹ En tal sentido se puede citar el diagnóstico de los Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua (Ministerio del Medio Ambiente, 1996) y la Política para la Gestión de Integral de Residuos (Ministerio del Medio Ambiente, 1997). Este último evidenciaba que “en el ordenamiento institucional actual existen una serie de organismos e instituciones involucradas en diversos aspectos del manejo de residuos sólidos, sin que esté del todo claro, en algunos casos, la extensión del ámbito de competencias de cada uno y ni las obligaciones que a cada uno corresponde asumir (...) No existe coordinación que garantice que los planes y programas que se conciben en materia de residuos sólidos a nivel nacional se implementen eficientemente en los niveles regionales y locales (...) Escasos conocimientos sobre la materia a nivel ciudadano, a pesar de la creciente sensibilización. La confusión de la opinión pública, que es beligerante con las soluciones ambientales del problema. Así, hay mayor oposición a la instalación de un depósito de seguridad, que a los vertidos incontrolados que contaminan

gracias a la inexistencia de programas de información, sensibilización, participación y promoción, constituía una comunidad irresponsable frente al cuidado del ambiente.

El gran cambio que trajo consigo la Constitución de 1991 al proclamar la democracia participativa y considerar la protección ambiental, tanto como principio, derecho y deber⁸⁹⁰, fue sentar las bases para una nueva forma de pensar los asuntos públicos. Como se expuso en el Capítulo 2, la importancia otorgada a la participación y el acogimiento de los planteamientos de la gobernanza, desde los fundamentos del “Buen gobierno” o de la “Gobernabilidad democrática”, coadyuvó a replantear las políticas e instrumentos para hacer frente los problemas ambientales del país (Castro, 2011).

Se impuso en el recién creado Ministerio del Medio Ambiente (MMA) la idea sobre la necesidad de flexibilizar los instrumentos de comando y control, a partir de fórmulas de acercamiento con el sector productivo en aras de alcanzar los objetivos de prevención y control de la contaminación, y la promoción de la competitividad empresarial⁸⁹¹. Este nuevo enfoque se reforzaría con la expedición de políticas específicas dirigidas a los gremios económicos y a la participación ciudadana en la gestión pública ambiental⁸⁹².

Según Carlos Herrera Santos⁸⁹³ (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011) hacia el año de 1994, la percepción de los funcionarios del MMA sobre la gestión ambiental del

aguas y suelos. Ausencia de responsabilidad de la comunidad frente a los problemas ambientales que se derivan del manejo inadecuado de los residuos que ella misma genera” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 8).

⁸⁹⁰ Al respecto consultar la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional ya citada en el Capítulo 3, y en especial el fallo C-058 de 1994 (Corte Constitucional de Colombia, 1994).

⁸⁹¹ “Una primera lección muestra cómo la Producción más Limpia introduce una concepción básica para el *mejoramiento del desempeño de las empresas*. Mientras que los instrumentos y mecanismos de comando y control tradicionales obligan a las empresas a cumplir con unos parámetros administrativos que a su vez pueden, pero no necesariamente, influir en ajustes en procesos productivos. Contrario, la asimilación de conceptos de PML por parte de las empresas, asegura cambios estructurales” (Van Hoof & Herrera, 2007, pág. 110).

⁸⁹² Entre ellas se citan los Lineamientos de política para la Participación Ciudadana en la gestión ambiental de 1998. Estos lineamientos se fundamentan en dos objetivos generales: “1. Garantizar una participación amplia, deliberada, consciente y responsable de la ciudadanía en la preservación de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes ambientales y en general en la gestión ambiental, que cumpla una función eficaz en la construcción del desarrollo sostenible y que contribuya a generar las condiciones para que la sociedad civil adquiera cada vez más capacidad de incidencia en el acto de gobernar. 2. Establecer directrices conceptuales y operativas para la interpretación y aplicación del concepto de participación ciudadana por parte de las instituciones públicas que forman parte del SINA, y generar condiciones objetivas y subjetivas que permitan la aplicación en la práctica de esas directrices” (Ministerio del Medio Ambiente, 1998, pág. 7).

⁸⁹³ Director Ambiental Sectorial y Director General de Desarrollo Sostenible del Ministerio de Ambiente entre los años 1994 y 1999, promotor de los convenios de concertación del Gobierno con los sectores productivos y de la PPML. Gerente de asuntos ambientales de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia – ANDI-, y actualmente, Vicepresidente de Desarrollo Sostenible de la misma organización.

país se definía por una clara distancia entre el sector público y privado, manifestada en una serie de pugnas, solicitudes sin sentido y bajo cumplimiento legal de las empresas. Como consecuencia de esta situación, y teniendo en cuenta que el nivel de desarrollo de los instrumentos en materia ambiental era precario, se propuso una nueva forma de trabajo al interior de la entidad, cuyo propósito fue el acercamiento y la colaboración con el sector privado, como una buena herramienta para el logro de los objetivos ambientales del nuevo país.

En este orden de ideas, en junio de 1995, con el apoyo de la Ministra de Medio Ambiente de la época, Cecilia López, se convocó a los gremios empresariales, a los representantes de las principales empresas públicas y Ministros a la firma de un Convenio Marco de Concertación para una Producción Limpia, cuyo propósito fue cambiar el enfoque tradicional de control, hacia un enfoque nuevo de prevención y promoción de la competitividad industrial (Van Hoof & Herrera, 2007, pág. 106)⁸⁹⁴. Sus compromisos fueron el fortalecimiento institucional, reducción de la contaminación, capacitación, investigación, incentivos y recursos financieros, recuperación de los ecosistemas, y el seguimiento y la evaluación de la gestión ambiental (Guhl, 1997, pág. 19).

La firma del Convenio Marco fue el primer paso para la formulación en 1997 de la Política Nacional de Producción Más Limpia (PPML), constituyéndose en el principal instrumento que recogió las nuevas ideas de la gestión pública ambiental del país en los inicios del Sistema Nacional Ambiental (SINA)⁸⁹⁵. El complicado entorno de las relaciones del sector privado y el Estado, así como el preocupante panorama ambiental de la época, fue ilustrado por el diagnóstico inicial para la formulación de la política:

Se ha identificado que las principales causas del deterioro ambiental en Colombia son, entre otras: i) las condiciones de libre acceso a los recursos naturales, que ha llevado a tasas de extracción superiores a las socialmente deseables; ii) la ausencia de mecanismos que permitan

⁸⁹⁴ El Convenio Marco fue suscrito en el Palacio de Nariño y tuvo como testigos al Ex Presidente de la República Ernesto Samper Pizano y el entonces embajador de Estados Unidos, Miles Frechette. “El convenio fue una verdadera acta de intención” (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

⁸⁹⁵ La política fue elaborada por funcionarios del Ministerio del Medio Ambiente y profesores e investigadores de la Universidad Nacional y la Universidad de Los Andes (Guhl, 1997, pág.14). En Latinoamérica, países como Chile y Argentina han implementado políticas de producción más limpia y las han integrado expresamente a su ordenamiento jurídico (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2014); Argentina: Política Nacional Argentina sobre Producción y Consumo Sostenible (Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2014); Para una revisión de los programas de PML en la región en países como: Uruguay; Paraguay, Bolivia, Brasil, Chile y Argentina consultar: Agencia de Protección Ambiental de Argentina (2009).

costrar por el deterioro ambiental; iii) la ausencia de estrategias efectivas para el control de la contaminación iv) la existencia de situaciones sociales que inducen a este deterioro, dentro de las cuales se encuentra la pobreza y los bajos niveles educativos de gran parte de la población colombiana, que conllevan al consumo insostenible de los recursos naturales por diversas razones, incluyendo tendencias de consumo poco sostenibles, iv) el desconocimiento tanto del sector público como del privado de las tecnologías y los métodos más apropiados para prevenir y disminuir la contaminación, y v) la conciencia ambiental en el país sobre la importancia de la conservación de los recursos naturales, es muy reciente.

En el caso de los sectores productivos, la contaminación ambiental se produce por el desarrollo de sus diferentes actividades, que generan efectos ambientales negativos por el uso insostenible de materias primas y recursos naturales como insumo para sus procesos de producción y operación, por la utilización del medio ambiente como receptor de sus descargas contaminantes (residuos, emisiones y vertimientos), y en la fase de post consumo de los bienes y servicios, principalmente. Estos efectos imponen costos a otros agentes del sistema económico que no son compensados, generando pérdidas de bienestar. (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 11).

Teniendo como punto de partida las precarias condiciones que presentaba la gestión ambiental pública y privada expuestas por el diagnóstico de la PPML, el Ministerio decidió formular un instrumento de política que involucrara a los gremios económicos en las actividades públicas para alcanzar los objetivos de prevención y control de la contaminación ambiental, trazados por la Constitución y la Ley 99 de 1993. El marco de la democracia participativa de la nueva carta constitucional y la política gubernamental basada en los postulados del Buen gobierno (Departamento Nacional de Planeación, 1994)⁸⁹⁶, serían el campo abonado para emprender el diseño y ejecución de una política novedosa basada en conceptos de PML y procesos de concertación con el sector privado.

El fundamento del marco conceptual de la Política fue la definición de PML de la *United Nations Environment Programme* (UNEP): “aplicación continua de una estrategia ambiental preventiva e integrada, en los procesos productivos, los productos y los servicios, para reducir los riesgos relevantes a los humanos y al medio ambiente” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 15). La definición adoptada hace énfasis en el principio de prevención y en la confianza que la mejora continua de los procesos productivos puede ser alcanzada mediante la

⁸⁹⁶ Los principios del Buen Gobierno introducidos al país a partir de los primeros programas de desarrollo, promovieron la inclusión de mecanismos de gobernanza en la renovación de la Administración pública (Castro, 2011).

inversión en nuevas tecnologías más limpias y el cambio en la actitud y práctica gerencial hacia un permanente mejoramiento de la gestión ambiental (UNEP, 2006)⁸⁹⁷.

Frente a las causas del deterioro ambiental, en especial las derivadas del marco normativo de la época, la PPML resultó ser eficaz para combatir la debilidad de la legislación. Los puntos clave a enfrentar serían: la ausencia de fundamentos en la prevención, su baja cobertura y capacidad de implementación, el énfasis en los instrumentos de comando y control, y la escasa información técnica de base. Igualmente, propuso el mejoramiento de la debilidad institucional relacionada con la escasez de recurso humano, información ambiental, seguimiento, monitoreo y la falta de herramientas analíticas (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 21).

La Política hizo énfasis en los beneficios que genera la adopción de una PML tanto para mejorar la gestión pública y la competitividad industrial, como una forma de incentivar la participación de los diferentes sectores productivos⁸⁹⁸. La principal estrategia para involucrar estos sectores en la gestión ambiental fue la voluntariedad y el compromiso de un acompañamiento permanente por parte de las diferentes autoridades ambientales. La formulación y ejecución de la PPML priorizó la concertación con el sector industrial, desde la promoción del fortalecimiento de la competitividad empresarial a partir de la inclusión de la variable ambiental en los procesos productivos. Desde el inicio de la PPML, los mecanismos de concertación se apoyaron en negociaciones y acuerdos informales, esto es, no seguían la regulación existente sobre convenios o contratos de la Administración con los particulares.

La preferencia por la adopción de procesos de concertación informal para alcanzar los objetivos de la PPML se explica en la desconfianza, por parte del sector privado, e incluso de los funcionarios del recién creado MMA, en las formas de actuación ambiental reguladas. La legislación ambiental no proveía mecanismos flexibles para la negociación del cumplimiento

⁸⁹⁷ En la literatura sobre gestión ambiental existe una importante documentación sobre las ventajas de la producción más limpia como una estrategia eficaz para alcanzar la sostenibilidad ambiental. Al respecto puede consultarse la base de datos del Journal of Cleaner Production, en especial los artículos de: Fresner (1998); Vlavianos-Arvanitis (1998); Kjaerheim (2005); Baas (2007); Bonilla, Almeida, Giannetti, & Huisingh (2010); Khalili, Duecker, Ashton, & Chavez (2014).

⁸⁹⁸ La Política Ambiental del PND “El Salto Social” (1994-1998) incorporó a sus políticas, el programa “Hacia una Producción Limpia”. El objetivo general de este programa fue “introducir la dimensión ambiental en los sectores productivos y reorientarlos hacia formas de gestión y uso de tecnologías ambientalmente sanas y seguras, que aumenten la eficiencia en el uso de recursos y energía, optimicen procesos, sustituyan insumos y disminuyan la generación de residuos, emisiones y descargas” (Guhl, 1997, pág. 15).

de los estándares de contaminación, lo que se percibía como un conjunto de reglas impositivas alejadas de la realidad empresarial de la época (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

El balance de la PPML en 2010, luego de trece años de ejecución, demostró la viabilidad y eficacia de la concertación informal con el sector industrial a fin de alcanzar acuerdos sobre los objetivos de prevención y control de la contaminación. No obstante, también evidenció su debilidad para asegurar la permanencia de los compromisos suscritos, dada la exclusión de la participación de los consumidores. En otras palabras, la puesta en práctica de la PPML no se ajustó a los principios de participación democrática sobre los cuales se había formulado.

El balance anterior propició la formulación de la Política de Producción y Consumo Sostenible (PPyCS) por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT)⁸⁹⁹. Esta nueva política actualizó la PPML e integró el Plan Nacional de Mercados Verdes adoptado en el año de 2002⁹⁰⁰. Con la PPyCS se busca consolidar los resultados de la PPML, a partir del involucramiento del consumidor final y “ajustar el carácter y la voluntariedad de los compromisos relacionados con el mejoramiento de los procesos y productos, y asumir las responsabilidades ambientales” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 10)

La PPyCS se apoya en los resultados de trece años de implementación de la PPML, siendo una de sus principales estrategias la de “prevenir la contaminación y optimizar la eficiencia de los procesos productivos a partir de la introducción de buenas prácticas de manufactura y la adaptación de tecnologías más limpias”. Dentro de los principales avances, se destacó:

La creación de centros especializados en asistencia técnica y capacitación en producción más limpia, la adopción de guías ambientales sectoriales, la suscripción de convenios de producción más limpia y el fortalecimiento de la autogestión y la autorregulación, que se ve

⁸⁹⁹ La Ley 790 de 2002 otorgó las facultades legales al Gobierno para fusionar el Ministerio de Medio ambiente (MMA) con parte del Ministerio de Desarrollo. El resultado fue la creación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT). Sobre el tema consultar el artículo ¿Hacer más verde el Estado colombiano? (Rodríguez Becerra, 2009).

⁹⁰⁰ Este Plan tiene como objetivo: “consolidar la producción de bienes ambientales sostenibles e incrementar la oferta de servicios ecológicos competitivos en los mercados nacionales e internacionales”, parte de este Plan es la creación del Sello Ambiental Colombiano “SAC” mediante el cual se busca identificar productos o servicios que cumplan con ciertas reglas de responsabilidad ambiental (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2014).

reflejado en la tendencia creciente de integrar la responsabilidad social y ambiental empresarial como eje estratégico de la gestión. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 16).

Los avances y lecciones importantes han llevado a concluir que se ha adelantado en la incorporación de la variable ambiental en la gestión empresarial y en la sensibilización sobre la relación cuidado ambiental y competitividad. Estos resultados le permiten al Ministerio contar con el interés de los sectores productivos para avanzar en el trabajo conjunto con el Estado, a partir de nuevas propuestas para mejorar la calidad ambiental⁹⁰¹.

No obstante, los retos que enfrenta la última Política se centran en tres factores clave: la población consumidora de bienes y servicios todavía desinteresada por el tema ambiental; la limitada generación de conocimiento científico en producción y consumo sostenible; y la persistencia de empresas que mantienen prácticas de producción tradicional gracias a las dificultades económicas y financieras para acceder a tecnologías más eficientes (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, págs. 16-17). Según este diagnóstico, la novedad de la política está en el reconocimiento de una población desinformada que demanda productos y servicios sin interés en la forma como fueron producidos, con una total indiferencia del tema ambiental, siendo su único criterio de selección el precio y la calidad. Igualmente, la aceptación de la existencia de una débil capacidad de los grupos de investigación nacionales para generar propuestas en materia de producción y consumo sostenible. Es por este motivo que la inclusión de la comunidad en general y los demás sectores institucionales como el educativo y de la ciencia y la tecnología, sean un aspecto primordial en las estrategias de la nueva política. Prueba de ello es la formulación de los principios de prevención, participación e integralidad como fundamento de la PPyCS.

I. PARTICIPACIÓN Y GOBERNANZA EN LAS ESTRATEGIAS Y MECANISMOS DE LAS POLÍTICAS DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA Y CONSUMO SOSTENIBLE

⁹⁰¹ Actualmente, la PPyCS se constituye en la política base de la prevención y control de la contaminación en el país, a falta de una política general especialmente dirigida a incluir el concepto de la gestión integrada en este tema. Esta afirmación parte de los objetivos de la política de coordinarse con los demás instrumentos de gestión incluidos en las estrategias de las políticas sobre calidad del aire, gestión de residuos sólidos y gestión integrada del recurso hídrico, entre otras.

Como se adelantó, la participación y la gobernanza ambiental en general son claves para alcanzar los objetivos de la producción y consumo sostenible. Desde su planteamiento teórico las dos políticas trazaron objetivos, estrategias y acciones que exaltan su importancia para lograr una PML y un consumo sostenible.

En su formulación es fundamental el cumplimiento de compromisos internacionales que involucran el Proceso de Marrakech impulsado por la ONU⁹⁰² que, a su vez, busca avanzar en el cumplimiento de los compromisos del Plan de Implementación de la Cumbre Mundial de Johannesburgo (2002) e ir más allá de los objetivos de la Agenda 21 (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 7). Debe tenerse en cuenta que estos compromisos internacionales promueven una amplia participación para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible⁹⁰³.

Tal y como se expuso anteriormente en este trabajo⁹⁰⁴, la influencia y cumplimiento de compromisos de los diferentes instrumentos internacionales en materia ambiental han sido fundamentales a la hora de diseñar y formular las políticas públicas en la materia. En este caso, los mecanismos de gobernanza que promueven los programas ambientales de orden internacional, son acogidos como apoyo de estrategias para fortalecer la participación y los espacios de concertación informal. De esta manera, **la participación no sólo es percibida como una etapa más que debe cumplirse dentro de la actividad de la Administración, sino que es el punto de partida y su eje.** Es, por esta razón, **que no se contempla como una**

⁹⁰² “El Proceso de Marrakech es una plataforma dinámica con múltiples actores que tiene como metas apoyar: 1) la implementación de proyectos y estrategias de CPS y 2) la elaboración de un marco de acción global sobre el CPS –el así llamado "Marco de Programas de 10 Años" (10YFP por sus siglas en inglés). El proceso responde al llamado del Plan de Implementación de Johannesburgo para elaborar un marco de programas de 10 años en apoyo de las iniciativas regionales y nacionales para acelerar del cambio hacia CPS, eliminando así el vínculo entre el crecimiento económico y la degradación del medio ambiente” (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2009, pág. 10). La primera reunión internacional para idear el marco del programa a 10 años de consumo y producción sostenible, se llevó a cabo en Marrakech, Marruecos, en junio de 2003, es por esta razón que lleva el nombre de “Proceso de Marrakech”.

⁹⁰³ Así, el Proceso de Marrakech precisa la importancia de la amplia participación: “En la Agenda 21, se reconoce que la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones es uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible, y se mencionan las funciones y responsabilidades específicas de nueve grupos principales de la sociedad civil: las mujeres, los niños y jóvenes, los pueblos indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las autoridades locales, los trabajadores y sus sindicatos, el comercio y la industria, la comunidad científica y tecnológica y los agricultores.

El Proceso de Marrakech toma en cuenta las contribuciones de los grupos principales y trabaja directamente con dos de entre ellos: el sector empresarial y las organizaciones no gubernamentales (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2009, pág. 23).

⁹⁰⁴ En los Capítulos 2 y 3.

mera actividad de información a los actores y atención de sus propuestas, sino como verdadera concertación⁹⁰⁵.

Así las cosas, la actual PPyCS contempla dentro de sus principios la participación, y colaboración y trabajo conjunto:

Participación: La participación y el trabajo en red de los diferentes actores privados, públicos y de la sociedad civil son la base para la generación de una cultura de producción y consumo sostenible y para cumplir el alcance de esta política.

Colaboración y trabajo conjunto: Esta política articula los esfuerzos desarrollados por los diversos actores de la sociedad colombiana hacia una producción y consumo sostenible. La colaboración, trabajo conjunto e inclusión hacia objetivos comunes, constituye un factor de éxito para alcanzar las metas Planeadas (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 35).

La importancia de la participación y la concertación en estas políticas se constata en el diseño y la inclusión de instrumentos que permiten en la práctica el acceso al diálogo con todos los sectores y la búsqueda de acuerdos. Desde la formulación de la PPML, se incluyeron estrategias⁹⁰⁶, como las de *Promoción de las prácticas empresariales de autogestión y autorregulación*, dirigidas a incentivar las actividades de concertación y alcanzar las metas de la prevención y control de la contaminación, así como elevar el nivel de competitividad de las empresas colombianas⁹⁰⁷.

El principal instrumento que puso en práctica esta estrategia fueron los **Convenios de Concertación de Producción Más Limpia** a los cuales se les atribuyó la función de ser el

⁹⁰⁵ Desde los lineamientos de la PPML se consignó que el éxito de la misma dependía: "...del **compromiso y la participación** del Gobierno central y descentralizado, empresarios, gremios, organizaciones no gubernamentales, consumidores y comunidad en general, desde todos los niveles, sobre la base de la responsabilidad compartida frente al medio ambiente. Esto con la finalidad de coordinar y articular los esfuerzos públicos y privados en torno al tema. (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 29)".

⁹⁰⁶ Esta política diseñó las siguientes estrategias: A. Articulación con las demás Políticas gubernamentales; B. Establecimiento del Sistema de Calidad Ambiental; C. Fortalecimiento institucional; D. Promoción de Producción más Limpia; E. Promoción de la autogestión y la autorregulación; F. Formulación e implementación de instrumentos económicos; y G. Seguimiento a la Política (Ministerio del Medio Ambiente, 1997).

⁹⁰⁷ Los objetivos de la PPML son los siguientes: **Objetivo global:** Prevenir y minimizar eficientemente los impactos y riesgos a los seres humanos y al medio ambiente, garantizando la protección ambiental, el crecimiento económico, el bienestar social y la competitividad empresarial, a partir de introducir la dimensión ambiental en los sectores productivos, como un desafío de largo plazo. **Objetivos específicos:** • Optimizar el consumo de recursos naturales y materias primas. • Aumentar la eficiencia energética y utilizar energéticos más limpios. • Prevenir y Minimizar la generación de cargas contaminantes. • Prevenir, mitigar, corregir y compensar los impactos ambientales sobre la población y los ecosistemas. • Adoptar tecnologías más limpias y prácticas de mejoramiento continuo de la gestión ambiental. • Minimizar y aprovechar los residuos. (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 30)

“marco de trabajo” entre la Administración y el sector privado. Desde su formulación en 1997 hasta la actualidad, estos convenios tienen como propósitos:

- a. Estructurar los mecanismos apropiados y unificados para el seguimiento de sus compromisos.
- b. Establecer lineamientos y metodologías diferenciadas para los convenios regionales y sectoriales.
- c. Ampliar en los convenios, la participación tanto de las autoridades ambientales regionales, como de otros estamentos de la sociedad civil, con responsabilidades (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 30).

La actual PPyCS conserva como principal instrumento de acción los Convenios de Concertación, asignándoles un nuevo nombre: **Agendas Ambientales**⁹⁰⁸. Los Convenios o Agendas se incluyen dentro de las estrategias de *Generación de cultura de autogestión y autorregulación* y la *Gestión e integración de diferentes actores involucrados en programas y proyectos de producción y consumo sostenible*⁹⁰⁹.

A partir de estas dos estrategias, se busca la generación y divulgación de información pública sobre desempeño ambiental de las empresas, productos y servicios sostenibles, y fortalecer redes empresariales en materia de sostenibilidad ambiental. La sociedad civil es la receptora de la información pública generada con el objeto de incentivar el cambio de cultura. Con la participación de todos los sectores se busca también el seguimiento, evaluación, control y ajuste de los objetivos, estrategias y acciones instrumentales. En este contexto, una de las acciones instrumentales más importantes para la gestión de la política fue el “desarrollo de agendas conjuntas de trabajo y revisión y/o ajuste de los convenios sectoriales de producción más limpia firmados como espacios de concertación” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 42)⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ El análisis del concepto y objeto de estos mecanismos se aborda en el siguiente acápite.

⁹⁰⁹ Las Estrategias de la PPyCS son: 1. Diseño de proyectos sostenibles de infraestructura y movilidad. 2. Fortalecimiento de la regulación. 3. Compra responsable de productos y servicios sostenibles. 4. Fortalecimiento de capacidades e investigación. 5. Generación de cultura de autogestión y autorregulación. 6. Encadenamiento de actores hacia la producción y consumo sostenible. 7. Emprendimiento de negocios verdes. 8. Gestión e integración de diferentes actores involucrados en programas y proyectos de producción y consumo sostenible (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 38).

⁹¹⁰ En el ámbito europeo, este tipo de convenios entre el Estado y sectores económicos son denominados como *acuerdos sobre medio ambiente* en el marco de los instrumentos económicos o de mercado en tanto “mecanismos que influyen sobre los costes y beneficios de las diversas opciones entre las que puedan elegir los agentes económicos, incentivando a dirigir o modificar sus acciones en un sentido favorable para el medio ambiente” (Mora, 2007, pág. 148). Estos instrumentos también han sido denominados como de regulación indirecta de la Administración, cuya finalidad es corregir problemas ambientales haciendo uso de medidas

Paralelamente y como complemento al trabajo institucional en la vía de desarrollar procesos de concertación, tanto la anterior, como la actual PPyCS, persiguen fortalecer la base de conocimiento y difusión de información sobre tecnologías más limpias. La PPML formuló la estrategia de *Promoción de producción más limpia en los sectores productivos* con el propósito de difundir “las prácticas, procesos y tecnologías más limpias, apropiadas a las diferentes actividades productivas y promover el intercambio de experiencias sobre casos exitosos en el tema, entre empresarios, autoridades ambientales y con otros países, con la cooperación tanto del sector empresarial como de expertos internacionales en el tema” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, págs. 38-39).

Entre las acciones propuestas por esta estrategia se destacan: la elaboración de **Guías Ambientales sectoriales** por actividad productiva; la realización de seminarios y alfabetización ecológica empresarial; facilitar el acceso a tecnologías más limpias disponibles, de acuerdo con su factibilidad económica, ambiental y técnica para ser adoptadas; creación del Centro Nacional de Producción más Limpia (CNPML); fomentar la investigación básica y aplicada en PML; y diseñar y operar bases de datos sobre tecnologías más limpias (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, págs. 40-41). Como parte de la continuidad de la PPML, la nueva PPyCS incluyó la estrategia de *Fortalecimiento de capacidades e investigación*⁹¹¹.

En lo que respecta a las **Guías Ambientales sectoriales**, éstas surgen como iniciativa del equipo de trabajo de la anterior Dirección Sectorial del Ministerio del Medio Ambiente, más tarde, Dirección General de Desarrollo Sostenible y la ejecución de la PPML⁹¹². Las guías se crearon con el fin de otorgar un instrumento de PML a los dueños de proyectos que requerían

distintas a las de la intervención directa. Así los mecanismos de regulación indirecta son complementarios o sustitutivos de los llamados instrumentos de comando y control. No obstante, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Conjugar nuestras necesidades y nuestras responsabilidades: integración de las cuestiones medioambientales en la política económica” (2000, pág. 5), considera que los acuerdos sobre medio ambiente no son estrictamente instrumentos de económicos, y más bien se presentan como una solución híbrida instrumentos de mercado y regulación oficial.

⁹¹¹ Las acciones instrumentales de esta estrategia están dirigidas a: “(i) Promover la formación permanente en producción y consumo sostenible al interior de las diferentes carreras técnicas y universitarias. (ii) Fortalecer la capacidad en producción y consumo sostenible entre funcionarios de instituciones involucrados en la instrumentación de la Política de Producción y Consumo Sostenible. (iii) Fortalecer la capacidad de investigación aplicada de centros, instituciones, fundaciones y empresas, en materia de producción y consumo sostenible. (iv) Ampliar las líneas de financiamiento existente para la investigación en producción y consumo sostenible (por ejemplo, del Departamento Nacional de Ciencia e Innovación Tecnológica)” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 39).

⁹¹² En 1995, la subdirección tenía a su cargo al Subdirección de Licencias Ambientales y controlaba el trámite y expedición de estas autorizaciones de acuerdo con el Decreto 1753 de 1994.

licencia ambiental⁹¹³. Estas guías tuvieron como función inicial orientar los estudios de evaluación ambiental, mejorarlos, difundir información en tecnologías limpias y agilizar los procesos de licenciamiento en el Ministerio (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

Las primeras guías fueron el resultado de un amplio proceso de concertación entre los gremios y las autoridades ambientales. Su formación inicial consistió en la elección de un coordinador por el Ministerio, quien convocaba la participación de viceministros de las carteras de interés, los directores y personal técnico de las Corporaciones Autónomas Regionales (CAR) con interés en el tema objeto de discusión, los representantes de las empresas y sus profesionales designados⁹¹⁴. Las discusiones que se presentaban durante las sesiones de concertación de las guías se centraban principalmente en los aspectos técnicos tales como ventajas de las nuevas tecnologías, resultados, disponibilidad etc. (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

En un principio, las Guías Ambientales no fueron objeto de regulación jurídica. Sólo en 2005 se expide la Resolución 1023 que les otorga el carácter de mecanismos de gestión. La PPML fue el primer instrumento de política que las incluyó como un mecanismo de promoción en los sectores productivos, mediante la divulgación de prácticas, procesos y tecnologías más limpias, y el intercambio de experiencias de casos exitosos (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, págs. 38-39).

Posteriormente, la PPyCS propuso una nueva generación de Guías Ambientales dentro de la estrategia *Compra responsable de productos y servicios sostenibles*, como instrumentos para adoptar “especificaciones técnicas de las características de los bienes, servicios y negocios sostenibles” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág.

⁹¹³ La licencia ambiental es la autorización administrativa de la evaluación de impacto ambiental que deben tramitar los grandes proyectos o instalaciones industriales que amenacen con generar graves impactos ambientales. Esta autorización se creó en la Ley 99 de 1993 y actualmente está regulada por el Decreto 2041 de 2014.

⁹¹⁴ La primera guía expedida por el Ministerio trataba el tema de ruido y aire, y contó con la colaboración de 90 participantes. Una influencia importante fue la experiencia de países como México, Alemania y Holanda, este último incluso prestó su asesoría por medio de su Centro de Producción más Limpia (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

39)⁹¹⁵. Sobre los Convenios de Concertación de PML o agendas y las Guías Ambientales se volverá más adelante.

II. BALANCE DE LA PARTICIPACIÓN Y CONCERTACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS PPML Y PPyCS EN COLOMBIA

Los casi veinte años de implementación de estrategias y programas para impulsar la producción limpia y el consumo sostenible en el país han demostrado la confianza de las autoridades ambientales en los procesos de concertación para alcanzar los objetivos de prevención y control de la contaminación. Año tras año, la promoción de la firma de un número significativo de Convenios de PML y de desarrollo de Guías Ambientales por parte de las autoridades, evidencia la estabilidad y permanencia de la actividad informal de concertación ambiental; en otras palabras, **la concertación informal no es una actividad marginal o de poca relevancia, al contrario, hace parte de la cotidianidad de las formas de la administración pública de lo ambiental.**

La ejecución de las políticas de PML y PPyCS durante los últimos años ha demostrado que el desarrollo de la actividad informal de concertación permanece, no obstante los cuatro últimos cambios de programas de Gobierno (Castro, 2011). En síntesis, puede afirmarse que **si bien los mecanismos de concertación de la producción limpia y consumo sostenible tienen su fundamento en una política gubernamental, éstos se independizan de su origen y se insertan en el repertorio de actuaciones que posee la Administración para tratar los asuntos ambientales.**

Una exposición retrospectiva confirma esta afirmación. Desde esta perspectiva, se pueden identificar tres etapas de la implementación de las PPML y PPyCS: una primera caracterizada por importantes resultados y la continuidad de los objetivos de la PPML, a través de los gobiernos que la sucedieron; una segunda etapa de cambio presidencial y de desinterés del gobierno central en su aplicación, a pesar de la permanencia de proyectos impulsados por las

⁹¹⁵ Como complemento a las estrategias de concertación y a las acciones instrumentales tanto de la política de PML y PPyCS se diseñaron incentivos económicos y se planteó la revisión, formulación y fortalecimiento de la regulación ambiental (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, págs. 37-38; Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 39).

Corporaciones Autónomas Regionales (CAR); y una etapa reciente, que inicia con la renovación de la PPML, a través de la incorporación del concepto de consumo sostenible y la reformulación de sus instrumentos de regulación normativa, participación y concertación.

Durante la **primera etapa**, los convenios de concertación tuvieron una importante acogida por el sector productivo. Hacia el mes de marzo de 1998, luego de tres años de ejecución de la PPML se habían suscrito cinco convenios interadministrativos con cinco ministerios⁹¹⁶ y se había constituido el Comité Interinstitucional de Producción Limpia (COMIS), con la función de dar operatividad al Convenio Marco firmado en 1995, coordinar y asesorar las acciones de concertación para su ejecución (Guhl, 1997, pág. 16)⁹¹⁷.

Para la misma fecha, se habían suscrito quince convenios sectoriales y regionales que incluían más de 200 empresas asociadas a los gremios productivos. En estos convenios participaron veintinueve autoridades ambientales regionales de las treinta y siete existentes (ver Cuadro 6 de Convenios de concertación para una PML).

⁹¹⁶ Los ministerios que suscribieron estos convenios fueron: Desarrollo Económico, Defensa, Agricultura y Desarrollo Rural, Minas y Energía, y Educación.

⁹¹⁷ El COMIS fue creado por medio de la Resolución No.001 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente. Estuvo conformado por dos representantes del Ministerio del Medio Ambiente, un representante del Ministerio de Minas y Energía, y seis representantes de los gremios empresariales: Asociación Nacional de Industriales (ANDI), Cámara Colombiana de la Construcción (CAMACOL), y el Consejo Intergremial Minero Colombiano (CIMCO), Acoplástico, Fenalco y la Sociedad de Agricultores de Colombia, S.A.

Cuadro 6. Convenios de concertación para una PML

**Cuadro 3. Convenios de Concertación para una Producción más Limpia
(Sectoriales y Regionales)**

1995	1996	1997	1998
Corredor Industrial de Mamonal - Fundación Mamonal (49 emp.) - Cardique. - Damarena.	Sector Azucarero - Asocaña (11 ingenios). - CVC. - Carder. - CRC. - Comunidad de Palmira	Sector Hidrocarburos - ACP. - Minminas, Ecopetrol. - Corporinoquia, Cortolima, - Corponor, CAM, CDMB, CAS - Corpoboyacá, Corpoamazonia.	Sector Agroquímicos (Plaguicidas) - ANDI Agroquímicos. - Minagricultura, ICA. - DAMA, DADIMA, CRA, CVC, - Corpocesar, Corantioquia, - Cortolima, Cardique, Corpourabá, - Corporinoquia.
Corredor Industrial del Oriente Antioqueño - Corporación Empresarial del Oriente (33 empresas). - Cornare.	Sector Carbón - Ecocarbón, Fenalcarbón, Intercor. - CVC, CRC, Corponor, - Corpocesar, Corantioquia, - Corpogujira, Corpoboyacá.	Corredor Industrial de Sogamoso (ladrilleros y caleros) - Alcaldías Sogamoso y Nobsa. - Corpoboyacá. - Ecocarbón, productores.	Ladrillo y Derivados de la arcilla - ANFALIT. - Corponor.
Pequeña Minería del Oro - 5 Corporaciones Autónomas: - Corponariño, CVC, Codechocó, - Corpoamazonia, CRC. - Asociaciones Mineras.	Sector Porcicultores Antioquia - Asociación Colombiana de Porcicultores. - Cornare. - Corantioquia.	Sector Eléctrico - Cornare, Corpocaldas, CVC, - Corpoguavio, CRA, DAMA. - Minminas, Empresas Sector.	Corredor Industrial de Barranquilla Vía 40 - Soledad - ANDI (33 empresas). - CRA, DADIMA.
	Sector Flores Antioquia - Asocolfiores. - Cornare.	Sector Palma de Aceite - Fedepalma. - Ministerio de Agricultura. - Corpocesar, CAS, Corporinoquia, - Corponariño, Corpomag.	Sector Caficultor - Minambiente, CARs. - Fedecafé.
		Sector Fique - Fedefique, Asdefique. - Cornare, Corantioquia, - Corpourabá, Area Metropolitana. - Minagricultura, Secretaria de Agricultura de Antioquia, - Instituto mi Rio.	

Convenios Regionales y Sectoriales firmados.
 Convenios Suscritos por CARs con Apoyo de Minambiente.
 Convenios por Suscribir.

Fuente: Guhl, 1997, pág.20.

Dentro del balance final del gobierno del Salto Social en agosto de 1998, se destacó la firma de cincuenta convenios marco de concertación con el sector productivo como uno de los cien logros del período presidencial (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011). Por su parte, en el informe de evaluación del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM), para el año de 2005, se encontraban vigentes 49 convenios⁹¹⁸.

Entre los principales triunfos en materia de control de la contaminación, los convenios de concertación que tenían metas definidas lograron reducir el nivel de contaminación según sus compromisos. En el caso de cargas contaminantes por vertimientos líquidos como en el caso

⁹¹⁸ Convenios nacionales: sectores carbonífero, eléctrico, plaguicidas, hidrocarburos y palma de aceite. Convenios regionales con sectores industriales: Mamonal-Cartagena, Barranquilla, Sogamoso-Boyacá; Norte y Sur del Valle de Aburrá; y Oriente antioqueño. Convenios sectoriales: Caña de azúcar, pequeña minería oro, porcícola, avícola, acuícola, banano, galvanotecnia, panela, puertos carboníferos, camaricultor, hoteles y restaurantes, pequeños productores, fique, molineros de arroz, ladrilleros y arcillas, flores, molineros de arroz, cármicos, leche, café, cluster construcción, plazas de mercados, orellanas y pequeños productores de pan coger (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2005). Al respecto ver: **Cuadro 6. Convenios de Concertación PML, 1995-2005.**

de los convenios con el corredor industrial Mamonal-Cartagena con 49 empresas asociadas, el Oriente Antioqueño con participación de 33 empresas y el sector azucarero con 10 ingenios, este último disminuyó la quema de caña en 11.400 hectáreas. De igual manera sucedió con el desarrollo y adopción de Guías Ambientales en varios sectores productivos como el carbonífero y el de hidrocarburos, y la inversión en nuevas tecnologías, proyectos de investigación y ejecución de capacitaciones en PML (Guhl, 1997, págs. 20-25).

A partir de la PPML, se reglamentaron incentivos tributarios para estimular a más empresarios a participar en la firma de convenios. Se introdujo la exención al pago del impuesto IVA para la importación de maquinaria o equipos nacionales que contribuyeran con la PML⁹¹⁹. Entre 1995 y junio de 1998, el MMA otorgó 297 exenciones del IVA en las áreas de saneamiento básico, monitoreo de gases, descontaminación de suelos, reciclaje, control y mitigación de derrames de combustibles e hidrocarburos (Guhl, 1997, pág. 29)⁹²⁰.

No obstante, los valiosos resultados en prevención y control de la contaminación y en la puesta en práctica de mecanismos efectivos de participación que llevaron a la firma y compromiso de acuerdos, en esta primera etapa la PPML y los Convenios de Concertación presentaron inconvenientes. Entre los principales obstáculos para su efectividad se identificó la dificultad del seguimiento de compromisos al no contar con herramientas de evaluación, máxime cuando muchos no contaban con un diagnóstico previo que indicara metas e indicadores. Es claro que no existía un instrumento para evaluar las mejoras en competitividad y medio ambiente lo que desmotivaba a las partes en su seguimiento. Igualmente, se identificó una débil vinculación de las universidades o centros de investigación en el apoyo de los convenios (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales,

⁹¹⁹ La Ley 223 de 1995, Ley de Reforma Tributaria establece en su artículo 4 el beneficio tributario de exención de IVA a equipos nacionales o importados que sea usados para el control y monitoreo ambiental. El artículo 6 regula este beneficio para equipos importados destinados al reciclaje de residuos sólidos, depuración de aguas y emisiones atmosféricas como parte de un programa aprobado por el MMA (Congreso de la República de Colombia, Ley 223 de 1995, 1995).

⁹²⁰ Es tal la importancia del tema, que en este período, el Distrito Capital de Bogotá adoptó la PPML y expidió el Decreto 482 de 2003, por medio del cual formula la Política de Producción Sostenible de Bogotá. Su objetivo es “mejorar la calidad de vida de la población, el entorno ambiental y la competitividad empresarial en la ciudad, a través de programas de producción y operación sostenibles en los sectores productivos, considerando el sector servicios e institucional del Distrito” (Alcalde Mayor de Bogotá D.C., Decreto 482 de 2003, art.3). Entre sus principios se encuentra el de **Concertación**, que busca que la convocatoria de las instituciones públicas de la ciudad, el sector empresarial y la sociedad, para garantizar la amplia participación tanto en la formulación, como en la planeación y ejecución de los programas y proyectos de la política distrital. Esta política incluye la suscripción de Convenios de Producción más Limpia para asegurar el desarrollo de los objetivos trazados. Sin embargo, la norma no establece requisitos para la firma, contenido y procedimiento de estos convenios.

2005). Por último, la suscripción de convenios no se amplió a la participación a la ciudadanía en general⁹²¹.

En la **segunda etapa**, durante el gobierno del ex presidente Álvaro Uribe, 2002-2010, el desinterés por la continuidad de las políticas ambientales y el retroceso en la institucionalidad ambiental, influyó en el debilitamiento de la política de PPML⁹²². Durante los ocho años de este período, el MAVDT no mantuvo la promoción de la firma de nuevos convenios nacionales, como tampoco implementó las recomendaciones que hicieron las consultorías externas sobre evaluación de la PPML⁹²³.

En esta etapa, se presentaron tres evaluaciones de la PPML y de la ejecución de los Convenios de Concertación de PML. En el año 2002, la consultoría contratada con el profesional Ángel Esterling Lara, evaluó 13 convenios nacionales, regionales y sectoriales con el fin de mejorar la eficacia de su ejecución. Propuso una metodología de evaluación estratégica y resaltó las debilidades de complejidad y subjetividad de los convenios (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2005; Olivera, 2009, pág. 9)⁹²⁴. Posteriormente, en 2003, el MAVDT hizo una segunda evaluación de los convenios de concertación, formuló una metodología de seguimiento y directrices para la suscripción de nuevos convenios (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2005). Finalmente, en 2005, el IDEAM, ejecutó una tercera evaluación de la PPML y del desarrollo

⁹²¹ El Gobierno del Salto Social preveía el diseño y formulación de la Política de Consumidores y Productos y la expedición de un Estatuto único de prevención y control de contaminación con el objeto de establecer una norma marco integral en la materia, sin embargo, estos dos instrumentos no fueron finalmente presentados.

⁹²² Sobre el declive de la gestión pública ambiental durante el gobierno de ocho años del ex presidente Álvaro Uribe se han escrito una serie de artículos académicos, al respecto consultar: Tobasura (2006); Rodríguez Becerra (2007; 2010); Moreno (2010).

⁹²³ La percepción de los funcionarios del Ministerio que tenían a su cargo el tema de PML durante este período, fue de cambio de prioridades sobre el tema y de un mayor énfasis en la producción normativa, principalmente en los últimos dos años del gobierno Uribe. Según entrevistas con Elmer Cardozo, ex funcionario de la Dirección de Desarrollo Sectorial Sostenible del MAVDT encargado de PML (E. Cardozo, entrevista personal, 9 de junio de 2011) y Carlos Jairo Ramírez, ex coordinador del tema de PML de la Dirección de Desarrollo Sectorial Sostenible del anterior MAVDT y actual Coordinador del Grupo de Sostenibilidad de los Sectores Productivos, de la Dirección de Asuntos Ambientales Sectorial y Urbana del MADS (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011). Igual, percepción es la del sector industrial, quienes percibieron que el tema ambiental no era una prioridad en este período, no existían agendas con el Gobierno, se eliminó el tema ambiental de todas las carteras ministeriales y no existían funcionarios especializados en el tema. Se presentó una interrupción en la continuidad de la política ambiental y las relaciones con los sectores productivos en la materia (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011).

⁹²⁴ Esta evaluación se hizo por exigencia del Convenio Marco de Producción Más Limpia del 5 de junio de 1995.

de los convenios de concertación (Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, 2005a).

Esta última evaluación se ejecutó a partir de un proceso participativo que involucró a las diferentes autoridades ambientales y representantes de empresas. Su objetivo fue la revisión de la ejecución de los convenios y la propuesta de una nueva metodología de evaluación y seguimiento a los mismos⁹²⁵. Este último informe evidenció que el MAVDT no había implementado las recomendaciones de las evaluaciones anteriores.

A pesar del desinterés del sector central en la promoción de los Convenios de Concertación y la falta de adopción de una metodología de evaluación y seguimiento según las recomendaciones de las tres evaluaciones de la PPML citadas, las autoridades ambientales regionales y el Consejo Nacional de Producción Más Limpia (CNPML) siguieron adelante con la suscripción de convenios y promoción de la política⁹²⁶, incluso como metas dentro de sus planes de acción⁹²⁷. Prueba de ello se encuentra en el informe del cuatrienio 2002-2006 de la Dirección de Desarrollo Sectorial del MAVDT, en el que se informa la suscripción de 31 nuevos convenios regionales y sectoriales de PML, al mes de agosto de 2006, y ningún convenio del orden nacional⁹²⁸.

En la actualidad, la **tercera etapa** se inicia con la reactivación de los Convenios de PML, gracias a la formulación de la PPyCS en 2010 y un nuevo plan de Gobierno que incentiva las

⁹²⁵ Se evaluaron 12 convenios suscritos con los sectores de hoteles y restaurantes, industrial y servicios, clúster construcción, floricultor, panelero, cafetero, puertos carboníferos, avícola, porcícola y acuícola.

⁹²⁶ Un ejemplo es la formulación de una Política Regional de Producción más Limpia por la Corporación Autónoma para el Centro de Antioquia, Corantioquia mediante la Resolución 6476 de 2003. En este se plantea una agenda de trabajo sectorial para la suscripción de nuevos convenios y la modificación de los que estuvieren firmados según las prioridades de la política. Al respecto ver: (Corantioquia, 2014). Así también lo prescribe el Plan de Acción 2007-2011 de la Corporación Autónoma Regional del Quindío (2009, pág. 114).

⁹²⁸ Los nuevos convenios suscritos fueron: 1. Antioquia-Café, 2. Risaralda, Caldas y Quindío-Porcícola, 3. Santander-Fique 4. Antioquia-Industria, 5. Antioquia-servicios hoteleros, 6. Antioquia-construcción, 7. Bolívar, La Guajira y Sucre-Camaricultura, 8. Cundinamarca-floricultura, 9. Cundinamarca-Avicultura, 10. Cundinamarca-Porcicultura, 11. Huila-Orellanas (Hongos Comestibles), 12. Huila-Porcicultura, 13. La Guajira-Pequeños productores agrícolas 14. Magdalena-Puertos carboníferos de Santa Marta y Ciénaga, 15. Santander-Café 16. Cundinamarca-Avicultura, 17. Cundinamarca-Porcicultura, 18. Huila-Piscicultura represa Betania, 19. Huila-Ganadería, 20. Huila-Café Especial, 21. Huila-Tabacalero, 22. Corpocesar-Corpoguajira-Café, 23. Corpouraba-Café, 24. Corponor-Arcilla, 25. Cas-Porcicola, 26. Cormacarena-Porcicola, 27. CVS -Porcicola, 28. Carder -Fique, 29. Car-Fabricación de Ladrillo, 30. Car-Minería de Carbón y 31. Car-Papa. Para el cuatrienio 2006-2010 no se reportaron por el MAVDT indicadores de nuevos convenios. Ver al respecto: (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2005b).

acciones de concertación con el sector productivo. Los convenios de concertación son reactivados a través de las agendas ambientales intersectoriales promovidas por el Ministerio⁹²⁹.

Con respecto a los avances relacionados con la prevención y control de la contaminación, en 2012 el MADS presenta los avances de la PPyCS, resaltando entre otros resultados significativos: la regulación previamente concertada de planes de devolución posconsumo de residuos peligrosos⁹³⁰, concertación de agendas interinstitucionales con ministerios, gremios y universidades⁹³¹ y la creación del sello ambiental colombiano (Ramírez, 2012).

Los programas de PML de las distintas autoridades regionales siguen vigentes en el país⁹³² y han evolucionado a nuevos proyectos y programas regionales. Se destacan:

-El Programa de Gestión Ambiental Empresarial de la Secretaria Distrital de Ambiente de Bogotá⁹³³.

⁹²⁹ El MAVDT había suscrito 10 agendas ambientales intersectoriales para la producción de prácticas de PML. Entre 2011 y 2014 se han suscrito nuevas agendas interministeriales, entre ellas las de los sectores de minas y energía; defensa y transporte (Sistema de Información Ambiental de Colombia, 2014).

⁹³⁰ Obligatorios a cargo de fabricantes e importadores: plaguicidas, medicamentos vencidos, baterías usadas plomo-ácido, residuos de pilas y/o acumuladores, Llantas usadas, Residuos de bombillas, Residuos de computadores y periféricos. Programas voluntarios a cargo de fabricantes e importadores: Aceites usados, celulares y accesorios, toners y cartuchos de impresión, envases y empaques, RAEES. Algunos de los resultados de estos planes ha sido: recolección de 3.221 toneladas de envases de plaguicidas y 30.695 personas capacitadas; 458 puntos de recolección y recaudación de 18.876 kg de medicamentos vencidos; 43 puntos de recolección de residuos de pilas y/o Acumuladores con recolección de aproximadamente 25.482 Kg de Pilas; recolección de 69.004 unidades de llantas usadas (969.454 Kilos); 39.533.448 galones de aceite usado (Ramírez, 2012).

⁹³¹ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Ministerio de Defensa, Ministerio de Transporte, Ministerio de la Protección Social, Ministerio de Educación, Ministerio de Minas y Energía, UPME, Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones -Andesco-, Asociación Nacional de Industriales- Andi-, Asociación Colombiana de Pequeñas y Medianas Empresas -Acopi- Asociación Colombiana de productores de flores- Asocolflores-, Universidad EAN y Federación nacional de usuarios de distritos de adecuación de tierras-Federriego.

⁹³² Para finales de 2010, autoridades ambientales como el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA) contaba con la suscripción de 67 convenios de PML, con 182 empresas vinculadas con el programa de PML y con un incremento de la participación empresarial de 37,87% entre 2006 y 2010 (Cardona, Flores, Silvia, & Arango, 2010, pág. 9). Se resalta la firma de un convenio de PML por parte del AMVA con el sector volquetero del Área en el año de 2010 A este convenio están vinculados 2271 personas naturales que trabajan en el sector. Igualmente, se firmó un convenio de PML con 40 empresas del sector de transporte de carga estos convenios hacen parte del Plan de Descontaminación del Aire para el Valle de Aburra de diciembre 2010. (Área Metropolitana del Valle de Aburrá, 2014). Por su parte, la Corporación Autónoma Regional del Atlántico firmó en agosto de 2010, un convenio de PML con Federación de distribuidores de petróleo y sus derivados, Fendipetróleo del Caribe, su propósito la gestión, el desempeño ambiental y la competitividad del sector de estaciones de servicio de combustibles, del Departamento del Atlántico (Fendicaribe, 2014).

-El Programa *Lider Progres*a de Cornare en Antioquia⁹³⁴.

-Convenio de Producción más Limpia del sector industria promovido por Corantioquia y el Área Metropolitana del Valle de Aburrá en el año 2013⁹³⁵.

-Nuevos convenios de producción más limpia regionales con gremios como el suscrito por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda en 2013⁹³⁶.

Los convenios de concertación de PML son instrumentos que han tomado gran importancia dentro de la gestión ambiental de las autoridades ambientales regionales en el cumplimiento de sus objetivos de prevención y control de la contaminación. Como se expuso, existe un gran número de convenios suscritos en todo el país que integran los principales sectores productivos y, sin duda, la firma de estos convenios se ha transformado en una actividad cotidiana de las autoridades. **No puede negarse su existencia en el mundo jurídico, pues, como se expuso, a partir de los convenios de concertación se ha logrado en muchos casos la optimización del cumplimiento legal ambiental e, incluso, se ha promovido la reglamentación de incentivos fiscales.**

En este orden de ideas, **llama la atención que el fundamento de los convenios se mantenga en el plano político** y que, desde 1995, con la firma del primer convenio marco de PML, **no se haya intentado su regulación jurídica**, no obstante los resultados y las recomendaciones que han hecho las distintas evaluaciones oficiales de su ejecución. En estos informes se aprecian inconvenientes en el cumplimiento de los compromisos, precisamente por falta de unos parámetros jurídicos de control.

⁹³³ Este programa está compuesto a su vez de cinco subprogramas: Acercar, Promoción para la Producción y Consumo Sostenible, Sistemas de Gestión Ambiental, Programa de Excelencia Ambiental Distrital – PREAD y la Red de Empresas Ambientalmente Sostenibles (Secretaría Distrital de Ambiente, 2014).

⁹³⁴ Surge como desarrollo de la PPML y la suscripción de convenios de concertación, siendo su principal estímulo la distinción a la mejor empresa en desempeño ambiental. El Programa fue creado por el Acuerdo 084 del 29 de Junio de 2000 por el Consejo Directivo, y sigue vigente en la actualidad (Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare, 2000).

⁹³⁵ Las dos autoridades ambientales suscribieron un convenio para “promover la autogestión empresarial, a través de acciones de producción y consumos sostenible, en diferentes sectores productivos”. Con este convenio las dos autoridades vinculan mediante convenios de PML cerca de 200 empresas en procesos de producción y consumo sostenible (Corantioquia, 2013).

⁹³⁶ La Corporación Autónoma Regional de Risaralda implementó once nuevos convenios de PML con gremios importantes como: Fedepanela, Asdefiarca, Asocaña, sector Porcícola, ANDI, Comité de Cafeteros, Fendipetróleo, Turismo, Fenavi, Sector Minería y Camacol (Corporación Autónoma Regional de Risaralda, 2014, pág. 13).

Igualmente, se advierte el carácter cerrado de estos convenios, esto es, la exclusión de la participación de actores distintos a los gremios, empresas o el sector tecnológico. En consecuencia, es necesario resaltar que aunque en general la anterior como la actual política de PyCS fundamentan sus objetivos y estrategias en la participación activa de todos los sectores de la sociedad civil, **estas políticas no han logrado involucrar a la ciudadanía dentro de sus procesos de participación y concertación**, a pesar de ser una de sus metas (Guhl, 1997, pág. 40).

Durante los trece años de ejecución, la PPML concentró sus acciones en el trabajo con los sectores productivos, en un total olvido de las capacidades e importancia de la ciudadanía en los procesos de negociación. El diagnóstico de la nueva política demostró el resultado de no mantener un diálogo permanente con la ciudadanía; en tal sentido, se enfrenta a una sociedad desinformada y poco interesada en los asuntos ambientales. Frente a esta situación, la política de PPyCS propone soluciones, todavía muy limitadas, a la inclusión de la ciudadanía dentro de las estrategias de participación y concertación formuladas desde los inicios de la PPML. **Si bien la nueva política toma en cuenta la necesidad de convocar a la comunidad, lo hace solo desde criterios de formación como un consumidor responsable con el medio ambiente, es decir, ubica su participación en el momento final de todo el proceso productivo y de negociación de acuerdos o agendas.** Desde este punto de vista, **el ciudadano aún se percibe en la actividad administrativa como inhabilitado para participar en las etapas de discusión y acuerdo sobre los instrumentos de gestión ambiental a adoptar por el sector productivo, etapas que inician con Convenios de Concertación con el Estado.** Estos espacios siguen siendo reservados tanto a los industriales, como a algunas universidades y centros de investigación. Sobre este tema se volverá más adelante.

A fin de avanzar en este estudio de caso es necesario comprender el concepto y alcance de los mecanismos de concertación ambiental, esto es los Convenios de PML/agendas y las Guías Ambientales. Para luego establecer el marco jurídico de aplicación en el ámbito colombiano, claro está, según un enfoque renovado del Derecho Administrativo.

B. CONCEPTO Y ALCANCE DE LOS CONVENIOS DE PML Y GUÍAS AMBIENTALES

Como se abordó en la primera parte de este trabajo, y teniendo en cuenta que tanto en el Derecho positivo colombiano como en la doctrina administrativa interna no se ha asumido la concertación informal como una actuación administrativa autónoma, no existe un concepto general de estos mecanismos y en especial, en materia ambiental. Han sido los instrumentos de política expuestos, y no la Ley, los que han definido los Convenios de Concertación de PML o Agendas y las Guías Ambientales.

I. CONVENIOS DE CONCERTACIÓN DE PML

La PPyCS es el primer instrumento de política nacional que define los convenios de concertación de PML⁹³⁷. Según esta Política, éstos son:

Acuerdos establecidos por los sectores productivos, a través de sus gremios y empresas, resultado de la concertación con autoridades públicas. Son explícitamente reconocidos por las autoridades. En ellos se establecen compromisos para el desarrollo de acciones y proyectos para el logro de los objetivos definidos concertadamente. Dentro del marco de esta política, los convenios de producción más limpia (PML) son denominados **Agendas Ambientales** (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 56). (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La PPyCS le otorga a los convenios la nueva denominación de **Agendas Ambientales** y, a su vez, les atribuye una definición especial, complementaria:

⁹³⁷ Como se citó atrás, en los Estados latinoamericanos gracias a la formulación de políticas de producción más limpia, también se han diseñado e implementado acuerdos de PML. La Norma chilena oficial NCh. 2796.Of2003 contiene una regulación especial sobre estos acuerdos, que son definidos como “convenio celebrado entre un sector empresarial, empresas y los organismos públicos con competencia en las materias del Acuerdo, cuyo objetivo es aplicar producción limpia a través de metas y acciones específicas”. Tales acuerdos presenta las siguientes características: “es suscrito por una asociación empresarial representativa del sector y por cada empresa individualmente, así como por cada institución pública competente en las materias comprometidas en el convenio; establece un plazo determinado para cumplir las metas y acciones. El objetivo general de los APL es servir como un instrumento de gestión que permite mejorar las condiciones productivas, ambientales, de higiene y seguridad laboral, de eficiencia energética, de eficiencia en el uso del agua, y otras materias abordadas por el Acuerdo, de las empresas de un determinado sector productivo que lo suscriben, buscando generar sinergia y economías de escala en el logro de los objetivos acordados. De igual forma, busca aumentar la eficiencia productiva y mejorar la competitividad” (Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, 2014). La normativa no establece los efectos jurídicos de los convenios, como tampoco las formas de un control judicial, no obstante, según Valdivia (2010, pág. 105), obligan en virtud de ser convenios.

Acuerdo conjunto de trabajo suscrito entre la Autoridad Ambiental nacional, regional o local y actores del sector público, privado, gremial, académico o de la sociedad civil, que permite fortalecer la gestión ambiental del sector productivo, garantizando la protección de los recursos naturales y de la salud pública, mejorando el desempeño ambiental empresarial y aumentando la productividad y la competitividad.

Para tal fin, las agendas se implementan a través de planes de acción anuales, con acuerdos concretos, metas, indicadores y recursos para avanzar en el desarrollo de los temas previamente acordados. (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 56).

El análisis de estas dos definiciones con base en el texto general de la política de PyCS exige hacer ciertas precisiones⁹³⁸. La iniciativa para constituir y crear las reglas de los convenios no es exclusiva de los sectores productivos, no obstante la redacción de la primera definición, cuando prescribe que los convenios son “*acuerdos establecidos por los sectores productivos, a través de sus gremios y empresas*” (subrayado fuera de texto). Debe tenerse en cuenta que tal como se expuso en el Capítulo 3 y se desarrolla en el siguiente acápite, la Ley 99 de 1993 otorgó una competencia especial a las autoridades ambientales para establecer mecanismos de concertación con el sector privado.

Esta primera parte de la definición citada es contradictoria con el mismo contenido de la Política, si se tiene en cuenta que tanto la política anterior de PML, como su actual versión incluyen estos mecanismos en sus estrategias de *Promoción de la autogestión y autorregulación* del sector privado como iniciativa y tarea de las autoridades ambientales (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, págs. 40-41; Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 43). Igualmente, la investigación de campo de este trabajo pudo establecer que los convenios son promovidos por las autoridades ambientales, siendo su contenido y compromisos objeto de concertación.

De acuerdo con el análisis de la Política y la práctica de los acuerdos, es necesario reiterar que es la Autoridad ambiental quien de forma preferente posee la iniciativa de convocar a los sectores productivos a la suscripción de convenios, y son ellas quienes, a través del diálogo y

⁹³⁸ No se encuentra en la doctrina jurídica ambiental nacional estudios sobre el concepto de los Convenios de Producción Más Limpia. Puede consultarse algunos artículos no académicos publicados en revistas institucionales, que hacen algunas referencias al concepto Centro Nacional de Producción más Limpia (2001); Jaramillo & Vásquez (2003); Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón (2006); Vásquez (2009); Gallego (2009); Cardona, Flores, Silvia, & Arango (2010).

el trabajo conjunto, establecen y aprueban las reglas de los convenios. Es decir, **se trata de un verdadero espacio de gobernanza, promovido por la Autoridad Ambiental, organizado y estable** (Ibarra Güell, 2011, pág. 233).

Lo anterior no niega la posibilidad de otorgarle al sector privado la iniciativa de solicitar a la Administración una negociación en un tema específico, pero ello no quiere decir que sea éste quien “establezca” el convenio, o mejor, quien proponga las reglas. Esta interpretación que se propone sobre la noción de los convenios o agendas ambientales de la PPyCS, se adapta de una mejor manera a las directrices de la Ley 99 de 1993 y está acorde con la práctica que ha caracterizado la suscripción y ejecución de los convenios en el país.

De otra parte, siendo los convenios o agendas ambientales acuerdos conjuntos entre las autoridades ambientales y el sector privado, este último puede estar conformado por los gremios y sus empresas, el sector académico que incluye a los centros de producción científica y tecnológica, y la sociedad civil en general, comunidades organizadas o no, con interés en los asuntos ambientales objeto de concertación. Conforme a los principios de la PPyCS, la Ley 99 de 1993 y las normas constitucionales sobre participación, la concertación de estos mecanismos debe incluir a todos los estamentos que conforman al sector privado o, por lo menos, no podría negarse la inclusión de uno de ellos en el proceso de suscripción de un acuerdo (*Vid.* Cap. 3. D-II,1).

A pesar de la amplitud de participación ambiental que promueve la Política y el ordenamiento jurídico colombiano⁹³⁹, en la práctica los procesos de suscripción de convenios son excluyentes. Si bien la política ambiental de los últimos gobiernos ha reconocido la necesidad e importancia de ampliar la participación a la sociedad civil en todos los temas, incluso, en los relacionados con la gestión ambiental de los gremios económicos⁹⁴⁰, la

⁹³⁹ Al respecto *Vid.* Cap. 3, D-II, 1.

⁹⁴⁰ En la estrategia de “*Promoción de las prácticas empresariales de autogestión y Autorregulación*” formulada por la PPML se consignó como tercer propósito para alcanzar la efectividad de los convenios de concertación de PML: “Ampliar en los Convenios, la participación tanto de las autoridades ambientales regionales, como de otros estamentos de la sociedad civil, con responsabilidades claramente definidas de cada una de las partes. En el caso de los convenios regionales se deberá ampliar la participación de los entes territoriales” (subrayas fuera de texto) (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, págs. 43-44). De igual manera, la PPyCS en la estrategia de “*Gestión e integración de diferentes actores involucrados en programas y proyectos de producción y consumo sostenible*” establece como acciones instrumentales el “Desarrollo de agendas conjuntas de trabajo y revisión y/o ajuste de los convenios sectoriales de producción más limpia firmados como espacios de concertación” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2010, pág. 42).

práctica de los Convenios de PML y la elaboración de Guías no ha cumplido con esta obligación. Una prueba de ello es la misma definición de Convenios de Concertación de la PPyCS (2010, pág. 56), que limita los acuerdos a los “sectores productivos, a través de sus gremios y empresas”.

No obstante, la redefinición de la PPyCS sobre Convenios de Concertación, se estima que la restricción no posee fundamento en el ordenamiento jurídico, los balances de la Política y los principios que promueve. Tal como se expuso en su momento (Cap. 3. D-II, 1.), el ordenamiento jurídico colombiano establece una participación efectiva, en condiciones de igualdad y no discriminación. Los procedimientos con base en los cuales se tramita la concertación de un mecanismo de concertación de la PPCyS, deben estar precedidos de una etapa amplia de convocatoria pública que involucre a toda la ciudadanía interesada en participar conjuntamente con el sector empresarial.

Pese a las consideraciones anteriores, la configuración de los acuerdos de PML con participación exclusiva de los gremios económicos pueden asimilarse a los llamados Acuerdos sobre medio ambiente europeos que se limitan a acuerdos entre el Estado y los sectores industriales⁹⁴¹. En la doctrina española estos acuerdos han sido objeto de estudio y clasificación (Betancor, 2001, pág. 1216-1219). De acuerdo con esta doctrina, los Convenios de PML pueden considerarse como acuerdos ejecutivos de normas que buscan concretar o desarrollar la legislación ambiental, por lo general con alto grado de rigidez, si innovar o modificar el ordenamiento⁹⁴². Se trata de acuerdos que se han considerado también por la

⁹⁴¹ La Comunicación de al Consejo y al Parlamento *relativa a los acuerdos sobre medio ambiente* (Comisión Europea, COM (96) 561, 1996) define en el mismo sentido esta figura, aunque sin hacer énfasis en la actividad de promoción o incentivación del Estado: “...se entenderá por acuerdo sobre medio ambiente el acuerdo celebrado entre la industria y la administración pública con el fin de lograr los objetivos de medio ambiente. Dichos acuerdos sobre medio ambiente pueden ser vinculantes desde un punto de vista jurídico, con obligaciones para las partes en el acuerdo. Esos acuerdos pueden así mismo revestir a forma de compromisos unilaterales de la industria reconocidos por la administración pública”. Para Carmen Plaza (2002, pág. 294), esta definición es “extremadamente laxa” cuyo alcance abarca tanto a los acuerdos que se suscriben en virtud de un contrato o convenio con efectos vinculantes como los llamados “pactos de caballeros” en los cuales los compromisos suscritos no son exigibles jurídicamente pero con reconocimiento por parte de la Administración.

⁹⁴² Los *acuerdos medio ambientales* del Estado con industriales también pueden adquirir el carácter de «intraprocedimentales», a los cuales Mora (2007, pág. 272) no les reconoce ningún tipo de efectos, fuera de los que se producen luego de proferida la correspondiente resolución. Es decir, la autorización se hace necesaria para la formalización del acuerdo. Y los «extraprocedimentales» cuya importancia radica en la función de preparación de un procedimiento (Betancor, 2001, pág. 1216; Sanz Pérez, 2001, págs. 10-11; Mora, 2007, pág. 265). La doctrina alemana ha denominado a este tipo de acuerdos, con una forma de cooperación conocida como «negociaciones previas», cuya finalidad es indagar las condiciones en las que puede otorgarse una autorización y

doctrina alemana como informales, en los cuales la “característica típica de estos acuerdos «informales» es que se apartan frecuentemente del modelo de procedimiento en realidad previsto legalmente y se superponen ampliamente en la práctica a los instrumentos legales” (Kloepfer, 1993, pág. 40)⁹⁴³.

II. GUÍAS AMBIENTALES O DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA

En lo que respecta a las Guías Ambientales, a diferencia de los Convenios de Concertación o Agendas Ambientales, el Ministerio, por medio de la Resolución 1023 de 28 julio de 2005, decidió otorgarles estatus jurídico, como “instrumento de autogestión y autorregulación”. Esta Resolución definió las guías como: “documentos técnicos de orientación conceptual, metodológica y procedimental para apoyar la gestión, manejo y desempeño ambiental de los proyectos, obras o actividades contenidos en las guías que se señalan en el artículo siguiente” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 1023 de 2005, art.2)⁹⁴⁴.

En complemento de la anterior definición, el Concepto Jurídico 24882 del MADS (2013), indica que:

... se proponen para aquellos proyectos, obras y/o actividades que por presentar un bajo impacto al medio ambiente, no requieren de una licencia ambiental en los términos del Título VIII de la Ley 99 de 1993 y sus decretos reglamentarios, sin embargo en el evento en que dichos proyectos de bajo impacto requieran el uso y/o afectación de los recursos naturales renovables deberá obtener los correspondientes permisos, concesiones u autorizaciones ambientales a que haya lugar.

La regulación conserva las Guías como instrumentos voluntarios de consulta, en especial como referentes técnicos y conceptuales. Así, uno de los compromisos de los Convenios de PML es la participación de los sectores productivos en la elaboración de la Guía Ambiental

establecer el riesgo (fundamentalmente económico) que se genera para la empresa iniciar el procedimiento administrativo y las posibilidades de éxito en su terminación (Lübe Wolff, 1993, pág. 408).

⁹⁴³ Sobre acuerdos informales en la doctrina alemana consultar Bohne (1990; 2013).

⁹⁴⁴ En la actualidad se han diseñado y publicado más de 45 Guías Ambientales en Colombia (SIAME-Sistema de Información Ambiental Minero Energético, 2015).

sectorial o el seguimiento de sus recomendaciones técnicas. En el caso de actividades y proyectos objeto de permisos y licencia ambiental, las guías son instrumentos complementarios a las condiciones y obligaciones impuestas por la autoridad ambiental⁹⁴⁵.

De igual manera, las guías son documentos de referencia para las autoridades ambientales, quienes, además, están autorizadas a verificar la implementación de las guías y efectuar recomendaciones a las actividades objeto de control⁹⁴⁶. Según esta disposición, el contenido de las guías puede pasar de un carácter de mera consulta a tener carácter obligatorio por el dueño de la actividad o proyecto, siempre que la autoridad ambiental decida en un permiso o licencia ambiental aplicar las directrices de una guía específica, por consiguiente, puede controlar, verificar y exigir su cumplimiento.

En este orden de ideas, se advierte, una tendencia a establecer la obligatoriedad de las Guías Ambientales en ciertos sectores productivos como un documento adicional de la autorización. Así, lo indica la Resolución 18-0861 de 2002 por medio de la cual se adoptan las Guías Minero Ambientales (Ministerio de Minas y Energía, Resolución 18-0861 de 2002, 2002)⁹⁴⁷.

Los artículos 2 y 3 de la Resolución 18-0861 de 2002 establecen estas Guías como instrumentos de consulta obligatoria y orientación conceptual y metodológica, y exigen la

⁹⁴⁵ Art.4.- De la implementación de las guías ambientales: Los proyectos, obras o actividades cuyas guías ambientales se adoptan mediante la presente resolución, tomarán éstas como instrumento de consulta, referente técnico y de orientación conceptual, metodológica y procedimental para el desarrollo de sus actividades.

Parágrafo.- En los casos en que las guías ambientales adoptadas mediante la presente resolución, apliquen para proyectos, obras o actividades sujetas a licencias, permisos, concesiones o demás autorizaciones de carácter ambiental, lo dispuesto en las guías tendrá carácter complementario a los términos, condiciones y obligaciones bajo los cuales se autorizó dicho proyecto, obra o actividad". (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 1023 de 2005, 2005, art.2).

⁹⁴⁶ "Art.5.- Del Control y Seguimiento: Durante el control y seguimiento de los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental, permisos, concesiones y/o autorizaciones, las Autoridades Ambientales Competentes podrán verificar la implementación de lo dispuesto en las guías ambientales y efectuar a los usuarios las recomendaciones a que haya lugar". (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 1023 de 2005, 2005).

⁹⁴⁷ En este orden de ideas, en Colombia existen dos tipos de Guías ambientales: las Guías Ambientales que cada sector productivo y las Guías minero-ambientales que aplican a la actividad de exploración minera. De acuerdo con el Concepto No.24882 del MADS sobre criterios para la elaboración de guías ambientales, las Guías minero-ambientales tienen como fundamento legal: "los artículos 197 y 198 de la Ley 685 de 2001 [Código de Minas], los cuales señalaron que el ejercicio emanado de un contrato de concesión minero debidamente inscrito en el Registro Minero Nacional, está supeditado al cumplimiento de los requisitos y condiciones de orden ambiental contenidos en el Capítulo XX de dicha Ley, Intitulado Aspectos Ambientales y en lo no previsto en éste, en las normas ambientales generales aplicables a la materia" (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013).

manifestación expresa del solicitante de ceñirse a lo prescrito en las guías⁹⁴⁸. La adopción de esta Guía está precedida por el acto administrativo que la Autoridad ambiental expide con el fin de hacer seguimiento y control de los requisitos ambientales de la actividad.

La naturaleza jurídica de las Guías Ambientales es mucho más clara que la de los Convenios, teniendo en cuenta que, gracias a su adopción mediante resolución, se establece su carácter de documento complementario y de consulta, que se entiende adjunto al respectivo acto administrativo autorizador de la actividad objeto de control. Asimismo, si la Administración decide incorporar a las obligaciones del acto las recomendaciones de las Guías Ambientales, acorde con la Resolución 1023 de 2005, éstas se transforman en obligatorias y, por tanto, objeto de seguimiento y verificación.

Las Resoluciones 1023 de 28 de 2005 y 18-0861 de 2002 no mencionan ni regulan el procedimiento mediante el cual se propone, discute y aprueba una Guía Ambiental. Igualmente, la normativa se limitó a establecer la facultad del Ministerio de revisar y actualizar las guías “de acuerdo con criterios técnicos predefinidos”⁹⁴⁹, sin hacer explícito el procedimiento para llevar a cabo esta función (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013).

⁹⁴⁸ “Artículo 2°. Las Guías Minero Ambientales que por este acto se adoptan son un instrumento de consulta obligatoria y orientación de carácter conceptual, metodológico y procedimental, y serán suministradas a los interesados mineros en medio magnético o impreso, como anexo al formulario de propuesta de contrato de concesión. Así mismos, podrán ser suministradas por las autoridades ambientales competentes.

Artículo 3°. El interesado en la propuesta de contrato de concesión, deberá hacer la manifestación expresa de su compromiso de realizar los trabajos de exploración técnica con estricta sujeción a las guías minero ambientales, aplicadas a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta y el estimativo de la inversión económica resultante de la aplicación de tales guías, de conformidad con lo establecido en los artículos 81, literal f) 271 y 272 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas.

Parágrafo. El Ministerio del Medio Ambiente a través de acto administrativo adoptará los procedimientos y mecanismos que sean necesarios para el seguimiento y vigilancia de las obligaciones ambientales en la etapa de exploración minera, de conformidad con las guías minero ambientales de exploración que por este acto administrativo se adoptan, las cuales deberán ser en un todo aplicadas y ajustadas por el concesionario minero a las condiciones y características específicas del área solicitada descrita en la propuesta, a la capacidad económica del interesado y de acuerdo con la reglamentación que para estos efectos expida dicha entidad” (Ministerio de Minas y Energía, Resolución 18-0861 de 2002, 2002).

⁹⁴⁹ “Art.6.- Actualización y normatividad ambiental. La implementación de la guía ambiental, no exime al interesado de cumplir la normatividad ambiental vigente aplicable al desarrollo de su proyecto, obra o actividad. Parágrafo.- El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial efectuará periódicamente y de acuerdo con criterios técnicos predefinidos, la revisión, actualización o ajuste de las guías ambientales adoptadas mediante la presente resolución” (subrayado fuera de texto). (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 1023 de 2005, 2005, art. 6, parágrafo).

No obstante el silencio de la Resolución sobre el procedimiento de elaboración de las guías, la práctica evidencia que se fundamentan en un proceso participativo y de concertación informal con los sectores productivos y la academia representada en los centros de investigación científica y tecnológica. Al igual que en los procesos de suscripción de Convenios de PML, la sociedad civil no es convocada, por considerar que no posee el nivel de conocimiento para discutir los aspectos técnicos de las guías⁹⁵⁰, con lo cual, se trata de procesos de deliberación a puerta cerrada cuyos resultados son conocidos una vez son publicadas las Guías por el Ministerio. Cabe reiterar que la limitación a los sectores productivos no está fundamentada en la línea base y los balances de la PPML, como tampoco en el ordenamiento jurídico, pues como se trata a continuación, la decisión sobre la convocatoria restringida no es fruto de una reflexión que tome en cuenta los derechos de los ciudadanos interesados y la ponderación de los principios de igualdad y no discriminación, y proporcionalidad.

Al respecto, la manera en que se desarrolla el contenido y función de estas Guías es similar a las Guías de Mejores Técnicas Disponibles adoptadas en el marco de la PCIC tanto en España como en la Unión Europea que comparten la característica general de ser el resultado de un proceso de concertación entre la Administración y el sector privado⁹⁵¹, más propiamente el productivo, a pesar que en los documentos de política ambiental de la EU se resalte la participación de todos los interesados en las decisiones sobre control y prevención de la contaminación⁹⁵².

⁹⁵⁰ Esta afirmación se apoya en las entrevistas realizadas en la investigación de campo.

⁹⁵¹ La elaboración de «documentos de referencia MTD» en la Unión Europea, y su homólogo de Guías españolas de MTD se basa en un complejo sistema de participación e intercambio de información. Este sistema encuentra su fundamento en la Directiva de Emisiones Industriales: “(13) A fin de determinar las mejores técnicas disponibles y limitar los desequilibrios en la Unión en cuanto al nivel de emisiones procedentes de las actividades industriales, se elaborarán, revisarán y, cuando proceda, se actualizarán los documentos de referencia sobre las mejores técnicas disponibles (en lo sucesivo denominados «documentos de referencia MTD») mediante un intercambio de información con los interesados, así como los elementos esenciales (denominados en lo sucesivo «conclusiones sobre las MTD») de los documentos de referencia MTD adoptados a través del procedimiento de comité. A este respecto, la Comisión debe elaborar, a través del procedimiento de comité, guías sobre la recogida de datos, la elaboración de documentos de referencia MTD y el control de su calidad. Las conclusiones sobre las MTD deben constituir la referencia para el establecimiento de las condiciones del permiso y pueden complementarse con otras fuentes. La Comisión debe tratar de actualizar los documentos de referencia MTD a más tardar a los ocho años de la publicación de la versión anterior”. L 334/18. (Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2010/75, 2010).

⁹⁵² Sobre este tema se estudió a profundidad en la tesis para optar por el Diplomado de Estudios Ambientales (DEA) del Doctorado en Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Universidad Autónoma de Madrid, titulado: Los procesos de concertación en la legislación de control integrado de la contaminación y sus aportes al Derecho Administrativo (2009).

III. LOS PARÁMETROS DE CONDUCTA DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL EJERCICIO DE LOS CONVENIOS DE CONCERTACIÓN DE PML Y LAS GUÍAS AMBIENTALES

Como bien se sabe el ordenamiento jurídico colombiano y las políticas de producción más limpia y consumo sostenible garantizan una amplia participación de la ciudadanía en las decisiones de orden ambiental, no obstante en la ejecución de los Convenios de PML y las Guías Ambientales no se da cumplimiento a este mandato. Como se expuso, estos mecanismos limitan la participación a los sectores productivos, representados por gremios y empresas.

Según se constató en el trabajo de campo realizado, la restricción de la participación de la ciudadanía en los mecanismos de concertación de la PPCyS se ha basado en decisiones sin fundamento jurídico, *v. gr.*, la percepción subjetiva de las autoridades de que la ciudadanía en general no posee la experiencia y los conocimientos de los temas objeto de diálogo. Las Autoridades ambientales como el Ministerio perciben como inconveniente y, hasta extraña, la participación de la sociedad civil en la suscripción de los convenios. Así lo corrobora la percepción de altos funcionarios que han sido encargados del tema⁹⁵³, quienes además asumen que la falta de conocimiento especializado o técnico de las comunidades en los asuntos productivos puede impedir el proceso de concertación.

Este tipo de decisiones, además de contravenir el balance institucional que sobre la PPML se hiciera en su momento (Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, 2005)⁹⁵⁴ pueden vulnerar los principios de participación, igualdad y no discriminación. Estos principios y los derechos conexos a la participación e igualdad se afectan en tanto no se respetan las garantías de una legitimación activa amplia que facilite la intervención ciudadana sin restricciones injustificadas; flexibilidad de oportunidades y plazos para la participación de los interesados; y un acceso adecuado, suficiente, veraz y oportuno a la información (Cap. 3. D-II, 1).

⁹⁵³ Así lo confirman las entrevistas a los funcionarios Elmer Cardozo (E. Cardozo, entrevista personal, 9 de junio de 2011) y Carlos Jairo Ramírez (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011).

⁹⁵⁴ Recuérdese que este estudio identificó como una gran debilidad la no participación de los consumidores en la ejecución de los mecanismos de concertación de la PPML.

Nótese que la limitación de la participación puede darse tanto de la ciudadanía en general como de empresas, de gremios participantes, no llamadas a los procesos de concertación. Lo anterior tiene sentido porque, tal como ocurre en la práctica, la convocatoria a los procesos de concertación de Convenios y Guías no es pública. Por tanto, al no existir fundamentos jurídicos sobre la decisión de restringir los procesos participativos a ciertas organizaciones y empresas, debe considerarse igualmente una eventual vulneración del principio de proporcionalidad. En efecto, este principio puede verse menoscabado debido a la falta de una debida motivación de la Administración sobre la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la exclusividad de ciertos grupos en procesos en los que pueden tomarse decisiones de su interés (Barnés, 1998, pág. 18; Bernal Pulido, 2005b, pág. 37).

El escenario descrito, del que se cree puede derivarse la vulneración de los derechos a la participación e igualdad y no discriminación de las personas, es provocado, además, por la falta de difusión, promoción y acceso a la información a la ciudadanía de la existencia de los mecanismos de concertación de la PPCyS. Es revelador que esta investigación halló que **durante los trece años de vigencia de la PPML todos los acuerdos nacionales, regionales y sectoriales fueron suscritos directamente con los gremios o sus empresas asociadas; en ninguno se convocó a la sociedad civil, comunidades u organizaciones ambientales a hacer parte de los mismos.** Frente a esta circunstancia, la ciudadanía no posee suficiente información sobre la importancia de tales acuerdos y la influencia de los mismos en su entorno o en el cumplimiento legal, pues no se ha presentado en el país ninguna solicitud de participación en los convenios o queja ante las autoridades, como tampoco demandas por violación del derecho a la participación ante la jurisdicción⁹⁵⁵.

La exclusión de la ciudadanía de los procesos de concertación de PML no parece mejorar hacia el futuro con la reformulación de los convenios en Agendas Ambientales, a pesar de presentar una definición más inclusiva. En efecto, la definición de Agenda Ambiental que para el caso de la PPyCS (2010, pág. 56) serían los mismos Convenios de PML incluye el “acuerdo conjunto de trabajo suscrito entre la Autoridad Ambiental nacional, regional o local y actores del sector público, privado, gremial, académico o de la sociedad civil”. No obstante, la interpretación oficial de esta definición, que se recogió en la entrevista realizada al

⁹⁵⁵ A estas conclusiones se llega según el estudio de campo realizado por esta investigación.

encargado de su implementación en el MADS es que la suscripción de agendas debe hacerse por sectores separados y no conjuntamente⁹⁵⁶.

Así las cosas, el Ministerio pretende una serie de Agendas ambientales o convenios por sectores donde existen compromisos específicos dirigidos a la producción y consumo de bienes y servicios amigables con el medio ambiente. En especial, las acciones estratégicas hacia la sociedad civil están dirigidas a la capacitación y actividades informativas en materia de consumo responsable, y no involucran su participación activa en procesos de concertación que impliquen asuntos de gestión ambiental con los gremios (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011)⁹⁵⁷.

En este punto cabe señalar que los principios de transparencia y rendición de cuentas, proscriben el secretismo de las actuaciones de la Administración (Ley 1437 de 2011, art. 3.8), por lo que se exige la publicidad en todo el proceso de negociación. En este caso, la información y publicidad debería otorgarse a la ciudadanía desde el momento de la concertación sobre las medidas que se proyectan sobre la producción y consumo del país, y no hacerlos partícipes al final de éstas como receptores pasivos que no pueden hacer valer sus intereses de manera oportuna. En este sentido, es conveniente señalar la necesidad de que las actuaciones de la Administración se desarrollen de buena fe.

Llegado a este punto se considera conveniente precisar que en el caso de la promoción y convocatoria de Convenios de PML o Agendas, así como de Guías Ambientales no existen criterios suficientes por parte de las Autoridades para restringir el acceso a las organizaciones ciudadanas ambientales y a la academia, incluso a otro tipo de organizaciones, máxime cuando en estos procesos se discuten estrategias importantes para el control de la contaminación de la industria del país, que incluyen a los consumidores como parte clave en el proceso productivo. Es por estas razones que se advierte que la convocatoria de los actores

⁹⁵⁶ Ing. Carlos Jairo Ramírez (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011).

⁹⁵⁷ El programa Soy Ecolombiano es una de las principales acciones para poner en práctica la inclusión de la ciudadanía en la PPyCS mediante una campaña de información (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013, pág. 86). El propósito de este programa es: “Promover la conciencia ambiental de los colombianos, a través de una campaña que sea visible a los diferentes sectores de la sociedad, incluyente, participativa, capaz de despertar y aumentar el interés del público y generar sentido de pertenencia, buscando así estimular comportamientos ambientalmente responsables, encaminados hacia la preservación del medio ambiente para el mejoramiento de la calidad de vida y el uso racional de los recursos naturales” (Soy ECOLombiano, 2015).

interesados debe estar libre de cualquier tipo de restricción para participar en el debate⁹⁵⁸. La ciudadanía debe poder ingresar en condiciones de igualdad a los espacios deliberativos, sin estar obligados a sustentar una posición jurídica o interés concreto como prerrequisito para su participación, una decisión contraria, o restrictiva, según estas consideraciones debe adoptarse con fundamento en las reglas del principio de proporcionalidad ya comentado.

La ampliación de la participación a la ciudadanía también incluye a todos los gremios económicos y sus empresas. Dicha participación, se reitera, debe cumplir con la disponibilidad y acceso libre a la información sobre los asuntos que la Autoridad ambiental planea concertar, así como, la flexibilidad de plazos para garantizar una oportuna participación de todos los interesados. Los mecanismos de sensibilización y educación ambiental coadyuvan en estos propósitos.

Ahora bien, cabe llamar la atención sobre que el hecho de permitir procesos de concertación informal más inclusivos, no debe ser una razón para permitir por parte de la Administración posturas adversariales, entre los representantes del sector empresarial, las organizaciones civiles y la ciudadanía en general. En estos casos debe prevalecer una actitud hacia el diálogo, que en cumplimiento del principio de *Carácter preeminente del diálogo*, consiste en el respeto y confianza mutuos a fin de lograr los consensos esperados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

⁹⁵⁸Al tratarse de acuerdos de interés público, los convenios deben garantizar y proteger, no solamente, los derechos de las partes, sino los derechos de terceros eventualmente afectados para lo cual, se consideran procedentes las acciones judiciales de protección de derechos fundamentales y colectivos establecidas en el ordenamiento colombiano. En la jurisprudencia derivada del ejercicio de estas acciones, se ha garantizado los derechos de terceros incluso en el marco de actos y contratos administrativos. La Constitución de 1991 estableció las acciones de tutela, las acciones populares y de grupo como mecanismos de protección de los derechos fundamentales y colectivos (art. 86 y 88 CP). En el caso particular de las acciones populares, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ha definido cuáles son los poderes del juez de acción popular y hasta dónde se extienden. El inciso 2 del artículo 144 del Código se establece: “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos” (Congreso de la República, Ley 1437 de 2011, 2011).

. De la lectura de esta norma se interpreta que lo que lo que quiso el legislador fue establecer una especie de “límite condicionado” al juez, en el que éste no podrá anular el acto o contrato administrativo, sin que eso constituya un impedimento para proteger los derechos e intereses colectivos. Por lo que sin entrar a considerar la legalidad del mismo, puede hacer cesar sus efectos siempre que se pruebe un riesgo a los derechos mencionados. Al respecto puede consultarse los precedentes jurisprudenciales y la doctrina en la materia en Hoyos Duque (2004).

De otra parte, y considerando a los privados involucrados en la concertación informal de PML, debe recordarse que el principio de la buena fe exige la transparencia y empeño de la Administración de no vulnerar los derechos de los actores en el proceso participativo. Así, la concertación de Convenios de PML o de construcción de Guías ambientales debe entregar información veraz, completa y oportuna, garantizando las condiciones de igualdad en la deliberación. Una actuación en este sentido permite que los actores en el proceso de concertación asuman una confianza legítima en que la Administración sigue una conducta leal y honesta, de buena fe. Esta confianza debe manifestarse en la garantía de que las condiciones de los procesos participativos, las reglas del juego, serán mantenidas durante la deliberación, y solo serán modificadas con el acuerdo de todas las partes presentes.

Estos principios concuerdan con la regla del precedente constitucional sobre *Acuerdos concertados*. Así las reglas sobre la forma en que durante el proceso de concertación se tomarán las decisiones deben ser obligatorias para todas las partes, incluyendo a la Administración (en virtud del principio de confianza legítima). El resultado de los acuerdos debe reunir las propuestas de todos los actores, y de no ser así, debe estar suficientemente argumentada la decisión y la verificación de no haber vulnerado los derechos de los afectados con la decisión (principio de proporcionalidad).

Como consecuencia, los espacios deliberativos y de concertación deben gozar de transparencia durante todo su proceso, permitiendo al final la presentación de sus resultados. Estos resultados deben estar precedidos por un legítimo procedimiento de rendición de cuentas de todos los actores participantes. En este caso, el acompañamiento y control efectivo de las autoridades es fundamental. Como se citó en la primera parte de este trabajo, esta regla garantiza el cumplimiento de los principios que guían la función administrativa. Debe recordarse que los espacios de gobernanza constituyen en sí mismos, espacio de rendición de cuentas. Así no solo le corresponde a la Administración verificar el cumplimiento de los acuerdos, sino que a su vez, la ciudadanía debe tener el espacio y condiciones suficientes para seguir adelante con el control y crítica de los participantes, incluso, con la garantía de solicitar explicaciones⁹⁵⁹.

⁹⁵⁹ Ver al respecto Capítulo 3, principio de transparencia y rendición de cuentas (Cap. 3, D-II, 4).

Por último cabe citar el principio de Distribución equitativa de los beneficios desarrollado por la Corte Constitucional (Sentencia T-211 de 2011, 2011), según el cual Tratándose de acuerdos que consisten en la toma de decisión que influye tanto los procesos productivos de las empresas y su competitividad, como las condiciones de responsabilidad de los consumidores, la Administración posee el compromiso de guiar y verificar que los participantes se beneficien equitativamente. Una tarea importante, es la identificación, discusión y acuerdo sobre de las medidas de mitigación, corrección, compensación e indemnización que deban ser adoptadas.

En suma, tal como se estudia detalladamente más adelante, la configuración legal de las competencias de las autoridades ambientales en materia de concertación, los principios y objetivos de los instrumentos de política y, en general, el marco constitucional de la participación ciudadana, apoyan la práctica de los Convenios de Concertación y las Agendas Ambientales, siempre que estos sean suscritos entre la Administración y el sector privado, sin discriminación de ningún estamento social en su participación y en cumplimiento de los principios enunciados. Cabe precisar que **el fin de estos mecanismos de concertación es tanto el fortalecimiento de la gestión ambiental y competitividad del sector productivo, como la protección de los recursos naturales y de la salud pública, razón por la que deben involucrar a la sociedad civil interesada.**

C. ANÁLISIS DE LOS CONVENIOS Y GUÍAS DE PML COMO ACTUACIONES INFORMALES DE CONCERTACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO COLOMBIANO Y DEL ENFOQUE DOGMÁTICO PROPUESTO

En los tres primeros capítulos de esta investigación se expusieron los argumentos dogmáticos dirigidos a sustentar la autonomía de la actuación informal de la Administración dentro del repertorio de actos jurídico-públicos. De igual manera, se resaltó la necesidad de reconocer la presencia de estas actuaciones, cuyo fundamento es la participación y la concertación, como una manifestación de la creatividad de la Administración en la programación finalística y eficaz de su actuación.

En este acápite corresponde analizar si los Convenios de Concertación de PML/las Agendas Ambientales y las Guías Ambientales se ajustan al marco dogmático propuesto en

los Capítulos 2 y 3. El análisis se aborda tomando en cuenta el marco legal y las políticas públicas sobre los cuales encuentran fundamento tales mecanismos. Este apartado se inicia con una exploración del marco legal de la contratación, con el fin de establecer la limitación de estos actos jurídico-públicos para explicar la presencia y alcance de actuaciones informales de concertación como los mecanismos de PML. Esto permitirá reiterar la tesis de la necesidad de reconocer la autonomía de este tipo de actuaciones en el ordenamiento nacional y la urgencia de un enfoque legal y dogmático que permita su encauzamiento en el sistema de garantías y derechos interno⁹⁶⁰.

I. LOS CONTRATOS ESTATALES Y LOS PROCESOS DE CONCERTACIÓN INFORMAL DE LA PPYCS

En el ordenamiento interno, la actuación consensual de la Administración se manifiesta concretamente y de manera principal a través de la suscripción de contratos estatales⁹⁶¹. El régimen contractual colombiano vigente está conformado primordialmente por la Ley 80 de 1993, la normativa que la reglamenta y la adiciona, y las disposiciones que regulan ciertos tipos especiales de contratos⁹⁶².

⁹⁶⁰ Este acápite se fundamenta el trabajo de delimitación de la actuación informal con base en la teoría de las formas jurídicas presentado en el Capítulo 3 (*Vid.* Cap. 3-A). No se aborda aquí la diferenciación con la actividad material, teniendo en cuenta que las conclusiones generales presentadas en el Capítulo 3 son directamente aplicables al caso de los mecanismos de PML.

⁹⁶¹ El alcance de esta tesis no permite abordar la discusión doctrinal interna sobre la existencia o no de contratos administrativos, la presencia de actos administrativos complejos o bilaterales, y la teoría dual o monista sobre la autonomía de los contratos administrativos frente a los de Derecho privado. En tal sentido consideramos la superación de esta discusión académica a partir del actual régimen legal colombiano que regula la figura jurídica del contrato, lo diferencia claramente del acto administrativo y adopta una teoría contractual monista. Sobre las diferentes posturas doctrinales dirigidas a estudiar la existencia autónoma de la figura del contrato administrativo consultar la obra del profesor Alonso Rico (2007) y el profesor Augusto Chávez (2008).

⁹⁶² En la exposición de motivos del proyecto legislativo del estatuto contractual se establecen las características del régimen contractual colombiano: “La nueva Ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad, principio que debe guiar la contratación estatal. Precisamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como delegación que la Ley confiere a las partes de regular las relaciones contractuales delimitada por el respeto de los imperativos de orden público, exige que esas normas encauzadas a reglamentar el interés público o las necesidades de la colectividad en materia contractual, se instituyan en las rectoras para todo el aparato estatal, evitando así la eventual consagración de normatividades u ordenamientos que pueden motivarse en variadas tendencias y principios y con lo cual la realización de los fines estatales puede verse afectada.

La unidad de sus fines se logra adecuadamente por la implantación de unos principios rectores que orienten y garanticen la gestión de todo ente estatal. Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto

La Ley 80 de 1993 o Estatuto de contratación consigna los principios y reglas que rigen todos los tipos de acuerdos de voluntades entre entidades del Estado o de éstas y las personas de Derecho Privado. De esta manera, se establece la figura genérica de contrato estatal que incluye todas las formas de contratación pública, esto es, las reguladas por este Estatuto o por las normas de Derecho Privado aplicable (contratos típicos), y los correspondientes a tipos especiales de contratación sean innominados o atípicos⁹⁶³. Así lo prescribe el artículo 32 del Estatuto⁹⁶⁴.

En este orden de ideas, el régimen contractual colombiano es definido por la doctrina y la jurisprudencia como mixto y monista. Régimen mixto debido a que los contratos estatales conforme a su naturaleza deben someterse ante todo a las disposiciones del Estatuto contractual o a las leyes especiales y que, en los casos de que éstas no sean aplicables, deben regirse bajo las disposiciones del Derecho Civil y Comercial. En segundo lugar, se trata de un régimen monista, en virtud del establecimiento de una figura genérica que incluye tanto los llamados contratos administrativos y contratos de Derecho Privado de la Administración (Chávez, 2008, pág. 66).

Esta aproximación al Estatuto de contratación evidencia la voluntad del legislador de reunir bajo las mismas reglas y principios jurídicos toda la actividad consensual de la Administración, lo que representa dificultades para su aplicación a los procesos de concertación informal de PPYCS. En efecto, conforme explica la doctrina interna, el Estatuto se fundamenta en un criterio formal o voluntarista, según el cual, incluye dentro de la figura genérica de contrato estatal todo acuerdo de voluntades, del cual se desprende que: “el contrato es aquel acuerdo de voluntades producto de efectos jurídicos, en el cual los sujetos intervienen abrigando intereses disímiles y contrapuestos” (Chávez, 2008, pág.73).

normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebren contratos a nombre del Estado” (Congreso de la República de Colombia, 1992, pág. 11).

⁹⁶³ “Reconociendo que en la totalidad de los contratos que celebra el Estado están incorporados el interés general y recursos públicos, nada obsta para que se pueda unificar bajo el criterio genérico de "Contrato Estatal", la totalidad de actos jurídicos, nominados o innominados, generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el Estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo define su artículo 32” (Rico, 2005, pág. 24).

⁹⁶⁴ “Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)” (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, 2003).

Como se desprende de lo anterior, uno de los principales inconvenientes para aplicar el régimen de contratación a la actuación informal de concertación se encuentra en la definición de contrato estatal que es asumida. Ello es así, porque como se ha expuesto en este trabajo, en los procesos de concertación informal no se presentan claramente dos intereses contrapuestos entre la Administración y los particulares, al contrario, se persigue el acuerdo sobre estrategias de colaboración con el objeto de alcanzar fines comunes para promover la competitividad empresarial y la protección del ambiente. En este caso no se tienen debidamente en cuenta las relaciones jurídicas multilaterales que pueden surgir, y por tanto, los múltiples intereses y actores involucrados.

Del mismo modo, no puede exigirse del Estatuto de contratación que regule actuaciones informales de concertación, que como los Convenios de PML, establecen sus propias reglas de plazos, contenidos de los acuerdos y formas de publicidad. En este punto, cabe aclarar, que si bien el artículo 32 del Estatuto prevé la aplicación de sus reglas a todo acto jurídico que celebre la Administración, incluso a aquellos basados en la autonomía de la voluntad, debe precisarse que se hace referencia a actuaciones que cumplan como mínimo con la característica de bilateralidad que exige la configuración del contrato, tal y como se desprende de la lista enunciativa que el mismo artículo 32 consigna⁹⁶⁵.

Sobre el tema, el Consejo de Estado ha resaltado que: “el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales”⁹⁶⁶. Con base en las

⁹⁶⁵ Entre los contratos que a título enunciativo se listan se encuentran: de obra, de consultoría y de fiducia (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, 2003).

⁹⁶⁶ Así lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado: “Como ya lo ha expresado la Corporación mediante la Ley 80 de 1993, la actividad contractual del Estado quedó bajo la denominación del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y derecho privado. En efecto, el precitado art. 32 prescribe que los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, se encuentran “previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”, así como los que, a título enunciativo, allí se establecen. Lo anterior significa que el estatuto contractual reconoce e incorpora regímenes provenientes de otras áreas diferentes del derecho público, como son el derecho civil y comercial o de naturaleza especial, e igualmente lo pactado en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siempre y cuando no vayan contra Ley o derecho ajeno.

Sin menoscabo del interés público y de los fines estatales que todo acto contractual está llamado a cumplir, razón por la cual la entidad contratante está investida de una posición especial y privilegiada en la relación contractual, el contrato estatal es en esencia una institución que se inscribe dentro de los negocios jurídicos bilaterales: éstos se constituyen en fuentes generadoras de derechos y obligaciones, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para obligarse recíprocamente. Por esta razón le son aplicables principios y regulaciones provenientes del derecho privado, siempre y cuando no entren en contradicción con el régimen público”. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 20 de agosto de 1998, radicado: 14202, 1998). En el mismo sentido: (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de

razones anteriores, no puede forzarse la aplicación del régimen contractual a la actuación informal de concertación, porque, lógicamente, esta legislación no fue diseñada para comprender este fenómeno, resultando ajena toda vinculación con el mismo. En este orden de ideas, las concertaciones informales, entre ellas, los Convenios de PML y las Guías Ambientales, son actuaciones independientes a las reguladas por el Estatuto de contratación, sin que ello implique la ausencia de unas reglas mínimas o parámetros de conducta que deban cumplir, en el marco de la actividad administrativa (art. 209 C.P.) , tal y como se expuso en lo concerniente a la observancia de los principios de igualdad y no discriminación, participación, proporcionalidad, eficacia, transparencia y confianza legítima.

En complemento de la reflexión anterior, debe indicarse que en la doctrina interna, se han elaborado las características que diferencian los contratos de los convenios de la Administración, siendo estos últimos: acuerdos entre órganos de la Administración (interadministrativos) o acuerdos entre la Administración y particulares. Según Blanco, (2005, pág. 139-150) tales diferencias se concretan en:

- Contraposición de intereses que identifica el contrato frente al pacto sobre objetivos comunes que caracteriza el convenio. En el primero se establecen prestaciones recíprocas, esto es, cada una de las partes contraen obligaciones a favor de la otra, tales como la prestación de un servicio o la transferencia de bienes. En el caso del convenio, no se pactan este tipo de prestaciones, se trata más bien de una coordinación de actividades en pro de un interés común⁹⁶⁷.
- Siendo de la esencia del contrato las prestaciones recíprocas cuantificables en dinero, el Estado garantiza las utilidades del contratista, y éste a su vez debe garantizar el cumplimiento de su obligación a través de pólizas de seguro. En el convenio no se presenta este tipo de obligaciones debido a la inexistencia de remuneración por prestación de servicios o de un precio por la compra de un bien.

la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 23 de septiembre de 1997, radicado: S-701-Contractual, 1997).

⁹⁶⁷ Si bien los fines pactados en los mecanismos de concertación de PML a través de los compromisos suscritos por las empresas o agrupaciones gremiales representan también un mejoramiento de sus condiciones empresariales individuales, éstos están dirigidos principalmente al logro del interés público del mejoramiento ambiental y de la competitividad industrial del país. De allí que durante las negociaciones, y como se constata en el análisis del contenido de los convenios o las guías, no se entable una negociación sobre los intereses contrapuestos de las empresas y el Estado, al contrario, se promueve un diálogo sobre las mejores medidas o acciones tendientes al logro de un objetivo común propuesto en la Política, la Ley y la Constitución.

- Aunado a lo anterior, la presencia de prestaciones recíprocas dentro del contrato estatal exige el cumplimiento del principio de “la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (artículo 28 de la Ley 80 de 1993). Tal principio no es aplicable a los convenios por la falta de este tipo de prestaciones en su contenido, por tanto, no se predica de éstos un carácter conmutativo.
- De igual manera, la garantía de la conservación del equilibrio contractual que debe garantizar la persona pública al contratista en eventos en que este sea quebrantado por causas no imputables al mismo, mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes, no es aplicable al convenio dada la inexistencia de prestaciones económicas en su contenido.

Cabe mencionar que sobre la aplicación del Estatuto contractual a los convenios de la Administración no existe en la doctrina una posición unificada. Según el profesor Chávez (2008, pág. 73), la unificación del Estatuto de la actividad contractual del Estado no implica la desaparición de la figura de los convenios de la Administración. Al contrario, la figura del convenio de la Administración permanece y le son aplicables las disposiciones del régimen general que se ajusten a sus especiales condiciones. De este modo, además de asumir la aplicación del régimen positivo de la Ley 80 de 1993 a los convenios de la Administración, se persigue el reconocimiento del convenio como una de las manifestaciones de la voluntad de la Administración; con ello se aceptan sus efectos jurídicos, la aplicación de normas especiales adaptadas a su naturaleza (sean las de la Ley 80 de 1993 o de otras disposiciones), así como los principios de la función administrativa dentro de la autonomía de la voluntad⁹⁶⁸.

⁹⁶⁸ Según el profesor Chávez (2008, pág.330) a los convenios de la Administración el régimen de la Ley 80 de 1993 es aplicable dado que la Ley no hizo ninguna excepción al respecto: “debe considerarse, en torno al ámbito de aplicación del estatuto general de contratación estatal, que este al regular sin distinción alguna todos los contratos que con los particulares celebran las entidades estatales, debe aplicarse a los mismos, salvo cuando la misma Ley establezca una excepción (...) adicionalmente, lo anterior significa que el alcance de dicho régimen general de los convenios administrativos está limitado por la aplicación de los regímenes especiales de los diferentes tipos de convenios. Lo que suele ocurrir como se observará al examinar algunos tipos, es que la normatividad especial se remite al régimen general de contratación administrativa o bien que ante el vacío del ordenamiento especial existente es necesario remitirse por analogía a las normas generales. En consecuencia, puede señalarse en cuanto respecta al régimen de los convenios administrativos, que los mismos están sujetos a un ordenamiento que comprende dos capas o niveles cuya prevalencia y aplicación debe determinarse en cada caso: (i) el régimen general de los contratos administrativos, que incluye eventualmente la aplicación del derecho privado en ciertos aspectos, y (ii) el régimen especial de cada tipo de convenio administrativo”.

Sin embargo, esta doctrina no es adaptable a los Convenios de PML y las Guías Ambientales, dado que en su trabajo monográfico el profesor Chávez (2008) no tiene en cuenta las condiciones especiales que rodean la actuación informal de concertación. Tal como se estudió anteriormente, estas reflexiones doctrinales nada dicen de un nuevo enfoque en la relación Administración-ciudadanía, basado en un nuevo modelo de legitimación administrativa, y de las implicaciones prácticas de la interacción de múltiples actores en escenarios deliberativos a partir de los cuales se derivan criterios de eficacia para la gestión pública⁹⁶⁹.

Cabe que citar que frente a la tesis del profesor Chávez existe doctrina que no admite la inclusión de los convenios interadministrativos dentro de la categoría de los contratos estatales. El profesor Santofimio (2000, pág. 235) sostiene que el Estatuto de contratación establece el régimen de los contratos interadministrativos y no de los convenios interadministrativos, estos últimos son considerados por el profesor como acuerdos en la medida que no son coercibles sino “simples convenios” sin ningún “régimen obligacional”: “En el inciso 2 del artículo 209 Constitucional se indica expresamente que: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado...”; si a lo anterior se agrega el mandato del inciso 2° del artículo 208 Constitucional según el cual “Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad...”, encontramos, entonces, que es posible que existan relaciones jurídicas entre entidades públicas que, fundadas en criterios de colaboración, ayuda o cooperación no configuren un estricto régimen obligacional, y que por lo tanto no se trate de verdaderos contratos sino que constituyan simples convenciones entre sujetos administrativos”. De igual parecer son los profesores Expósito (2003) y Blanco (2005).

⁹⁶⁹ A manera de reiteración, en la propuesta dogmática que presenta esta tesis se entiende Estado y sociedad como dos actores interdependientes, y no como dos órdenes autónomos en oposición (García Pelayo, 1987, pág. 22). La toma de decisiones se manifiesta como un diálogo en el que todos los actores colaboran, intercambiando información que ningún actor por sí solo puede monopolizar (Kooiman, 2005; Cerrillo, 2012) y que se valora como parte de la construcción de acuerdos eficaces para la consecución de los fines estatales (Steele, 2001). Así, la Administración entiende que la legitimación de su actividad no depende exclusivamente de la ejecución de la Ley, en cambio requiere de nuevas formas de gobernación más horizontales y flexibles que ponderan los diferentes intereses (Ponce, 2011).

Se ha recurrido a la palabra *acuerdo* para identificar los pactos de voluntades que solamente pretenden una colaboración interna entre entidades de la Administración y que, por las características de los compromisos y de las personas que los suscriben, no persiguen efectos vinculantes (Santofimio, 2000, pág.235). Según esta postura, la noción de *acuerdo* se ha reservado para los convenios intraorgánicos e incluso para los convenios interadministrativos al considerar que, en muchos casos, estos no generan efectos vinculantes. Infortunadamente, sobre los convenios administrativos, esto es, los sostenidos entre la Administración y los particulares la literatura consultada no se pronuncia.

Recapitulando, para efectos de este trabajo, la distinción doctrinal entre contratos y convenios de la Administración es útil en tanto permite identificar los obstáculos que la actuación informal de concertación, tomando como ejemplo los Convenios de PML, encuentra en el ordenamiento interno para encajar dentro del sistema de actos jurídico-públicos, en este caso en la figura de contrato estatal. Como se expuso, no existe un acuerdo doctrinal que admita que los convenios administrativos llenan la forma de un contrato estatal propiamente dicho. Pues bien, podría argumentarse que gracias a **los especiales atributos de las actuaciones informales de concertación, éstas son convenios de la Administración en tanto se fundamentan en el acuerdo de voluntades entre las autoridades y la ciudadanía participante, que persiguen un fin jurídico-público, independientes y adicionales al contrato estatal.**

En consecuencia, se entiende que **los acuerdos suscritos en el marco de la PPML y, en general, en cumplimiento de la función administrativa en lo ambiental, son convenios informales administrativos, por tanto no regulados por el Estatuto contractual** definidos como: acuerdos de voluntades entre entidades públicas y personas privadas para coordinar esfuerzos en la obtención de intereses mutuos relacionados con la protección ambiental, que a su vez redundan en beneficio del interés público.

Adicionalmente, debe resaltarse que la doctrina interna a favor del reconocimiento de los convenios de la Administración como contratos estatales autónomos, subraya que este acuerdo de voluntades tiene efectos jurídicos vinculantes en aquellas oportunidades en las cuales no existe un régimen positivo especial (Chávez, 2008). Sin asumir esta posición doctrinal, en lo referente a la vinculación de la actuación informal de concertación a los

contratos estatales, es pertinente citar las reflexiones teóricas como contribución al análisis de la coercibilidad de los procesos de concertación informal.

El profesor Chávez (2008, págs. 89-90) considera que los *acuerdos* interadministrativos y los acuerdos administrativos son vinculantes⁹⁷⁰. Esta afirmación además de apoyarse en el principio *pacta sunt servanda*⁹⁷¹, se deriva del estudio de los escasos fallos que la jurisdicción ha proferido en la materia, teniendo en cuenta que en pocas ocasiones el incumplimiento de los compromisos convenidos en actuaciones informales son exigidos judicialmente provocando jurisprudencia específica, dado que en la mayoría de los casos se solucionan a través de vías amigables de solución de conflictos⁹⁷².

En uno de los pocos casos que ha conocido la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional, las dos altas Cortes coincidieron en la obligación de la Administración de cumplir con los compromisos pactados, sin hacer distinción entre sí se está en presencia de un convenio o contrato administrativo. Se trata del caso de la comunidad indígena Wayúu, representada por la Procuraduría General de la Nación, contra la Nación y el Instituto de Fomento Industrial –IFI-. En este litigio la comunidad Wayúu reclamó por medio de la acción

⁹⁷⁰ De la misma opinión es el profesor venezolano Brewer-Carías (1978, págs. 151-152), quien desde 1978, ya sostenía la existencia de este tipo de convenios que deberían ser considerados como verdaderos contratos: “Pero, en segundo lugar, frente a estas figuras contractuales tradicionales, en las relaciones Administración-Administrados comienza a aparecer nuevas formas contractuales, denominados Acuerdos, Convenios o Concierdos y las cuáles, en general, no encuentran paralelo en el derecho contractual privado porque el vínculo jurídico que establecen y regulan no suponen colaboración patrimonial entre partes, sino, en realidad, un acuerdo para fijar la medida de una sujeción jurídico-pública o de una ventaja también jurídico-pública, establecida legalmente (...) No se trata de que en estos contratos se establezcan los poderes de la Administración: estos preexisten, pero por la debilidad de la acción unilateral en el cumplimiento de ciertos cometidos en el campo económico, o, al contrario, por el esfuerzo de la Administración de promover la participación de los particulares en las tareas comunes, los entes públicos han recurrido a estos acuerdos con los particulares, como una técnica de Administración: la Administración mediante convenios (...) Por supuesto, en estas figuras negociales, la Administración, evidentemente, no procura proveerse de bienes y servicios, es decir, no establece una relación patrimonial, pero no por ello, dejan de tener carácter contractual. Son auténticos contratos de la Administración, ciertamente nuevos, que al estudiar la evolución del concepto de contrato administrativo, no podemos ignorar”.

⁹⁷¹ “Es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato” (Consejo de Estado de Colombia, Consejo de Estado, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 18 de septiembre de 2003, radicado: 151192003).

⁹⁷² Se citan los casos que han sido objeto de revisión jurisprudencial. Estos corresponden al convenio administrativo suscrito por la Nación y la comunidad Wayúu (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007 de 1995, 1995), y los convenios interadministrativos revisados en los fallos del Consejo de Estado: Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 12 de diciembre de 1996, radicado: 8752; Sentencia de la Sección Primera de 3 de noviembre de 1995 radicado: 3283; Sentencia de la Sección Primera AC-4649 de 24 de abril de 1997.

de tutela el cumplimiento del convenio suscrito con la Nación y el IFI como vía idónea para proteger los derechos fundamentales de la comunidad⁹⁷³.

De acuerdo con el convenio suscrito en el mes de julio de 1991, la Comunidad Indígena Wayúu, la Nación y el IFI convinieron una serie de actividades dirigidas a otorgar trabajo, seguridad social y servicios públicos a la Comunidad; la construcción de un hospital y de un centro educativo; el suministro de agua para consumo en el área ocupada por dicha comunidad y la posibilidad de mantener el sistema de recolección manual de la sal. Este convenio no hizo una mención expresa del régimen jurídico aplicable.

En una primera instancia legal, la acción de tutela fue conocida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca quien tuteló los derechos fundamentales de la Comunidad indígena ordenando a la Nación y al IFI, el cumplimiento del convenio suscrito. En segunda instancia, el Consejo de Estado conoció del recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas y, aunque resolvió revocar la sentencia de primera instancia, se pronunció sobre la obligación de la Administración de cumplir con los convenios que suscribe:

Finalmente, quiere la Sala dejar en claro que el Acuerdo suscrito el 27 de julio de 1991 entre el Estado y la Comunidad Wayúu debe ser cumplido por el Gobierno en los términos convenidos. Pero su cumplimiento no puede lograrse a través de la vía de la tutela porque escapa a sus alcances y cometidos. No puede aceptarse que sea un acuerdo más de demagogia circunstancial para aplacar momentáneamente un descontento social. Los acuerdos se hacen para ser cumplidos

⁹⁷³ La Sentencia T-007 de 1995 de la Corte Constitucional resume los hechos objeto del conflicto: “La población indígena Wayúu, se encuentra asentada desde hace mucho tiempo en la Península de la Guajira y se ha dedicado al pastoreo, la horticultura y la explotación artesanal de la sal. Por primera vez, en 1920, recibió atención y apoyo del Estado para el desarrollo de esta última actividad; apoyo que continuó por intermedio de la Concesión Salinas que se creó, con la participación del IFI, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 41 de 1968. - Con el correr del tiempo y por la ocurrencia de distintas dificultades y necesidades, se firmó el acuerdo del 27 de julio de 1991 entre los representantes del Gobierno, del IFI-Concesión Salinas y la Comunidad Indígena Wayúu de Manaure. En el mencionado acuerdo se previó la constitución de una Empresa de Economía Mixta con la participación de dicha comunidad en un 25% del capital social y un Fondo de Bienestar Social y Desarrollo bajo el control pleno de la comunidad, el cual estaría conformado por aportes y recursos específicamente determinados.- El Decreto 2818 de 1991, dispuso la liquidación del contrato de Concesión Salinas autorizado por la Ley 41 de 1968 y autorizó la creación de una nueva sociedad bajo la denominación de "Salinas Marítimas y Terrestres de Colombia S.A.", cuyo proyecto de constitución fue elaborado por el comité técnico creado para el efecto.- En razón del proceso de liquidación de la empresa Concesión Salinas, decayó toda la infraestructura de la explotación de la sal, lo cual implicó el incumplimiento por aquélla de los compromisos adquiridos con la comunidad Wayúu, vinculada directa o indirectamente a la explotación de la sal, con el consiguiente deterioro de las condiciones de vida de sus miembros y el desconocimiento de sus derechos fundamentales (...) - El incumplimiento del acuerdo determinó el desconocimiento de los aludidos derechos fundamentales a la Comunidad Indígena Wayúu. En efecto, se dispuso el cierre del hospital, se prohibió la extracción paralela de la sal y no se proveyó lo necesario para suministrar agua potable y educación a la población Wayúu”.

y el Estado debe dar ejemplo de ese cumplimiento. (Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 14 de julio 1994, 1994).

Posteriormente, el fallo de tutela del Consejo de Estado fue revisado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-007 de 1995. En este fallo, la Corte consideró que, a pesar de existir otras vías judiciales para exigir el cumplimiento contractual de la Administración, los compromisos suscritos en el acuerdo se constituyen en el medio más idóneo y expedito a través del cual se puede obtener la defensa de los derechos fundamentales de la Comunidad. En consecuencia, decide revocar el fallo del Consejo de Estado y exigir el cumplimiento del convenio suscrito⁹⁷⁴. Cabe resaltar, que en concordancia con el Consejo de Estado, la Corte Constitucional llama la atención sobre la obligación del Estado de cumplir con los compromisos en el marco del Estado Social de Derecho:

El incumplimiento de este tipo de obligaciones, resta credibilidad y legitimidad a la acción del Estado, frustra las aspiraciones legítimas de la comunidad, alienta las soluciones violentas a sus reclamaciones y, además, es contrario a la filosofía que emana del preámbulo de la Carta y al principio de la buena fe (art. 83). El Estado Social de Derecho no sólo demanda de éste la proyección de estrategias para dar soluciones a las necesidades básicas de la comunidad en lo social y en lo económico, sino que exige acciones concretas para satisfacerlas; por lo tanto, la oferta o el compromiso estatal para atender en concreto dichas necesidades requiere ser traducido a la realidad, más aún cuando se trata de proteger o amparar derechos fundamentales.

El cumplimiento de esas obligaciones, en cuanto contribuyan a realizar efectivamente los derechos fundamentales, puede demandarse a través de la acción de tutela, no propiamente porque el respectivo convenio o acuerdo creó el derecho fundamental, pues éste ya aparece determinado en el ordenamiento constitucional, sino porque la unión de las voluntades -la

⁹⁷⁴ ... la solución de las referidas controversias puede obtenerse a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, bien sea acudiendo al proceso de ejecución con miras a obtener el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato o promoviendo la correspondiente acción contractual con arreglo a las previsiones contenidas en el artículo 87 del C.C.A.

No existe en el caso concreto un medio alternativo de defensa judicial, porque ni la acción de ejecución ni la acción contractual para obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la consecuencial responsabilidad, que serían formalmente las indicadas para lograr la satisfacción de los derechos derivados del mismo, se juzgan idóneas para amparar los derechos fundamentales, pues tales acciones tienen un contenido eminentemente patrimonial y en todo caso no fueron instituidas para la protección de tales derechos (...) En el supuesto de que se pudiera acudir a una acción para lograr la ejecución del Convenio aludido, la decisión final, y en el entendido de que ella entrañara una decisión estimatoria de las pretensiones, sólo podría definirse probablemente después de muchos años, cuando lo crítico y conflictivo de la situación social que confronta la comunidad, reclama unas definiciones ágiles, porque de otro modo, es bien probable que la situación desemboque en la asunción de rumbos desesperados, o, peor aún, en la amenaza de la propia integridad étnica y cultural de la comunidad Wayúu.

La consideración de esas eventualidades, por remotas que parezcan, no pueden ser ajenas a las preocupaciones del Estado, ni esquivarse dentro del análisis de esta providencia (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007 de 1995, 1995).

estatal y la de la comunidad- se constituye en un instrumento de determinación, concreción y materialización del derecho, que le imprime un vigor adicional para su exigibilidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007 de 1995 , 1995).

Los fallos jurisprudenciales estudiados, si bien no tratan sobre el régimen jurídico aplicable a los procesos informales de concertación y las acciones judiciales idóneas para la reclamación del cumplimiento de los compromisos suscritos, sí que apoyan la tesis de este trabajo. Tesis que defiende que **la Administración está obligada a cumplir de manera estricta con los principios de la función administrativa en el marco del Estado Social de Derecho, tanto en la ejecución de las actividades formalmente regladas, como las que no lo están**, pero que son producto de su capacidad de innovación y de búsqueda de solución o trámite eficaz de los asuntos ambientales.

Con este marco jurídico, y tal como queda sustentado en el fallo constitucional citado, a la Administración le está prohibido vulnerar derechos fundamentales con base en la negación de la coercibilidad jurídica de los pactos que ella misma suscribe; aceptar esta tesis sería convenir en la existencia de actos de la Administración sin control, en los cuales se permite su actuación arbitraria, tesis revaluada en el marco del Estado Social de Derecho. Este precedente jurisprudencial complementa el tratamiento que sobre el tema se hizo en el Capítulo 3 (D-II, 5), sobre la aplicación del principio de confianza legítima a la actuación informal de concertación.

En síntesis, se considera **que la calificación de actuación informal no necesariamente tiene como consecuencia la no generación de efectos jurídicos, la imposibilidad de establecer un régimen jurídico mínimo aplicable y una eventual reclamación judicial del cumplimiento de los compromisos pactados. En este caso, son aplicables las reflexiones sobre los criterios de conducta o parámetros de la Administración reforzados por el enfoque de los principios de gobernanza.**

Tales parámetros de conducta **comprenderían el régimen jurídico mínimo aplicable a los diferentes tipos de concertación informal conformado por los principios de participación, igualdad y no discriminación, proporcionalidad, eficacia, transparencia y rendición de cuentas** tratados en el Capítulo 3 (D-II) y la propuesta de principios y reglas mínimas, que para el caso colombiano, se derivan del precedente constitucional. A partir de

estos principios, deberán interpretarse las reglas de los espacios deliberativos construidas por los actores, los fines y compromisos pactados a fin de establecer el régimen obligacional aplicable y sus efectos jurídicos.

II. SOBRE LA COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA FORMULACIÓN Y SUSCRIPCIÓN DE MECANISMOS DE CONCERTACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL

La actuación informal de concertación de la Administración en materia ambiental se lleva a cabo de manera similar y paralela a la actuación formalmente reglamentada. Por consiguiente, siempre es ejecutada por las autoridades con competencia para conocer de los asuntos objeto de acuerdo.

La Ley 99 de 1993 creó la organización institucional ambiental y el régimen de competencias a su cargo, bajo el cual se regulan las funciones del Ministerio como autoridad nacional y de las CAR como autoridades ambientales en lo regional⁹⁷⁵. Entre las funciones reguladas se consignan las dirigidas a establecer, promover y desarrollar mecanismos de concertación de la Administración pública con el sector privado.

Ésta es la única norma nacional que hace mención a la competencia especial de las autoridades de crear mecanismos de concertación o celebrar convenios en materia ambiental. Las demás normas se refieren de manera general al tema de contratación estatal como se examinó anteriormente. Aunque ya citado en este trabajo, por su importancia en el caso, se reitera el contenido del artículo 5 numeral 32 de la Ley 99 de 1993 que otorga la competencia citada al Ministerio (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993):

32) Establecer mecanismos de concertación con el sector privado para ajustar las actividades de éste a las metas ambientales previstas por el Gobierno; definir los casos en que haya lugar a la celebración de convenios para la ejecución de planes de cumplimiento con empresas públicas o

⁹⁷⁵ La Ley 99 de 1993 fue adicionada por la Ley 1444 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011) y el Decreto 3570 de 2011 (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2011), con el objeto de crear el nuevo Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como “rector de la gestión del ambiente y de los recursos naturales renovables” e integrar el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible, conformado por el Ministerio, las entidades vinculadas y adscritas del orden nacional.

privadas para ajustar tecnologías y mitigar o eliminar factores contaminantes y fijar las reglas para el cumplimiento de los compromisos derivados de dichos convenios. Promover la formulación de planes de reconversión industrial ligados a la implantación de tecnologías ambientalmente sanas y a la realización de actividades de descontaminación, de reciclaje y de reutilización de residuos.

En el caso de las CAR, el artículo 31 numerales 3 y 6 de la Ley 99 de 1993 regula sus funciones en esta materia:

3) Promover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables; (...)

6) Celebrar contratos y convenios con las entidades territoriales, otras entidades públicas y privadas y con las entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de ejecutar de mejor manera alguna o algunas de sus funciones, cuando no correspondan al ejercicio de funciones administrativas.

Dada la generalidad de las normas citadas, la Administración posee la habilitación legal general para suscribir los convenios que crea convenientes para ejercer su actividad. Por tanto, no existe una restricción a la celebración de acuerdos informales, tales como los mecanismos de PML⁹⁷⁶.

Igualmente, esta habilitación legal general se ajusta a los atributos de la actuación informal de concertación, en tanto ésta no necesariamente está relacionada con un acto jurídico-público. En efecto, no es ejecución de un acto administrativo, pero tampoco es un acto preparatorio que requiere de una forma principal para adquirir relevancia en el ordenamiento jurídico. Se trata entonces de una actuación autónoma.

Especialmente en el caso de las Guías Ambientales, el Ministerio se ha pronunciado sobre su fundamento jurídico. El Concepto Jurídico No. 24882 del MADS reconoce:

Frente a las Guías Ambientales indicadas en el literal a) es pertinente señalar que el sustento legal de las mismas está enmarcado en el Decreto-Ley 3570 de 2011 en concordancia con la Ley 99 de

⁹⁷⁶ La consagración de estas competencias generales para alcanzar el fin de protección del medio ambiente y de garantizar la participación de la ciudadanía en las decisiones que pueda afectarla (art. 2 C.P.), es un claro ejemplo de las consideraciones que en el Capítulo 3 (3.3.4.) se hicieron sobre la vinculación de la administración al principio de legalidad, en especial al diseño actual de la Ley, en tanto se caracteriza por su programación finalística y falta de precisión material. Al respecto: Schmidt Assmann (2003, pág. 206); Arroyo (2009, pág. 27); y Agudo (2011a, pág. 27).

1993, a través de los cuales este Ministerio como organismo rector de la gestión ambiental, tiene entre sus funciones, definir los instrumentos administrativos y mecanismos necesarios para prevenir y controlar factores de deterioro ambiental, a la vez que establecer mecanismos de concertación con el sector privado y los diferentes sectores productivos, con el fin de introducir la dimensión ambiental en sus diferentes actividades (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013).

El análisis de las disposiciones de la Ley 99 de 1993 y del Decreto-Ley 3570 de 2011 indica que las autoridades ambientales tienen una amplia competencia para establecer mecanismos de concertación y las reglas de su ejecución con ciertos requisitos mínimos. El alcance de esta normativa comprende la determinación de la competencia, el objeto y las partes que pueden participar y la libertad de la Administración para establecer los tipos de concertación y los casos en los que operan. Los fundamentos legales serían los siguientes:

- Regulación y ejecución de cualquier tipo de mecanismo de concertación para alcanzar las metas ambientales planeadas por el Gobierno. El artículo 5 numeral 32 de la Ley 99 de 1993 no limita los tipos de mecanismos a establecer a los reglamentados, por lo que pueden ser implementadas varias formas de concertación. Por lo tanto, las actuaciones informales, como los Convenios de Concertación o las Agendas y Guías Ambientales, serían algunos de los mecanismos autorizados por la norma.

La regulación y ejecución de actuaciones informales de concertación a partir de su fundamento legal general deberá cumplir con los principios de la función administrativa ampliados por la interpretación sistemática que se hace de ellos a partir de los principios del Derecho Ambiental y su reforzamiento con los principios de gobernanza (*Vid.* Cap. 3. C-IV).

- El objeto de los mecanismos de concertación es “ajustar las actividades del sector privado a las metas ambientales previstas por el Gobierno”, con lo cual la Ley actúa como fuente habilitante para que el Gobierno a través de las políticas públicas diseñe y ejecute los instrumentos adecuados para alcanzar los objetivos propuestos.

Se considera que los instrumentos adecuados son espacios de concertación o deliberación en las que la Administración debe poner a disposición todos los recursos institucionales necesarios para su efectiva realización.

- Las partes que pueden participar en los mecanismos de concertación son tanto las entidades públicas, entre ellas las entidades territoriales, como las entidades privadas con y sin ánimo de lucro⁹⁷⁷, y la comunidad en general. En el caso de las entidades públicas, según el artículo 31 numeral 6 de la Ley 99 de 1993, el fin de los convenios es coadyuvar en la mejor ejecución de sus funciones, siempre que “no correspondan al ejercicio de funciones administrativas”, esto es, que el convenio suscrito no puede servir para delegar o suplantar funciones propias de las entidades parte. Su único fin es la colaboración en el cumplimiento de las funciones ambientales.

Con respecto a los convenios con el sector privado, las autoridades ambientales no pueden transigir sobre funciones propias de la Administración, y debe corresponder al ajuste de sus actividades productivas a las metas ambientales fijadas por el Gobierno.

Se sugiere la posibilidad de incluir dentro de estos mecanismos de concertación a la comunidad en general, de conformidad con el marco jurídico de la participación ambiental en Colombia, sino, además, con fundamento en lo prescrito en artículo 31 numeral 3, que exige a las CAR “la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables”.

- Por último, la Ley 99 de 1993 le otorga al Ministerio la competencia para definir los casos en que haya lugar a la celebración de convenios y fijar las reglas para el cumplimiento de los compromisos que se deriven de los mismos.

Las disposiciones legales estudiadas son precedentes a la formulación de la PPML y de sus acciones estratégicas, como el diseño y ejecución de los Convenios de Concertación y de las Guías Ambientales. Acorde con estas normas, el Ministerio tendría una amplia competencia para la formulación de estos mecanismos de concertación en el año de 1995. En este orden de ideas, debe resaltarse que aunque la Ley 99 de 1993 fijó las reglas mínimas a las que debían ajustarse los mecanismos de concertación, no obligó expresamente a las autoridades ambientales a regular jurídicamente el procedimiento que debían seguir.

⁹⁷⁷ Las entidades sin ánimo de lucro siempre que su objeto sea la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.

En tal caso, la Ley hubiera podido establecer el régimen al que se ajustarían por ejemplo los convenios y exigir que estos tuvieran el mismo tratamiento legal de los contratos administrativos, pero no fue así, y dejó abierta la posibilidad de celebrar uno u otro a discrecionalidad de la Administración. Según la redacción de la norma, el Gobierno tiene plena libertad de configuración de los mecanismos de concertación, razón por la que su actividad en este tema es conforme a Derecho y no puede catalogarse como una vía de hecho, claro está, siempre que se cumplan los requisitos mínimos que establece la Ley 99 de 1993 y la Ley 80 de 1993 en lo pertinente, según lo expuesto en el acápite anterior.

No obstante, existen opiniones que difieren en parte con la anterior interpretación legal. El exsecretario general del MMA⁹⁷⁸ de la época, Dr. Luís Fernando Macías Gómez (F. Macías, entrevista personal, 15 junio de 2011) afirmó en su momento que si bien estaba consignada en la Ley 99 de 1993 la función del Ministerio de establecer convenios de PML, esta función requería una reglamentación previa. De acuerdo con esta posición, los convenios debían tener la naturaleza jurídica de contratos administrativos regulados por la Ley 80 de 1993, así no contengan contenido económico, teniendo en cuenta que la Administración no tiene facultades para la firma de documentos sin una clara configuración legal. Según las consideraciones citadas, esta postura no acepta la existencia de una competencia general de la Administración para establecer los mecanismos de concertación que crea convenientes, siempre que éstos sean asumidos como convenios administrativos que se rigen por los principios de contratación estatal de la Ley 80 de 1993 y los principios de la función administrativa.

Al contrario de la opinión citada, se asume que la Ley 99 de 1993 estableció una competencia amplia y general para crear mecanismos de concertación a las autoridades ambientales, sin supeditar tal facultad a una reglamentación previa. En efecto, la Ley faculta a la Administración para concertar con personas privadas, con vinculación voluntaria, en aras de alcanzar los fines establecidos en las políticas públicas.

Al respecto puede sostenerse que, con la falta de una regulación previa para cumplir con la función de crear mecanismos de concertación por parte de las autoridades ambientales, se corre el riesgo de una extralimitación de competencias de la Administración y, por ende, una

⁹⁷⁸ El Dr. Macías Gómez ocupó el cargo de Secretario General del Ministerio de Medio Ambiente durante el período de 1994-1997.

probable violación de derechos. En tal caso, no debe olvidarse que esta competencia general que permite una actividad flexible de la Administración, como toda función administrativa debe cumplirse en el marco del Estado Social de Derecho y por tanto, está inescindiblemente vinculada con la obligación de garantizar los derechos de la ciudadanía, en especial el derecho a un ambiente sano y a la participación⁹⁷⁹.

Así las cosas, las actuaciones informales de concertación de la Administración deben ejecutarse tanto dentro de los límites, como de las amplias vías de acción de las que goza el Estado a fin de hacer vigente el mandato constitucional de garantía de los derechos humanos. En tal sentido, dado que han sido las políticas públicas en materia ambiental las que han promovido de manera específica la actividad informal de concertación de la Administración, deben privilegiar tal mandato y enfocar sus fines y acciones prácticas a su realización efectiva⁹⁸⁰. Como se aprecia, los mecanismos de concertación estudiados son un caso de aplicación de la teoría sobre la vinculación negativa de la Administración a la Ley estudiada para el ámbito colombiano en el Capítulo 3 (C-IV, 1).

1. OBJETO DE LOS CONVENIOS DE CONCERTACIÓN PML O AGENDAS AMBIENTALES Y GUÍAS AMBIENTALES

En concordancia con los planteamientos precedentes, el objeto de los convenios de concertación PML/Agendas y Guías Ambientales halla su fundamento en lo consignado en la Ley 99 de 1993 y la finalidad constitucional de protección del ambiente. En consecuencia, **los mecanismos de concertación ambiental son la manifestación de una actividad**

⁹⁷⁹ Al respecto se trató en el Capítulo 3 de esta investigación.

⁹⁸⁰ Sobre el particular, es importante destacar la teoría actual del Enfoque de Derechos para la formulación y ejecución de las políticas públicas, promovida tanto por el Sistema Universal como Regional de Derechos Humanos. No siendo este el objeto de esta tesis, se cita a manera de ilustración una definición que resume los objetivos de este enfoque: "... en el ámbito específico de los derechos humanos, es posible argumentar que una política pública con enfoque de derechos humanos es aquella que se diseña con fundamento en los contenidos de los derechos y que dispone de planes, programas, proyectos y recursos para implementar acciones concretas para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado en la materia. De esta aproximación parece claro que la sola enunciación de los principios de derechos humanos no configura la esencia de una política con enfoque de derechos y que las acciones que no se puedan definir técnicamente o que sean insostenibles desde el punto de vista financiero tampoco la plasman. En suma, una política pública con enfoque de derechos se caracteriza por (i) ser plenamente coherente con el respeto, protección y garantía de los derechos humanos asumidos conforme con los principios de universalidad, interdependencia y no discriminación; (ii) por formular estrategias técnicamente posibles de implementar; y (iii) por ser factible y sostenible desde el punto de vista financiero" (Pérez L., 2007, pág. 78).

administrativa guiada por el principio de eficacia que centra su interés en alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, incluso innovando las formas jurídicas de actuación, en este caso a través de actuaciones informales de concertación⁹⁸¹.

a) Convenios de concertación PML o Agendas Ambientales

Sobre el objeto específico de los convenios, esto es, los derechos y obligaciones que se derivan del acuerdo de voluntades, las políticas estudiadas no hacen una referencia expresa a este asunto, a diferencia de la Ley 99 de 1993. Desde nuestro punto de vista, esta Ley, al definir las funciones del Ministerio, estableció dos tipos de convenios dependiendo de las obligaciones a convenir.

Como se señaló anteriormente, el artículo 5 numeral 32 de la Ley 99 de 1993 otorgó la competencia a la Autoridad Ambiental para crear mecanismos de concertación o convenios en dos casos: el primero, para ajustar las actividades del sector privado a las metas ambientales previstas por el Gobierno y, el segundo, para la ejecución de planes de cumplimiento con empresas públicas o privadas en el que se acuerde ajustar tecnologías y mitigar o eliminar factores contaminantes⁹⁸².

El primero de los casos corresponde a los objetivos y metas trazados por la PPML y la PPyCS, y demás políticas en materia ambiental, teniendo en cuenta que los convenios se diseñaron como una de las herramientas de trabajo conjunto entre el sector público y privado

⁹⁸¹ El Derecho Ambiental deriva sus fines de las declaraciones programáticas del Estado Social de Derecho en las que haya su fundamento dogmático y de donde se despliega el conjunto normativo que lo regula. Para efectos de este trabajo, nos referimos a un ordenamiento jurídico que establece los fines, principios y reglas para el ejercicio de una función y actividad administrativa que genera escenarios participativos como medios efectivos para alcanzar el interés general. En este contexto, el elemento finalístico incurso en la cláusula del Estado Social de Derecho implica la eficacia de la función administrativa (Santofimio, 1996, pág. 425): ...hace que el Estado deba procurar hacer efectivas sus decisiones sociales: esto es, debe ser eficaz en la materialización de las finalidades propuestas. De aquí que se plantee dentro del Estado social de derecho, la necesidad de medir y cuantificar su eficacia y, obviamente, en razón de la naturaleza finalística del mismo, medir los resultados obtenidos. En el mismo sentido Schmidt Assmann (2003, pág.51) cuando afirma “las normas constitucionales que contienen o regulan los *objetivos y fines* del Estado condicionan también la teoría de las funciones administrativas”.

⁹⁸² “Ley 99 de 1993, artículo. 5. Funciones del Ministerio. Corresponde al Ministerio del Medio Ambiente...32) Establecer mecanismos de concertación con el sector privado para ajustar las actividades de éste a las metas ambientales previstas por el Gobierno; definir los casos en que haya lugar a la celebración de convenios para la ejecución de planes de cumplimiento con empresas públicas o privadas para ajustar tecnologías y mitigar o eliminar factores contaminantes y fijar las reglas para el cumplimiento de los compromisos derivados de dichos convenios...” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993). Subrayado fuera de texto.

para lograr los propósitos que se proponen estos instrumentos públicos. El principio de concertación en la PPML destaca esta finalidad de los convenios: “Mantener la *concertación*, en la relación regulador-regulado, como mecanismo de diálogo continuo y constructivo, para alcanzar objetivos y metas más próximos a la realidad del país y garantizar la aplicabilidad de esta política” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 29)⁹⁸³.

En este tipo de convenios se parte de la base del cumplimiento legal ambiental por el sector privado que se invita a concertar objetivos y metas que proponen las políticas gubernamentales y que, por tanto, van más allá de las obligaciones impuestas por la Ley⁹⁸⁴. Así lo consignan en su objetivo general gran parte de los convenios firmados durante la ejecución de la PPML. Un ejemplo de ello es el Convenio entre el subsector productor de panela y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR, MAVDT, & FEDEPANELA, 2006, pág. 7):

OBJETIVO GENERAL. Adoptar acciones concretas por parte del subsector de producción de panela, tendientes a la mejora de su desempeño ambiental, con énfasis en la prevención de la contaminación y la ecoeficiencia, logrando así, avanzar más allá de lo establecido por la normatividad ambiental vigente, contribuyendo a la competitividad sectorial y garantizando la sostenibilidad de la base natural de la región sobre los cuales tiene influencia este sistema productivo. (Subrayado fuera de texto).

⁹⁸³ Así lo establece por ejemplo el objetivo general del convenio de PML entre CORNARE y la Corporación Empresarial de Oriente (CEO): “Establecer de común acuerdo entre las partes unas líneas estratégicas de aplicación de la política de producción más limpia en las empresas vinculadas a la Corporación Empresarial del Oriente Antioqueño, que delimiten el derrotero de trabajo conjunto a seguir en los próximos cinco años en la región” (Cornare, MAVDT, & CEO, 2007, págs. 3-4). En el mismo sentido se firmó el “Convenio Empresarial Aburrá Norte”, que cuenta con veinte empresas asentadas en los municipios de Bello, Copacabana, Girardota y Barbosa y dos autoridades ambientales competentes de la zona de influencia: el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y La Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, Corantioquia (Vásquez, 2009, pág. 77).

⁹⁸⁴ Al respecto, incluso la PPML en sus consideraciones generales se impone como una meta avanzar más allá de las propias metas de la producción más limpia: “Esta Política se estructura sobre la concepción de un desafío de largo plazo, amplio, pretendiendo no sólo contribuir con los objetivos particulares del tema de producción más limpia, sino ir más allá, como se plantea en el objetivo global. Se orienta principalmente hacia los sectores productivos del país, (incluyendo los responsables de la prestación de servicios), con aplicación en todas las actividades productivas y de operación, concebidas dentro su ciclo de vida” (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 25). Igualmente, este es el propósito de la actividad concertadora del Área Metropolitana del Valle de Aburrá como Autoridad Ambiental: “El cumplimiento de la normatividad ambiental vigente en el país se constituye en una obligación tanto para los ciudadanos como para las empresas. La producción más limpia va mucho más allá y entiende el cumplimiento de la misma como un hecho. Mediante la implementación de este modelo de producción se dan pasos importantes en términos de uso eficiente de recursos, tales como ahorro de agua, ahorro de energía, manejo eficiente de materias primas y gestión adecuada de residuos sólidos, todos estos ítems importantes dentro de la implementación de prácticas de producción más limpia” (Vásquez, 2009, pág. 77).

Por tanto, estos convenios contienen objetivos específicos y compromisos relacionados con el logro de las metas gubernamentales y, en tal sentido, su mayor responsabilidad es colaborar con el mejoramiento de la gestión pública ambiental. Dentro los objetivos específicos, estos instrumentos consignan la implementación de alternativas de PML, mecanismos de autogestión con el establecimiento de indicadores y metas, consolidación de espacios de concertación entre la Administración y las empresas⁹⁸⁵.

Los compromisos se establecen de acuerdo con un diagnóstico ambiental previo del sector productivo en el que se determinan las metas de gestión de cada uno de los aspectos ambientales que involucra la actividad de las empresas. En general el sector productivo se compromete a identificar y evaluar la viabilidad técnica y económica de las alternativas de PML, implementar programas de gestión ambiental, establecer mecanismos de seguimiento y control, presentar informes sobre indicadores y cumplimiento de metas, asistir a capacitaciones y apoyar las investigaciones sobre PML, mediante el aporte de información y financiación económica.

Por su parte, la Autoridad Ambiental se compromete a fomentar programas de capacitación y sensibilización en PML e intermediar en la ejecución de estos programas con otras entidades públicas o privadas, difundir información sobre proyectos de normativa ambiental, promover la investigación e intercambio de experiencias en PML, revisar expedientes legales de las empresas para determinar su estado de actualización, la promoción de incentivos económicos y el seguimiento y control del cumplimiento de los compromisos⁹⁸⁶.

Otras entidades como las universidades, federaciones de empresarios, el Centro Nacional de Producción más Limpia o entidades públicas dedicadas a la investigación y capacitación como el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) apoyan estos convenios. Su colaboración se centra en la difusión de información, el intercambio de experiencias, la asesoría y el desarrollo de investigación en alternativas de PML.

⁹⁸⁵ Todos los convenios presentan una redacción estándar de sus objetivos generales y específicos, con mínimas variaciones, debido a ciertas directrices del MAVDT sobre su contenido y a su revisión posterior antes de la firma por el mismo Ministerio.

⁹⁸⁶ Esta descripción de compromisos se hace a partir de los convenios de PML suscritos por las autoridades ambientales de Corporación Autónoma Regional del Río Negro y Nare (CORNARE), Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA), y Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR).

b) Convenios para la ejecución de planes de cumplimiento

De otro lado, el segundo tipo de convenios consignado en la Ley son los dirigidos a la ejecución de planes de cumplimiento con empresas públicas o privadas con el objeto de acordar el ajuste de tecnologías y mitigar o eliminar factores contaminantes (Ley 99 de 1993, 1993, art. 5. núm. 32). De acuerdo con el contenido de la norma, estos convenios tienen como fin establecer procesos de concertación para determinar las condiciones y plazos para el cumplimiento de requisitos legales, que exigen el ajuste tecnológico, la mitigación o eliminación de acciones que impactan negativamente el ambiente.

Estos convenios guardan relación con los planes de cumplimiento regulados por la normativa ambiental colombiana en materia de vertimientos líquidos⁹⁸⁷ y emisiones atmosféricas, estos últimos no vigentes⁹⁸⁸. El Decreto 3930 de 2010 contempla los planes de cumplimiento para los casos en que siendo exigible el permiso de vertimientos y se verifique con base en estudios técnicos que no es viable el otorgamiento de esta autorización, se debe requerir un documento al solicitante en el que consten los proyectos, obras, actividades y buenas prácticas que garanticen el cumplimiento de la norma de vertimientos⁹⁸⁹.

Estos planes de cumplimiento no se otorgan como una forma de evadir las sanciones administrativas por la infracción a la Ley. El plan de cumplimiento se debe presentar por el solicitante y ser autorizado por la autoridad, sin perjuicio de estar en curso el proceso

⁹⁸⁷ Estos planes han sido reglamentados desde el año de 1984 en el caso de vertimientos líquidos por el Decreto 1594 de 1984 (Presidencia de la República de Colombia, 1984), modificado recientemente por el Decreto 3930 de 2010 (Presidencia de la República de Colombia, 2010).

⁹⁸⁸ De acuerdo con el artículo 144 del Decreto 02 de 1982 se entendía por el Plan de cumplimiento: “el programa mediante el cual se indican las acciones a seguir, los recursos a utilizar y los plazos indispensables para asegurar que una fuente fija artificial de contaminación del aire pueda cumplir con las normas establecidas en el presente decreto” (Presidencia de la República de Colombia, 1982). Este Decreto fue derogado por el Decreto 948 de 1995, art. 138 (Presidencia de la República de Colombia, 1995).

⁹⁸⁹ “Artículo 52. Modificado por el Decreto 4728 de 2010, artículo 4°. Requerimiento del Plan de Cumplimiento. Si de la evaluación de la información proveniente de la caracterización del vertimiento, así como de la documentación aportada por el solicitante, de los hechos y circunstancias deducidos de las visitas técnicas practicadas por la Autoridad Ambiental competente y del informe técnico, se concluye que no es viable otorgar el permiso de vertimiento al cuerpo de agua o al suelo, la Autoridad Ambiental competente exigirá al usuario la presentación de un Plan de Cumplimiento, siempre y cuando el vertimiento no se realice en cuerpos de agua Clase I de que trata el artículo 205 del Decreto 1541 de 1978.

El Plan de Cumplimiento deberá incluir los proyectos, obras, actividades y buenas prácticas, que garanticen el cumplimiento de la norma de vertimientos. Así mismo, deberá incluir sus metas, sus periodos de evaluación y sus indicadores de seguimiento, gestión y resultados con los cuales se determinará el avance correspondiente. En la resolución mediante la cual se exija el Plan de Cumplimiento, se deberán entregar los términos de referencia para la elaboración de la primera etapa, establecer las normas de vertimiento que deben cumplirse y el plazo para la presentación de la primera etapa del plan”. (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3930 de 2010, 2010).

sancionatorio ambiental⁹⁹⁰. De acuerdo con la normativa citada, los convenios de concertación que trata el artículo 5 de la Ley 99 de 1993, tendrían como objeto el acuerdo sobre la implementación de nuevas tecnologías y la reducción de actividades contaminantes a contemplarse dentro de los planes de cumplimiento de vertimientos.

Este tipo de convenios no han sido implementados formalmente por las autoridades o, al menos, en el texto de los convenios avalados por el Ministerio, no se hace explícito el acuerdo con las empresas sobre el específico caso de un plan de cumplimiento. La práctica de gran parte de las autoridades ambientales ha sido mantener los convenios de concertación para ejecutar las estrategias de la PPML y dejar aparte la exigibilidad y aprobación de los planes de cumplimiento⁹⁹¹.

No obstante el fin perseguido por la Ley y la Política a través de la concertación, es necesario citar la actividad de ciertas autoridades ambientales dirigida a la suscripción de convenios con el propósito de convocar al sector privado a cumplir la Ley. En estos convenios no se hace referencia expresa a la concertación de un plan de cumplimiento, sino al otorgamiento de plazos y ciertas facilidades a las empresas para que legalicen su situación con relación a los requisitos del ordenamiento ambiental.

En un principio, este tipo de convenios para el cumplimiento de la Ley incluían planes de manejo que, de acuerdo con la normativa ambiental, no eran exigibles a las empresas que firmaban el convenio, dado que su actividad no era objeto de licencia ambiental⁹⁹². Según la abogada Ángela Uribe (A. Uribe, entrevista personal, 10 de junio de 2011) hacia 1995 y 1996,

⁹⁹⁰ “Artículo 54. Modificado por el Decreto 4728 de 2010, artículo 5°. Plazos para la presentación de los Planes de Cumplimiento. Los generadores de vertimientos que no tengan permiso de vertimiento y que estén cumpliendo con el Decreto 1594 de 1984, tendrán un plazo de hasta ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto, para efectuar la legalización del mismo, sin perjuicio de las sanciones a las que haya lugar.

Los generadores de vertimientos que no tengan permiso de vertimiento y que no estén cumpliendo con el Decreto 1594 de 1984, tendrán un plazo de hasta ocho (8) meses, contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto, para presentar ante la Autoridad Ambiental competente, el Plan de Cumplimiento, sin perjuicio de las sanciones a las que haya lugar”. (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3930 de 2010, 2010). Subrayado fuera de texto.

⁹⁹¹ Conclusión a partir del estudio de los convenios revisados.

⁹⁹² Decreto 1753 de 1994 regulaba expresamente los casos en que se exigía estrictamente el documento de plan de manejo ambiental. Este plan era exigido para actividades objeto de licencia ambiental, y fue definido en esta norma como: “Es el plan que, de manera detallada, establece las acciones que se requieren para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos o impactos ambientales negativos causados en desarrollo de un proyecto, obra o actividad; incluye también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo y los de contingencia” (Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1753 de 1994, 1994, art. 1).

los industriales, ante los continuos controles de la Autoridad Ambiental, y con la expectativa de ser más competitivos y cumplir la normativa ambiental existente, que se caracterizaba por ser confusa y fragmentaria, suscribieron convenios o adoptaron planes de cumplimiento. En estos acuerdos las empresas se imponían sus propias metas de cumplimiento apoyadas muchas veces en el vacío normativo⁹⁹³.

Aunque la firma de convenios tuvo relativo éxito en su momento, debido a la adherencia de grandes sectores como el de producción de concreto, no constituyeron una defensa de las empresas infractoras de la Ley ambiental. En efecto, frente a las acciones judiciales interpuestas por las comunidades y los procesos sancionatorios que las autoridades ambientales iniciaron a causa de graves problemas de contaminación ambiental, hacer parte de un convenio de PML no servía de defensa a las empresas investigadas⁹⁹⁴.

En este sentido, el diagnóstico para la elaboración de la política de PML (Ministerio del Medio Ambiente, 1997, pág. 23) destacó en su momento tanto la importancia de los convenios para facilitar el cumplimiento de la normativa ambiental y acercar al diálogo a las autoridades y el sector privado, como los obstáculos para su cumplimiento:

- Parte de la regulación y los estándares ambientales no son consistentes ni coherentes.
- No se han establecido metas de calidad ambiental.
- En la mayoría de los sectores productivos y corredores industriales, se desconoce la situación tecnológica y ambiental actual.
- Es escaso el conocimiento de alternativas de producción más limpia disponible y aplicable en cada actividad productiva.
- Persisten debilidades en la capacidad institucional de las autoridades ambientales.
- Aún se está en el proceso de crear las condiciones para incentivar la adopción de procesos de operación y producción más limpios.
- Se están definiendo los mecanismos y herramientas para el seguimiento y evaluación de los convenios.

⁹⁹³ Esta misma experiencia es relatada por el abogado Luís Fernando Macías como ex secretario general del Ministerio de Medio Ambiente y como actual gerente de la primera firma de abogados fundada en el país solo para tratar asuntos en Derecho Ambiental (F. Macías, entrevista personal, 15 de junio de 2011).

⁹⁹⁴ De acuerdo con la experiencia de la abogada Ángela Uribe (A. Uribe, entrevista personal, 10 de junio de 2011) un gran número de empresas de concretos asociadas a ASOCRETO suscribieron convenios con el anterior Departamento Administrativo de Medio Ambiente (Gran Centro Urbano para el Distrito de Bogotá) con el fin de tener claras las obligaciones ambientales que por Ley debían cumplir, debido a que las normas de la época eran muy confusas y existía una gran presión de la comunidad sobre su actividad. El inconveniente de estos acuerdos fue la generalidad de los compromisos y la falta de control posterior por parte de la autoridad, lo que condujo a una serie de procesos sancionatorios en los cuales los convenios suscritos no eran una defensa efectiva.

Si bien la PPML resaltó en su diagnóstico la importancia que los convenios habían tenido para “facilitar” el cumplimiento de la Ley, la filosofía de los convenios adoptados por la Política no era alcanzar este cumplimiento, sino ir más allá de éste, mediante la adopción de tecnologías limpias y la sustitución de actividades contaminantes. Sin embargo, luego de expedida la PPML se suscribieron convenios con este claro objetivo por algunas autoridades como la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena⁹⁹⁵, de la Guajira y del Cesar⁹⁹⁶.

Estos convenios no hacen mención expresa al acuerdo sobre el cumplimiento de la ley en su objetivo general y específico, sino en los compromisos convenidos por las partes. Así, mientras en los objetivos del convenio se cita el apoyo y promoción del mejoramiento de la gestión pública por parte del sector privado mediante la adopción de métodos de PML para incrementar la eficiencia en el uso de materiales y energías, en los compromisos a los productores se les conceden plazos para diagnosticar su estado de cumplimiento legal y la “legalización” de las autorizaciones a las que haya lugar, con apoyo institucional⁹⁹⁷.

Sobre los procesos sancionatorios o de trámites en curso al momento del convenio, a los signatarios no se les exige de su responsabilidad, pero se guarda silencio sobre el inicio de nuevos procesos por las posibles infracciones que se identifiquen luego de establecer en el diagnóstico su estado de cumplimiento.

Por su parte, las CAR se comprometen a adoptar mecanismos para agilizar los trámites administrativos, desarrollar programas de capacitación y de incentivos para quienes cumplan con el convenio, así como cofinanciar con las empresas los proyectos de mitigación del

⁹⁹⁵ Entre estos convenios de PML se encuentran los suscritos con las empresas de los gremios del subsector de tabaco, ganadería y piscícola del sector del departamento del Huila entre los años 2004 y 2005.

⁹⁹⁶ Estas dos últimas corporaciones suscribieron el Convenio de concertación para una producción más limpia con el subsector cafetero el 21 de septiembre de 2005 (Corpoguajira & Corpocesar, 2005).

⁹⁹⁷ “Los adherentes contarán con un plazo de seis (6) meses para diagnosticar su situación actual en cuanto al uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables; este diagnóstico contará con el apoyo institucional de las entidades signatarias y de apoyo del convenio y servirá para medir el estado de uso de los recursos naturales, así como evaluar y cuantificar los impactos ambientales del cultivo de tabaco.

Además de la legalización que por Ley le corresponde (concesiones, permisos, autorizaciones y requerimientos) los productores se comprometen a optimizar el uso o aprovechamiento de recursos naturales renovables y adoptar tecnologías que prevengan y reduzcan la contaminación ambiental” (CAM, 2005a, pág. 10). Igualmente, en los casos donde verifique que las emisiones de las empresas se hacen por encima de los estándares permisibles, los signatarios pueden proponer plazos y concertar un cronograma para cumplir la norma y reajustar las tecnologías usadas (CAM, 2005, pág. 11; CAM, 2004, pág. 9; CAM, 2004, págs. 9-10; (Corpoguajira & Corpocesar, 2005, pág. 13).

impacto ambiental por emisiones atmosféricas⁹⁹⁸. En este caso, la Administración no solo acuerda sobre una obligación legal relacionada con la eficiencia en el cumplimiento de la función pública en los trámites administrativos, sino que se comprometen en la destinación de dineros públicos en medidas de mitigación que por Ley le corresponden a las personas objeto de permisos de emisiones atmosféricas u obligadas a cumplir con planes de manejo ambiental.

Debe aclararse que la presente investigación tiene como objeto el estudio de caso de los mecanismos de concertación establecidos por la Administración con el fin de mejorar la gestión pública y promover la producción más limpia, como formas de actividad informal de la Administración. Los convenios para el cumplimiento de la Ley o para evadir las funciones de control de la Administración no son objeto del caso de estudio, por considerar que se trata aquí de vías de hecho que serían parte de otra investigación. Teniendo en cuenta que esta no es la práctica general de la actividad concertadora de las autoridades ambientales colombianas, se citan como casos marginales a los cuales debe hacerse mención como parte de los resultados de investigación y como parte de la delimitación del estudio de caso.

c) Las Guías Ambientales o de producción más limpia

De otra parte, con respecto a las guías ambientales, como se trató anteriormente, la normativa en la materia aclaró su objeto como instrumentos voluntarios de autogestión y autorregulación. Al ser un documento directriz, no contienen unos compromisos concretos a adoptar por el sector productivo o por las empresas asociadas, en su lugar, se trata de una serie de recomendaciones de manejo ambiental, seguimiento y control y de ejemplos de casos exitosos.

De acuerdo con el MADS (2013), tienen por objeto: “diseñar y promover, al interior de los sectores productivos, estrategias para la adopción de mejores práctica ambientales orientadas a mejorar la competitividad, productividad, autogestión y control ambiental en los procesos productivos e internacionalización de sus costos ambientales”

⁹⁹⁸ “cofinanciar con las empresas Protabaco y Tabaco Rubio de Colombia los proyectos de construcción de barreras vivas para la mitigación del impacto ambiental por emisiones atmosféricas” (CAM, 2005a, pág. 13).

La generalidad de las Guías Ambientales colombianas tienen como contenido un diagnóstico del sector o subsector productivo, la planificación y gestión ambiental, descripción del proceso productivo, el manejo ambiental, el seguimiento y monitoreo, y una descripción de casos exitosos.

Para efectos de este trabajo, las Guías Ambientales se presentan como otra modalidad de mecanismo de concertación informal de la Administración, teniendo en cuenta su objeto, pero primordialmente, por su proceso de elaboración en el que la Autoridad Ambiental y el sector privado participan activamente.

2. PROCEDIMIENTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DE LOS CONVENIOS DE PRODUCCIÓN MÁS LIMPIA O AGENDAS AMBIENTALES, Y GUÍAS AMBIENTALES

Como ya se ha adelantado, no existe en los documentos de política, ni en la normativa administrativa un procedimiento regulado para la suscripción de los Convenios o Agendas y Guías Ambientales. De acuerdo con las entrevistas hechas a distintos funcionarios del Ministerio y las CAR, al gremio de industriales, los informes oficiales y los artículos en la materia, un procedimiento para la suscripción de los convenios ha sido totalmente informal y no se han documentado por parte del Ministerio, las directrices para llevar a cabo los acuerdos⁹⁹⁹.

La práctica ha llevado a las autoridades regionales a seguir algunos pasos por la experiencia de los primeros convenios suscritos, e incluso el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (AMVA)¹⁰⁰⁰ documentó estos pasos en un artículo difundido en una publicación de la

⁹⁹⁹ De acuerdo con la entrevista a Carlos Herrera Santos (C. Herrera, entrevista personal, 9 de junio de 2011), el exdirector de la Dirección de Desarrollo Sostenible del Ministerio y actualmente Gerente de Asuntos Ambientales de la ANDI, afirma que no existe un procedimiento o reglas definidas para la suscripción de un convenio, porque siempre se buscó que se sustentaran en la confianza y en la credibilidad. La convocatoria inicia con la invitación de las altas directivas de los gremios y los ministros, y a partir de las reuniones se va construyendo el proceso de concertación a seguir.

¹⁰⁰⁰ Autoridad Ambiental de la ciudad de Medellín y su área metropolitana, se conforma como un gran centro urbano según el art. 66 de la Ley 99 de 1993: “Competencia de Grandes Centros Urbanos. Los municipios, distritos o áreas metropolitanas cuya población urbana fuere igual o superior a un millón de habitantes (1.000.000) ejercerán dentro del perímetro urbano las mismas funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano” (Congreso de la República, Ley 99 de 1993, 1993).

entidad¹⁰⁰¹. Según esta publicación el procedimiento para llegar a la firma de un convenio se resume en el siguiente esquema:



Fuente: figura 3. Fases para la adopción de un programa de P+L. (Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón, 2006, pág. 11).

En la fase de **sensibilización**, las autoridades ambientales ejecutan una serie de actividades que inician con la convocatoria del sector privado y el desarrollo de la promoción de los beneficios de la adopción de PML. Estas actividades consisten en talleres, visitas a los actores y reuniones interinstitucionales (Jaramillo & Vásquez, 2003, pág. 20). Para las autoridades es la etapa más importante del proceso de concertación, teniendo en cuenta que su éxito depende de la confianza y el compromiso que se alcance por las partes llamadas al proceso (Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón, 2006, pág. 12).

Luego de la fase de sensibilización, e identificados los actores del sector productivo que tienen interés en participar en la incorporación de estrategias de PML, se propone la firma de una **carta de intención** con el propósito de elaborar conjuntamente el contenido del convenio de concertación. Posteriormente, la autoridad ambiental directamente o por medio de entidades de apoyo, tales como universidades o centros de investigación, desarrolla

¹⁰⁰¹ Esta publicación *Revista Producción + Limpia* es coordinada por el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y Corporación Universitaria Lasallista (Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón, 2006, pág. 12).

capacitaciones dirigidas a influenciar el cambio de la cultura empresarial¹⁰⁰². De acuerdo con las fases definidas por el AMVA, la firma del convenio debe contemplar a su vez tres etapas: diagnóstico; identificación de objetivos, metas y compromisos; e implementación y ejecución¹⁰⁰³

Para el seguimiento y control del cumplimiento de los compromisos suscritos se crea un Comité Operativo, encargado de garantizar el cumplimiento del convenio, la ejecución, seguimiento, ajustes y proyectar el plan de acción anual. Cada uno de los convenios selecciona los miembros del Comité entre los representantes de las partes y establece las funciones específicas que debe seguir. Entre las principales funciones que se otorgan al Comité Operativo en los distintos convenios se encuentran: establecer su propio reglamento interno, elaborar actas de reuniones, presentar informes semestrales del avance de los compromisos y metas, adoptar una metodología de seguimiento y control, y establecer estrategias para articular el convenio con otros instrumentos de PML como las Guías Ambientales.

Según las directrices ministeriales, el texto del convenio debe ser enviado al Ministerio para su validación y posterior publicación por las autoridades regionales. Teniendo en cuenta que no existe una regulación expresa de las formalidades que debe seguir el proceso de concertación y la firma de un convenio de PML, la validación del contenido del convenio tiene como fin verificar que los compromisos suscritos sean conformes con los objetivos y metas de la PPML (E. Cardozo, entrevista personal, 9 de junio de 2011). Igualmente, con la

¹⁰⁰² “Si los operarios y los empleados de las empresas signatarias de los convenios tienen un mayor conocimiento de las utilidades y las oportunidades de la P+L, estarán motivados a participar y a contribuir en la implementación de medidas de reducción de residuos y disminución en el consumo de recursos (materias primas, agua, energía), lo cual repercutirá en la reducción de costos, consumos de material, impactos ambientales negativos, y problemas de salud ocupacional” (Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón, 2006, pág. 12).

¹⁰⁰³ “Etapa 1. Se inicia el diagnóstico integral ambiental de las empresas con carta de intención. Luego se definen los alcances, las metas y los compromisos del convenio de P+L para, finalmente, socializar el convenio de P+L con los signatarios del mismo.

Etapa 2. Una vez definidos los objetivos, metas y compromisos de los tres primeros años y específicamente los del primer año con su plan de acción, se ratifican los compromisos adquiridos por las partes en un evento formal de protocolización, el cual cuenta con la presencia de los firmantes y del Ministerio.

Etapa 3. Se realiza la implementación y ejecución de los planes de acción anuales, los que se deben aprobar en el primer mes de cada año. Luego viene la implementación de programas de gestión ambiental en las empresas signatarias, la presentación de informes de los avances, resultados y limitaciones para el cumplimiento de los compromisos anuales y acumulados, en el mes de diciembre de cada año”. (Gómez, Florez, Cardona, Isaza, & Rendón, 2006, pág. 13).

revisión de los convenios y la firma del Ministro se pretende garantizar el respaldo del Gobierno central a las actividades de las autoridades regionales y los sectores productivos: “se trataba de una figura simbólica que busca generar mayor confianza en el sector productivo” (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011) ¹⁰⁰⁴.

Por último, la publicación de los convenios por las autoridades ambientales en sus boletines oficiales no obedece al cumplimiento de un requisito legal, sino a difundir en las regiones la existencia de una “dinámica en materia de manejo de los sectores productivos, orientado en el contexto de una política nacional” (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011).

En síntesis, se evidencia que aunque el procedimiento para la suscripción de un Convenio de PML no está regulado por normas jurídicas, se constata la existencia de una serie de fases ordenadas que responden al seguimiento de unos objetivos trazados por la Política. De la misma manera, se observan una serie requisitos recomendados por las autoridades tales como: la suscripción de un documento con un contenido estándar con validación por el Ministerio; y la creación de un órgano de seguimiento y la posterior publicación del convenio.

Estos requisitos confirman la intención de la Administración de cumplir con una actividad pública y transparente, que no puede ser asumida como ilegal o una vía de hecho; al contrario, existe la intención de avalar los procesos de concertación con los sectores productivos en aras de mejorar su actividad pública ambiental.

De otra parte, y de forma similar a los Convenios de PML, la elaboración de las Guías Ambientales se apoya en un proceso de concertación entre los gremios, sus industrias asociadas, entidades de investigación y el Ministerio, sin que exista un esquema previo adoptado por la normativa (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2013). Sobre este proceso no existe literatura ni investigaciones que den cuenta de las etapas de convocatoria, reglas para la concertación y redacción final de las guías.

¹⁰⁰⁴ De acuerdo con el Ing. Carlos Jairo Ramírez (C. Ramírez, entrevista personal, 13 de junio de 2011) debido al gran número de convenios suscritos por las autoridades regionales en los últimos años, y ante la evidencia de varios convenios suscritos no habían cumplido con sus compromisos, la validación del Ministerio se centró en verificar la coherencia del contenido del convenio, la presencia de indicadores y de alguna manera estandarizar el contenido de todos los convenios.

De la investigación de campo, a través de las entrevistas hechas a los funcionarios vinculados al tema en el Ministerio y a los empresarios, se constató que el proceso de concertación parte de una convocatoria del Ministerio hacia los gremios o asociaciones empresariales, quienes se encargan a su vez de promover una serie de reuniones con las empresas más destacadas del sector productivo objeto de la guía a elaborar¹⁰⁰⁵.

Las reglas para la participación en la búsqueda de un acuerdo sobre el contenido de la guía, esto es, las mejores técnicas amigables con el ambiente y recomendaciones para el sector productivo, son objeto de concertación por parte de los participantes. De esta manera, se planean una serie de reuniones y tareas dedicadas a la búsqueda y puesta en común de información, que comprende consultas a expertos, revisión de literatura nacional y extranjera y exposición de casos exitosos¹⁰⁰⁶. El documento final concertado es objeto de revisión por el Ministerio y objeto de publicación en un formato cartilla para su distribución gratuita.

Con respecto al procedimiento que informalmente ha apoyado los procesos de concertación de Convenios y Guías Ambientales, conviene destacar que si bien su trámite se presenta de manera transparente y pública, no existen garantías para el ejercicio del derecho a la información, la igualdad y la participación en materia ambiental. Como se expuso a lo largo del capítulo, es claro que estos procesos privilegian a los sectores productivos y empresariales, por encima de los intereses de las organizaciones de la sociedad civil y los ciudadanos no organizados.

Como se desprende de las entrevistas a los funcionarios del MADS y al sector industrial en los procesos de concertación institucional estudiados, se mantiene una percepción sesgada de la participación ambiental, en la que la supuesta falta de conocimientos técnicos por parte de las ONG y la ciudadanía en general, es una razón suficiente para excluir su participación. Esta

¹⁰⁰⁵ En la generalidad de las Guías Ambientales se advierte en la introducción: “Este documento es el resultado de un proceso concertado entre autoridades ambientales y el sector productivo del país desarrollado en el marco de la Política Nacional de Producción Más Limpia, y está dirigido a formuladores, planificadores, ejecutores de proyectos, autoridades, ministerios y entidades descentralizadas, entes territoriales, sectores productivos, academia, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, inversionistas y aseguradoras, entre otras” (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, 2006).

¹⁰⁰⁶ Como espacio de gobernanza, las reglas para llevar a cabo el proceso de concertación de guías ambientales responde a las reglas que los mismos actores proponen y ejecutan (Cerrillo, 2012, pág. 138; Del Campo, 2012, págs. 198-199).

percepción se contradice no solo de forma obvia con los fines y principios constitucionales estudiados, sino con los mismos principios de las PPML y PPyCS¹⁰⁰⁷.

En consecuencia, los principales riesgos que se derivan de la actuación informal de concertación están relacionados con la limitación de participación de terceros interesados en los temas y compromisos suscritos en los convenios informales¹⁰⁰⁸. La falsa idea de la irrelevancia jurídica de los procesos de concertación informal¹⁰⁰⁹ ha permitido a las autoridades ambientales limitar la publicidad y convocatoria a la ciudadanía, por lo que no existen procesos de información y educación ambiental que posibiliten un adecuado conocimiento sobre las ventajas e importancia de la concertación en las medidas relacionadas con el control y prevención de la contaminación, sobre todo en lo que concierne a los procesos industriales¹⁰¹⁰.

Además de las debilidades que representan en la actualidad las actuaciones informales de concertación en el orden interno, a falta de su encaje sistemático en el ordenamiento jurídico, es necesario resaltar que se presentan riesgos de vulneración sobre los derechos de los empresarios y gremios. Con exclusión de corporativismos nocivos que influyen en la actividad de la Administración, y limitan los derechos de participación de los demás ciudadanos¹⁰¹¹, Kloepfer (1993, págs. 51-52) resalta que en estos instrumentos a veces se oculta una voluntariedad a “medias” de los participantes que concurren más por la presión del Estado que por su propio interés libre:

¹⁰⁰⁷ Recuérdese que esta práctica se hace al margen de las políticas de PMN y PPyCS, pues como se ilustró estas mantienen directrices que ordenan el involucramiento de la ciudadanía en general en los procesos de concertación.

¹⁰⁰⁸ De acuerdo con Kloepfer (1993, pág. 52), quien describe la situación en Alemania, generalmente la ciudadanía no tiene acceso a los convenios informales y su participación llega demasiado tarde.

¹⁰⁰⁹ Sánchez Pérez (2012, pág. 89) indica que existe una zona gris en la que se ubica la actuación informal en la que se corre el peligro de incurrir en la ilegalidad: “subsiste una zona gris situada en la parte intermedia de la función administrativa que está frágilmente determinada por la Ley, en la que se alojan las normas de derecho blando; su marco jurídico de regulación no está fijado con claridad y resulta difícil en la práctica diferenciarlo de un comportamiento ilícito de la administración”. En un sentido similar: Shulze Fielitz (1993).

¹⁰¹⁰ Como es lógico quien debe soportar los riesgos debería poder tener parte en las decisiones que tienen que ver con su administración (Jara i Manzano, 2011, pág. 249). De igual manera, tampoco es cierto que la ciudadanía en general en la sociedad contemporánea está desinformada y no puede asumir las discusiones sobre las cuestiones ambientales (Beck, 2006, pág. 315; Esteve Pardo, 2012, pág. 15).

¹⁰¹¹ En el sentido que ciertos grupos con un importante monopolio de poder poseen mejores posiciones para negociar con el Estado y crear espacios cerrados de discusión para el beneficio de sus propios intereses. Sobre las consecuencias del corporativismo en las formas de gobierno Klijn (2005), sobre el neocorporativismo en Colombia Younes Medina (2011).

La refinada introducción de voluntariedad (a medias) en el instrumental de dirección estatal indirecta recorta las posibilidades de defensa y tutela jurídica de los afectados, puesto que no existe básicamente protección jurídica frente a uno mismo (...) no se trata con frecuencia de decisiones verdaderamente libres o voluntarias. Muchas de estas decisiones descansan más bien en una considerable presión del Estado, que regularmente da a entender que, en caso de que el ciudadano no se comporte conforme a sus deseos, se dictarán medidas unilaterales mucho más gravosas. También la presión política, que puede emanar de una opinión pública influida por el Estado, o la presión económica para la aceptación de subvenciones por razones de la igualdad en la competencia por relación al igualmente subvencionado concurrente, pueden ilustrar el problema de la «coacción voluntaria».

Es, por lo anterior, que es conveniente un nuevo enfoque dogmático que podría dar cauce a la actividad informal de concertación, de tal manera que en lugar de negar su existencia o declararla sin más como ilegal, permitiera su ejercicio como una más de las tipos posibles de actuación de la Administración, tal como ha sido la propuesta de este trabajo.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN SOBRE LOS MECANISMOS DE PML COMO ACTUACIÓN INFORMAL DE CONCERTACIÓN

Recapitulando, en la primera parte de este trabajo se estableció la identidad que guardan las actuaciones informales de concertación en asuntos ambientales, con los espacios de deliberación reconocidos como espacios de gobernanza¹⁰¹². La relación gobernanza y Derecho es útil en la medida en que la primera, como concepto clave, le permite al segundo identificar en la realidad cómo se vienen transformando las relaciones jurídico-públicas en los procesos de toma de decisiones y sus resultados (concepto descriptivo), así como formular criterios acerca de cómo los nuevos procesos de interacción entre la Administración y la sociedad pueden construir espacios más democráticos (concepto normativo) y, por tanto, alcanzar los fines estatales, entre ellos, el respeto, garantía y protección de los derechos ciudadanos¹⁰¹³.

¹⁰¹² Vid. Capítulo 2.

¹⁰¹³ En palabras de Cerrillo (2013, pág. 17), “a la vista de lo anterior podemos apuntar que la gobernanza puede ser útil al Derecho administrativo para que este se adapte a las circunstancias y el contexto en el que las administraciones públicas desarrollan sus funciones y actividades hoy en día. Desde esta perspectiva, la gobernanza está facilitando la redefinición de diferentes principios e instituciones del Derecho administrativo en relación a los mecanismos de regulación, la organización o el procedimiento administrativos. Más allá, la gobernanza está ayudando al Derecho administrativo a evolucionar de un concepto tradicional basado en la garantía del Estado de Derecho, hacia nuevos principios y normas que amplían la rendición de cuentas en la elaboración de políticas públicas”. En igual sentido, es ilustrativo citar las consideraciones de Ponce (2010, pág.

En este orden de ideas, es necesario precisar que cuando se identifica algo como democrático en el marco del Estado Social de Derecho, no se hace referencia solamente a las condiciones de la democracia representativa, en la que la ciudadanía puede elegir y ser elegida como gobernantes en unas condiciones de igualdad; se hace referencia, a una democracia participativa y, en especial, a procesos de toma de decisiones, cuyo resultado pueda señalarse como “una decisión democrática”, es decir, procesos en los cuales los diferentes actores interesados acuden libremente y en condiciones de igualdad, sus reivindicaciones son tomadas en cuenta y hacen parte de la decisión final (Steele, 2001, págs. 430-435; Ibarra Güell, 2011, págs. 49-50; Díaz del Castillo, 2013, págs. 101-102)¹⁰¹⁴.

En concordancia con Ibarra Güell (2011, pág. 255), la actuación informal de concertación se comporta como un ejercicio de gobernanza, en la medida que cumple con los requisitos de tener origen en una iniciativa de la Administración, integra nuevos actores sociales además de los institucionales y es una forma específica de participar en la toma de decisiones, al contrario de otros procesos genéricos de participación.

Estas características le imprimen a la concertación informal un carácter estable, dada la dirección de la Administración de la toma de decisiones y la implementación por parte ésta de los resultados de la participación. En efecto los Convenios y Guías Ambientales son mecanismos promovidos a partir de la política pública como parte de sus estrategias, y luego del proceso de concertación, los acuerdos forman parte del contenido de dichos instrumentos. En otras palabras, se evidencia un importante interés de la Administración en su conformación y en asumir los compromisos pactados.

87): “Partiendo de la base de que el Derecho administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad, el énfasis en la doctrina debe moverse desde la ciencia de la interpretación basada en una orientación hacia la aplicación del Derecho a una ciencia de la elaboración de las decisiones públicas. Debería haber un análisis de qué sucede realmente en la práctica legal, incluyendo las consecuencias de cualquier decisión y su contexto fáctico (...) Tanto el análisis de los hechos como el reconocimiento de las consecuencias presupone la disposición a tomar nota del conocimiento científico más allá de la propia disciplina académica y a incluirlo en las propias consideraciones”.

¹⁰¹⁴ Se comparten las ideas de Ibarra Güell (2011, págs. 52-54) desde las Ciencias Políticas, en tanto que para que un proceso participativo pueda llamarse democrático, no es preciso que los intereses en juego tanto de la sociedad, como de la Administración, coincidan perfectamente en la decisión final. Un proceso de toma de decisión es más democrático y realista en la medida en que se acerca más a esa coincidencia. Con lo cual, es necesario añadir que tal coincidencia de intereses debe partir como mínimo del respeto de los derechos involucrados.

Prueba de la estabilidad institucional que rodea la concertación informal en producción más limpia y consumo sostenible es el establecimiento de un procedimiento de deliberación, que al final es avalado y suscrito por los participantes (empresas y gremios) y las autoridades ambientales (el Ministerio y las CAR). No se trata de procesos de participación aislados y sin continuidad, como se describió en este capítulo, se trata de una actividad institucionalizada que cuenta con un gran número de convenios suscritos y agendas ambientales publicas.

En este orden de ideas, puede inferirse que en la actualidad los mecanismos de concertación informal de la Administración en el marco de la PPCyS colombiana constituyen espacios de gobernanza, que presentan todavía debilidades para ser considerados como procesos con calidad democrática (Ibarra Güell, 2011, pág. 57). Es, en este punto, en el que el Derecho Administrativo como sistema (Schmidt Assmann, 2003)¹⁰¹⁵ aporta las directrices necesarias para que la Administración ajuste tales mecanismos al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, tal como se describió en este capítulo, los Convenios de PML/Agendas y Guías Ambientales en la práctica son procesos de participación y concertación excluyentes. Es así como, a pesar del sustento garantista y respetuoso de la Constitución de la PPCyS, las autoridades ambientales mantienen los procesos de concertación de PML limitados a la participación de los gremios y las empresas individualmente consideradas.

Por lo anterior, no existe un proceso de difusión amplio de la información sobre la oportunidad de participar en los procesos de construcción de convenios de PML y de las guías ambientales. El acceso a la información es limitado, como consecuencia de la falta de información de la ciudadanía de la existencia de tales procesos.

Es, por las razones anteriores, que una actuación administrativa informal dirigida a la búsqueda de los fines de protección ambiental debe cumplir con unas reglas mínimas que den cuenta del respeto a los principios y derechos reconocidos en la Constitución y las leyes. Tales reglas, son a nuestro modo de ver, las propuestas en este trabajo en el Capítulo 3 (D-II), las cuales no sólo asumen los principios y derechos antes citados, sino también los compromisos y recomendaciones de los diferentes acuerdos internacionales ambientales, del mismo modo que el precedente jurisprudencial constitucional interno.

¹⁰¹⁵ A partir de su interrelación con el Derecho Constitucional y el Derecho Ambiental como ámbito de referencia.

Este análisis, fundamentado en la revisión de la práctica del Ministerio y de algunas autoridades regionales, en contraste con el fundamento dogmático propuesto en los primeros capítulos, identificó los problemas que los mecanismos de concertación, tal y como se han ejecutado, implican para la protección del derecho y principio a la participación ambiental. Esto es, la limitación de la promoción, información y efectiva vinculación de la ciudadanía en los procesos de concertación. Es, por ello, que se ha considerado que para corregir tanto las debilidades que hasta el momento los mecanismos de concertación informal han presentado, como para aprovechar y fortalecer las oportunidades que representan tales mecanismos para gestionar los asuntos ambientales, es necesario su ajuste a unas reglas y principios jurídicos mínimos planteados.

En síntesis, la actividad informal de concertación y los mecanismos creados para su aplicación en asuntos ambientales, han demostrado su importancia en el desarrollo de políticas que buscan el fortalecimiento de la gobernanza y cumplimiento de los fines de protección ambiental. El Derecho no puede quedar rezagado de las propuestas y transformaciones que en el campo de la política y la práctica de la gestión pública ambiental se suscitan. **Quedarse atrás de estos escenarios significa para el Derecho Administrativo perder su capacidad de dirección de la sociedad.** En otro caso, se corre el riesgo de que el Derecho pierda su función tanto de prevención y corrección de fenómenos que pueden llegar eventualmente a trasgredir el orden jurídico, como de innovación, al poder otorgarles a tiempo un cauce adecuado.

CONCLUSIONES

PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN Y CUESTIONES METODOLÓGICAS

1. En el Estado Social de Derecho, la Administración deja de ser asumida exclusivamente como una organización que con fundamento en sus prerrogativas, actúa unilateral e imperativamente en busca del bien de la cosa pública. En su lugar, la percepción de la Administración como sujeto pasa a ser auxiliar para la comprensión de ésta como función y actividad dirigida al cumplimiento de los fines constitucionales (Parejo, 1983; Abendroth, Forsthoff & Doebling, 1986; Montaña, 2010; Sánchez Pérez, 2012).

Este enfoque acogido por la nueva dogmática jurídico-administrativa considera a la Administración como “sujeto de dirección” de los procesos sociales (Schmidt Assmann, 2003, págs. 27-36) y, en consecuencia, la garantía de la participación ciudadana es una condición de su legitimidad (Ponce, 2010, pág. 92)¹⁰¹⁶. Esta percepción de la actividad administrativa, a su vez, es coherente con la tendencia de la política internacional, comunitaria y regional dirigida a la promoción de la gobernanza como una forma de gobernanza más cooperativa y menos vertical para tratar los asuntos ambientales de manera más eficaz. Por consiguiente, la Administración implementa una serie de actuaciones basadas en la negociación y búsqueda de consenso para la toma de decisiones que, en muchos casos, no se ajustan a las formas jurídicas estrictamente reguladas, pero que considera medios eficaces para la realización de ciertos fines constitucionales como el de la participación ciudadana y la protección ambiental.

2. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el ámbito del Derecho Ambiental es uno de los sectores de referencia en los que se manifiesta con mayor frecuencia las actuaciones que no logran encajar dentro del abanico de formas “pre-diseñadas” normativamente como el acto, el contrato o el reglamento. Las especiales características del objeto de este sector han permitido la revisión de las formas tradicionales de actuación

¹⁰¹⁶ La legitimidad de la Administración basada en el proceso de elección democrática del Gobierno no ha permitido el desarrollo de una legitimidad participativa que permita un mejor contacto entre gobernantes y ciudadanos, así como un mejor control de éstos sobre la actividad administrativa (Gonod, 2011, pág. 4).

pública y con ello, podría decirse, incorporar “cierta flexibilidad” a su actividad. Dada su misión de aprehender la complejidad sistémica de lo ambiental que pretende regular, el Derecho debe apoyarse en nuevos lenguajes provenientes de otras ciencias y conocimientos que le ayuden a su comprensión. La inclusión de otros lenguajes remite el Derecho al diálogo con nuevos sujetos que facilitan o problematizan la traducción de esta complejidad a las formas jurídicas, por consiguiente, se reclama su participación en la formación de las reglas, en la toma de decisiones y en la colaboración en el cumplimiento de los fines de la función administrativa.

3. En este escenario, la Administración ha implementado una serie de actuaciones basadas en el diálogo y la concertación que no encajan en las formas jurídicas del acto administrativo o contrato, pero que se han sustentado en la medida en que están orientadas a la satisfacción de los intereses públicos. Se otorga carta de naturaleza a una actuación no formal de la Administración, en tanto el Derecho positivo no contiene una regulación completa sobre sus requisitos sustanciales y su procedimiento.

Las formas de actuación informal de concertación cuestionan la concepción tradicional del Estado liberal en el que la Administración adquiere un excesivo protagonismo como sujeto en el que recae todo el control del Derecho Administrativo, y donde su principal función es la ejecución estricta de la Ley. En este contexto, la posición de los particulares es la de receptores pasivos de su actividad. Esta manera de percibir la actividad Administrativa es reforzada por la doctrina de las formas jurídicas, como teoría que vendría a establecer los límites de la actividad administrativa.

4. Cómo se manifestó al inicio de esta investigación, el estudio de la actuación informal de concertación presenta un gran interés como consecuencia de los interrogantes que se generan frente a la concepción clásica del Derecho Administrativo. Los interrogantes formulados como problemas de investigación fueron: ¿Es suficiente la Teoría de las Formas Jurídicas para explicar el fenómeno de la concertación informal de la Administración? ¿Es suficiente el concepto tradicional de actividad administrativa para interpretar tal fenómeno? ¿Cómo transforman estas actuaciones la manera de concebir la actividad administrativa? ¿Cuál ha de ser su contenido y cómo la forma de su articulación “procesal” sin reemplazarla necesariamente por una actuación formal? ¿Cuál es la forma de asegurar los derechos de las personas frente a estas actuaciones?

Con respecto a estos interrogantes se reconoció, de manera preliminar frente al primer problema planteado, que su estudio y solución sería irrelevante desde el enfoque más tradicional del formalismo jurídico, dada la indiferencia que la Teoría de las Formas Jurídicas le ha concedido a esta actuación y que ha limitado al campo de la actividad material. Es, por ello, que se asumió la teoría de la *nueva ciencia jurídico-pública* y su propuesta metodológica de estudio a través de sectores de referencia, como el Derecho Ambiental, y los aportes interdisciplinarios provenientes de las Ciencias Políticas y de la Administración. Tal propuesta se demostró apropiada para el análisis dadas por lo menos dos razones: la primera, el Derecho Ambiental es uno de los ámbitos en los que los procesos participativos y de concertación han sido mayormente promovidos por la política y legislación internacional y nacional. Y, la segunda, en el campo de las Ciencias Políticas y de la Administración, la gobernanza ha confirmado la transformación que se viene presentando en la toma de decisiones públicas, influenciando el discurso y práctica de la gestión de los asuntos ambientales desde hace varias décadas.

Del concepto tradicional de actividad administrativa frente a la actuación informal de concertación y cómo transforma esta actuación la manera de concebir la actividad administrativa.

1. La constatación de actuaciones informales de la Administración basadas en procesos de participación y concertación demuestran la insuficiencia del concepto tradicional de actividad administrativa para su comprensión y sistematización jurídica. No nos referimos al concepto general de actividad administrativa como concreción práctica de los fines constitucionales, sino a sus funciones dogmáticas, esto es, a la falta de la capacidad del concepto tradicional para explicar, describir y ordenar la realidad. Esta afirmación se verificó a partir de los aportes de la gobernanza, más propiamente en el ámbito ambiental, y el estudio del concepto de actividad administrativa a través de un análisis de la doctrina más relevante.

2. El citado estudio conceptual señaló que, tradicionalmente, gracias a las ideas liberales, se ha identificado el Derecho Administrativo como el Derecho dirigido a la Administración, con base en las denominadas teorías orgánicas. Esta es la razón por la que el estudio de los diferentes procesos participativos, que conceden importancia a la ciudadanía dentro del ámbito público, no han tenido una influencia suficiente en la construcción dogmática del concepto de actividad administrativa.

Un enfoque distinto plantean las teorías materiales, en el marco del Estado Social de Derecho, según las cuales, con la adopción de un sistema jurídico ordenado a fines constitucionales, la Administración se define por lo que hace para el logro de los mismos. Tales teorías evidencian que en la actualidad el Derecho Administrativo no es más el Derecho exclusivo de la Administración, en sentido subjetivo, sino el Derecho que ordena la actividad administrativa, en sentido objetivo o funcional, lo que incluye las diversas manifestaciones de colaboración de la ciudadanía en las tareas públicas.

3. En complemento de lo anterior, la gobernanza destaca la necesidad de la interacción tanto del gobierno como de la ciudadanía en la toma de decisiones, promovida por un importante marco político y jurídico nacional e internacional ambiental. Debido a su capacidad para explicar los diferentes fenómenos políticos y sociales, la gobernanza ha permitido la discusión del modelo burocrático y, con ello, ha propuesto un nuevo contexto de estudio de la actividad administrativa orientado hacia la eficacia de sus resultados –a través de la Teoría de la Dirección y su influencia en el Derecho Administrativo-¹⁰¹⁷. De acuerdo con Schmidt Assmann (2006a, pág. 27), la orientación hacia la eficacia de la Teoría de la Dirección (*Steuerungstheorie*), le otorga al Derecho Administrativo su carácter de “ciencia de dirección y vertebración” de la sociedad. Cabe agregar que el mismo profesor enfatiza que la reflexión sobre la relación entre la Teoría de la Dirección y el Derecho administrativo no busca rebatir las discusiones sobre la capacidad y eficacia del Derecho de dirigir las ciencias sociales, y en mejor sentido, sigue “una doctrina más pragmática que ve hoy en el Derecho un instrumento de dirección idóneo, por más que sus déficit en punto a la eficacia deban ser analizados o sus condiciones de efectividad mejoradas” (Schmidt Assmann, 2006a, pág. 27-28).

La amplia promoción global de la gobernanza ambiental ha fortalecido, a diferencia de los instrumentos más impositivos, la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones

¹⁰¹⁷ De acuerdo con Schmidt Assmann (2006a, pág. 27), la orientación hacia la eficacia de la Teoría de la Dirección (*Steuerungstheorie*), le otorga al Derecho Administrativo su carácter de “ciencia de dirección y vertebración” de la sociedad. Cabe agregar que el mismo profesor (Schmidt Assmann, 2003, págs. 27-28) enfatiza que la reflexión sobre la relación entre la Teoría de la Dirección y el Derecho Administrativo no busca rebatir las discusiones sobre la capacidad y eficacia del Derecho de dirigir las ciencias sociales, y en mejor sentido, sigue “una doctrina más pragmática que ve hoy en el Derecho un instrumento de dirección idóneo, por más que sus déficit en punto a la eficacia deban ser analizados o sus condiciones de efectividad mejoradas”.

como una manera apropiada para enfrentar los problemas. De esta modo, se ha dado inicio a la transformación de la de la decisión unilateral (el acto administrativo) como forma de actuación administrativa por excelencia. Como prueba de ello en el ordenamiento colombiano, no sólo se presentan los casos de actuación informal estudiados en este trabajo de investigación, como los procesos de concertación en materia de áreas protegidas –acuerdos REM o Mde-, la Consulta Previa, los Acuerdos de PML y las Guías Ambientales, sino también la regulación positiva de todo tipo de mecanismos y escenarios de participación ciudadana en diferentes tareas de la Administración en las que tradicionalmente no eran admitidos. En el estudio de todo este material es primordial la importante jurisprudencia constitucional colombiana relacionada con la Consulta Previa que confirma la integración de los principios jurídicos y de la gobernanza en el examen y orientación de las actuaciones informales de concertación.

4. En concordancia se reconoce una Administración más flexible y dirigida a la toma de decisiones participativas, en donde la gobernanza como concepto clave contribuye a un análisis más amplio de la actividad administrativa a partir de la formulación de unos principios que invitan a la revisión de la actualidad y eficacia de la decisión unilateral. Estos principios al involucrar a todos los actores interesados en la toma de decisiones y asignarles responsabilidades, complementan el enfoque unilateral de los actos jurídico-públicos y los principios jurídicos de la actividad administrativa, estos últimos, dirigidos fundamentalmente a la Administración (Cerrillo, 2005, pág. 19). En suma, su principal aporte es orientar la interacción de los actores presentes, públicos y privados, y las condiciones institucionales apropiadas para lograr acuerdos.

5. En este orden de ideas, las funciones dogmáticas del concepto de actividad administrativa de explicar, describir y ordenar la realidad hallan un nuevo contexto social, político y normativo para su adaptación. En síntesis, con los aportes anotados, el concepto dogmático deberá tener la capacidad de reconocer las diferentes tareas de la actividad administrativa en relación con los fines constitucionales que persigue; comprender que como expresión de tales fines, la actividad puede manifestarse por medio de diversas actuaciones, sean estas formales o informales; y, por último, identificar que la interacción entre Administración y ciudadanía supone integrar parámetros jurídicos y de gobernanza que

permitan el juicio sobre la eficacia de los medios empleados para el cumplimiento de los fines constitucionales.

Del contenido de la actuación informal de concertación, su articulación “procesal” y la garantía de los derechos.

1. Debido a la ausencia de encaje de la actuación informal de concertación en la clasificación de actos jurídico-públicos y las debilidades de la doctrina interna en su estudio, este trabajo propone el reconocimiento de un nuevo tipo de actuación administrativa que permite su explicación y ordenación sistemática en el Derecho Administrativo. Esta propuesta parte de la capacidad instrumental de los tipos de aislar las dimensiones de la actividad administrativa e identificar ciertos elementos para profundizar en sus problemas y posibilidades de orden en el sistema jurídico.

De esta manera, la actuación informal de concertación como tipo autónomo tiene por características las siguientes: su propósito es la consecución de un fin jurídico público mediante la interacción entre la Administración y la ciudadanía, razón por la cual se lleva a cabo a través de procesos participativos que generan relaciones jurídicas que pueden ser bilaterales o multilaterales. Su práctica no está necesariamente vinculada a la formulación de un acto jurídico-público, ni de manera precedente como un acto preparatorio, ni como parte de su aplicación¹⁰¹⁸. Por tanto, no se concreta en un procedimiento administrativo previamente regulado, aunque se manifiesta por medio de procesos de acción dirigidos y concertados por las autoridades con competencia legal para el cumplimiento de los fines constitucionales que persigue.

2. Teniendo presente que el tipo de la actuación informal de concertación permite entablar una relación jurídica entre la Administración y la ciudadanía, se identifica en ésta un reparto de responsabilidades que ayuda a establecer la intensidad de la intervención estatal y de los particulares como base para la determinación del alcance de los compromisos que se asumen. En lo que concierne al ámbito del Derecho Ambiental, esta gradación de responsabilidades se relaciona con el principio de corresponsabilidad que impone en los ciudadanos un papel activo en la garantía del fin constitucional de la protección ambiental, y

¹⁰¹⁸ Aunque ello no impide que eventualmente pueda ser objeto de vinculación a un acto jurídico-público tal como se precisó en su momento.

que se asimila con la forma de gobernación que propone la gobernanza, más horizontal y menos impositiva.

En consecuencia, las relaciones jurídico-administrativas originadas en el marco de una Administración concertadora, basadas en una posición tendencial de igualdad del ciudadano, van más allá de la relación tradicional bilateral de la Administración y el administrado. La actuación informal desde el lente de la relación jurídica, en la que hay un reparto de tareas que busca el logro de fines jurídico públicos, trasciende la concepción de la Administración como actor que siempre impone su decisión a partir del monopolio de la determinación del interés general. De esta manera, la teoría de las relaciones jurídico-públicas permite un análisis más completo de la diversidad de intereses que se presentan en los espacios de decisión en materia de protección del ambiente.

3. En esta visión amplia de la relación jurídica que posibilita la *relegitimación* democrática de la actividad administrativa, tal y como fue sustentado en esta investigación, exige no perder de vista que los fines constitucionales que se persigue cumplir, involucran derechos y deberes de los actores participantes y además, los derechos de terceros cuyos intereses no estén suficientemente representados. Esta consideración exige hacer una reflexión sobre los criterios o parámetros jurídicos que deben fundamentar la actuación de concertación informal de la Administración. Estos criterios dan cuenta de los principios y reglas que deberían articular tal actividad, lo que constituye un planteamiento procedimental que, por paradójico que pudiera parecer, necesariamente debe conectarse con la teoría del procedimiento administrativo, y del mismo modo, profundizar sobre los derechos, deberes y, por tanto, los efectos jurídicos que generan desde la perspectiva del tipo de relaciones jurídico-administrativas a las que da lugar.

4. Tal reflexión pone de presente la incertidumbre sobre la legalidad de los procesos de concertación informal. A partir del análisis que en este trabajo se abordó sobre la llamada crisis de la Ley, se concluyó, por lo menos para el ordenamiento jurídico colombiano, la imposibilidad de seguir admitiendo una vinculación positiva estricta de la Administración a la Ley. Debido, entre otros aspectos, a una configuración actual de ésta por programas finalísticos que otorgan una amplia discrecionalidad a las autoridades administrativas para emprender actuaciones informales como medios apropiados para alcanzar los fines impuestos. Ello significa que una mejor manera de comprender la vinculación de la legalidad de la

actuación informal, parte de las consideraciones del principio de juridicidad, según el cual, la actividad administrativa debe respetar el ordenamiento jurídico general en el cual la Ley es una de sus fuentes.

En todo caso, esta investigación hace énfasis en que si bien las actuaciones informales de concertación persiguen una mayor eficacia de la actividad administrativa, ello no implica que estén fuera del ordenamiento jurídico. Como se comprobó en este trabajo, la creatividad e innovación que caracteriza a las actuaciones informales para asumir de una manera más apropiada la toma de decisiones en materia ambiental, no puede ocultar las debilidades que los procesos de concertación poseen a la hora de garantizar los derechos tanto de los participantes, como de los terceros no representados. Con el fin de asumir estas debilidades, se propuso el análisis y aplicación de parámetros jurídicos, que representados en los principios de participación, igualdad y no discriminación, proporcionalidad, eficacia, transparencia y rendición de cuentas y confianza legítima, en complemento con los principios de la gobernanza, conforman un conjunto de criterios que previenen la interdicción de la arbitrariedad de la Administración y, además, cumplen con la función de orientar la actuación informal de concertación.

-La determinación de parámetros de la actuación informal de concertación resaltó como premisa que los principios de participación, igualdad y no discriminación poseen una dimensión instrumental que permiten a la ciudadanía ejercer o defender los derechos conexos a los procesos deliberativos. Del mismo modo, se destacó que estos principios comprenden un conjunto de garantías que encauzan los procesos de concertación informal, entre ellas: Una legitimación activa amplia que facilite la intervención ciudadana sin ninguna restricción injustificada; flexibilidad de oportunidades y plazos para la participación de los interesados; y un acceso adecuado, suficiente, veraz y oportuno a la información.

-Por su parte, la mención del principio de proporcionalidad fue fundamental para orientar y evaluar si en el evento de restricciones a la participación, éstas son razonables y eficaces para alcanzar el fin que persigue la norma en nombre de la cual se actúa. En este caso fue preciso citar las reglas que la Corte Constitucional colombiana prevé para su aplicación: si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución; si el trato diferente es "adecuado" para lograr la finalidad perseguida; si el medio utilizado es "necesario", en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales,

para alcanzar el fin perseguido, y si el trato diferenciado es "proporcional *stricto sensu*"(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169 de 2001, 2001).

- De otro lado, con la indicación del principio de eficacia se quiso poner de presente que si bien el desarrollo de la actuación informal de concertación se ha sustentado en la idea difundida de la idoneidad de los procesos deliberativos para alcanzar resultados apropiados, por ejemplo, en el caso de los asuntos ambientales, ello no implica que no se deban cumplir ciertos requisitos verificables en la práctica. En tal sentido, se resaltó que un proceso participativo eficaz debía cumplir por lo menos con tres exigencias: decisiones ágiles sin demoras injustificadas; satisfacción regular y continua de las necesidades sociales; y asumir una perspectiva económica que relacione los beneficios y costes de la actuación.

- En el caso de los principios de transparencia y rendición de cuentas se reiteró que la actuación informal de concertación debe proscribir el secretismo y la arbitrariedad, razón por la que uno de los requerimientos a cumplirse debe ser la publicidad en todas sus etapas. Igualmente, desde el enfoque de la gobernanza, se resaltó que los deberes y obligaciones en los procesos de concertación son exigibles a todos los participantes, y no de exclusivo acatamiento de la Administración.

- Finalmente, el principio de confianza legítima permitió la reflexión acerca de la necesidad de otorgar seguridad a la ciudadanía sobre los procesos de negociación informales, en aras de asegurar su eficacia, y sobre todo, la protección de los derechos de los interesados. Por tanto, se señaló que la actuación informal de concertación en los eventos que no involucra derechos adquiridos, crea "expectativas razonables" que exigen de la Administración el respeto a la «palabra dada» y, por consiguiente, el cumplimiento de los compromisos asumidos.

5. Por último, aunque esta investigación no abordó los problemas jurídicos derivados de la tutela de la actuación informal de concertación, debido a que su objeto de estudio se limitó a la actividad administrativa y no a su control, se propone que el análisis de los parámetros jurídicos es un insumo sobre el cual se pueden llevar a cabo nuevas elaboraciones dogmáticas. Esta propuesta es especialmente útil en el ordenamiento colombiano en el que, como se constató, existe un importante precedente jurisprudencial constitucional que facilita su aplicación. También debe destacarse que el reconocimiento del Consejo de Estado de

nuevas formas de actuación administrativa es un importante avance jurisprudencial en el que se espera que se desarrollen criterios jurídicos que permitan un mayor control del ejercicio de la función administrativa de la autoridad ambiental, cuando crea expectativas legítimas en los ciudadanos y el eventual resarcimiento de los daños. Dicho control deberá tener en cuenta los derechos y la situación especial tanto de los participantes, como de las personas no convocadas, tal y como se quiso establecer en el estudio de cada uno de los parámetros de actuación presentados.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Abendroth, W., Forsthoff, E., & Doehring, K. (1986). *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aberastury, P., & Blanke, H. J. (2011). *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Eudeba-Fundación Konrad Adenauer.
- Ackerman, B. (1993). *La justicia social en el estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Acuña, G. (2010). *El acceso a la información y participación pública en la toma de decisiones ambientales en América Latina: Avances y desafíos hacia una mejor aplicación del principio 10 de la Declaración de Río*. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Addink, H., Anthony, G., Buyse, A., & Flinterman, C. (2010). *Human rights and good governance*. Utrecht: Universiteit Utrecht.
- Agudo, J. (2004). *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental. Tomo I*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Agudo, J. (2011a). La concertación con la administración: especial referencia a la concertación informal. *Opinión Jurídica*, 10(1), 15-32.
- Agudo, J. (2011b). *Concertación con la Administración y protección del medio ambiente*. El programa de familias guardabosques en Colombia. Madrid: Catarata.
- Agudo, J. (2011c). La concertación con la Administración: gobernanza e informalidad. Un estudio para su aplicación a la experiencia del programa de familias guardabosques en Colombia. En J. Agudo, *Concertación con la administración y protección del medio ambiente* (págs. 77-115). Madrid: Catarata.
- Agudo, J. (2013a). Sobre la Europeización del Derecho y la evolución de la Teoría del Procedimiento Administrativo. *Revista Española de Derecho Europeo*(45), 61-112.
- Agudo, J. (2013b). Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la administración. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 123-172.
- Agudo, J. (2014). El método en el administrative law inglés: entre el discurso jurídico y discurso político. *Revista española de Derecho Administrativo*, 411-454.
- Aguilar, L. (2006). *Gobernanza y gestión pública*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Aguilar, L. (2007). *El aporte de la política pública y la nueva gestión pública a la gobernanza*. Santo Domingo: CLAD.
- Aguilar, L. (2010). *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*. México, D.F.: Fundación Friedrich Naumann para la Libertad.
- Aguilera Portales, R. (2012). Las transformaciones del Estado contemporáneo: legitimidad del modelo de Estado neoconstitucional. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 3-25.
- Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo Tomo I*. Barcelona: Bosch.
- Alcántara, M. (1995). *Gobernabilidad, crisis y cambio*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- Allan, A., & Rieu Clarke, A. (2010). Good governance and IWRM—a legal perspective. *Irrig Drainage Syst*, 239–248.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2007). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, D.F: Fontamará.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Almonte, R. (2003). *La participación pública en la legislación ambiental Centro América y República Dominicana*. México, D.F.: Instituto Nacional de Ecología, consultado el 7 de diciembre en la página web: <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/libros/398/almonte.html>.
- Alonso, L. (2006). La evolución de los nuevos movimientos sociales. Una propuesta de síntesis. En S. Arias, & E. Molina, *Universidad y Cooperación al desarrollo* (págs. 103-122). Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid.
- Álvarez Álvarez, F. (2002). La tutela del medio ambiente en el sistema constitucional argentino. *Revista Dikaion*, 7-19.
- Álvarez Gendín, S. (1958). Estudio de la nueva ley de procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 175-206.
- Alviar, H. (2007). Una mirada distinta a las transformaciones del Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Público*, 3-14.
- Amaya, O. (2011). *La Constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Andrade, G. (2005). Política de parques con la gente: ecología de ecosistemas tropicales y gestión de áreas bajo ocupación humana. En *Bases técnicas y legales de la Política de Participación Social en la Conservación* (págs. 13-63). Bogotá: Parques Nacionales Naturales de Colombia.
- Añon, M., & Añón, J. (2002). Del Estado Liberal al Estado Social: la lucha histórica por los derechos sociales. En M. J. Añon, & J. Añón, *Lecciones sobre derechos económicos, sociales y culturales* (págs. 47-85). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Aragón, M. (2009). Del Estado intervencionista al Estado regulador. En F. Becker, *Tratado de regulación del sector eléctrico, Tomo I Aspecto Jurídico* (págs. 27-48). Pamplona: Aranzandi.
- Aragon, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista española de Derecho constitucional* (24), 9-45.
- Aragon, M. (1988). La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista española de Derecho constitucional*(24), 9-45.
- Araujo Juárez, J. (1998). *Tratado de derecho administrativo formal*. Valencia: Vadell.
- Arena, F. (2010). Formalismos jurídicos e institucionalismo económico. Un análisis filosófico de la crítica al formalismo. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 185-202.
- Arena, G. (1993). Transparencia administrativa y democracia. *Revista Vasca de Administración Pública*, 9-20.
- Ariño, G. (1989). Leyes singulares, Leyes de caso único. *Revista de administración pública*, 57-102.
- Armitage, D. (2013). Resilience and administrative law. *Ecology and Society*.
- Arroyo, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 1-32.
- Aymerich, C., & Pernás, J. (2013). *Reforma del Estado y transformación del Derecho Administrativo*. Coruña: Bubok Publishing S.L.
- Baas, L. (2007). To make zero emissions technologies and strategies become a reality, the lessons learned of cleaner production dissemination have to be known. *Journal of Cleaner Production*, 1205-1216.
- Ballbé, M. (2007). El futuro del Derecho Administrativo en la globalización. *Revista de administración pública*(174), 215-276.
- Baltodano, M. (2002). *Democratizar la democracia. El desafío de la Participación Ciudadana*. Managua: Ediciones Graphic Print.

- Bandrés, J. (1996). *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Civitas.
- Baño, R. (1998). Participación ciudadana elementos conceptuales. En E. Correa, & M. Noé, *Nociones de una ciudadanía que crece* (págs. 15-37). Santiago de Chile: Flacso.
- Baño León, J. (2011). *Reserva de Administración y Derecho comunitario*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. Universidad Complutense.
- Barnés, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público* 5, 15-50.
- Barnés, J. (2006). Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas. En J. Barnés (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (págs. 263-341). Sevilla: Global Law Press.
- Barnés, J. (2008). Reforma e innovación del procedimiento administrativo. En J. Barnés, *La transformación del procedimiento administrativo* (págs. 11-69). Sevilla: Global Law Press.
- Barnés, J. (2009). El procedimiento administrativo y las nuevas formas de dirección, regulación y gobernanza. En L. Parejo, F. Velasco, & P. Strauss, *Hacia la modernización del procedimiento administrativo* (págs. 55-71). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Barnés, J. (2010). Procedimientos administrativos de tercera generación. *Revista AIDA*, 11-54.
- Barnés, J. (2011). Tres generaciones del procedimiento. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 77-108.
- Barnés, J. (2012). Algunas respuestas del Derecho Administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el Derecho Privado, procedimientos de tercera generación. En E. Schmidt Assmann, A. Voßkuhle, R. Pitschas, J. Barnés, & L. Parejo, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, 2.0* (págs. 251-378). Sevilla: Global Law Press-Editorial Derecho Global.
- Barnés, J. (2014a). La transparencia: cuando los sujetos privados desarrollan actividades regulatorias. En R. García Macho, *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado* (págs. 77-124). Madrid: Marcial Pons.
- Barnés, J. (2014b). La interacción entre la Constitución y el Derecho administrativo: límites y patologías. En A. Montaña Plata, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (págs. 499-533). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Barriga, M., Campos, J., Corrales, O., & Prins, C. (2007). *Gobernanza ambiental, adaptativa y colaborativa, en bosques modelo, cuencas hidrográficas y corredores biológicos. Diez experiencias en cinco países latinoamericanos*. Turrialba: CATIE.
- Barrios, R., Acevedo, L., & Severiche, C. (2014). Evaluación de impactos ambientales en un laboratorio de calidad de aguas. *Producción+ Limpia*, 32-38.
- Bastida Freixedo, X. (2001). *El silencio del Emperador. Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Bogotá: Unilibros. Universidad Nacional de Colombia.
- Battini, S. (2006). La globalizzazione del diritto pubblico. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*(2), 325-352.
- Bauer, H. (1993). ¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo? *Documentación administrativa*(234), 133-160.
- Baumgartner, T., & Pahl Wostl, C. (2013). UN—Water and its Role in Global Water Governance. *Ecology & Society*, 180-195.
- Bayefsky, A. (1990). *El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho internacional*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, traducido y reproducido con la autorización expresa de Human Rights Law Journal. Consultado el 10 de diciembre de 2013 en la página web: <http://www.programamujerescdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/46.pdf>.
- Beck, U. (1998). *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure .
- Beck, U. (1998). La política de la sociedad de riesgo. *Estudios demográficos y Urbanos* , 501-515.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo* (Primera edición ed.). Barcelona: Paidós Surcos.
- Beladiez, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos.
- Beladiez, M. (2000). La vinculación de la Administración al Derecho. *Revista de Administración Pública*, 315-350.
- Bell, D. (1974). *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*. London: Heinemann.
- Benda, E. (1996). *El Estado Social de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Bermejo, D. (2005). *Posmodernidad: pluralidad y transversalidad*. Barcelona: Anthropos.
- Bernal Pulido, C. (2005b). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Bernal, C. (2006). *Metodología de la investigación: para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Bogotá: Pearson Educación.
- Bernuz, M. (2006). *Francoise Geny y el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- Bielsa, R. (1937). *Ciencia de la Administración*. Rosario: Universidad Nacional del Litoral.
- Betancor, A. (2001). *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley.
- Betancor, A. (2010). *Regulación: Mito y Derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Navarra: Civitas – Thomson Reuters.
- Betancor, A. (2014). *Regulación: mito y derecho*. Navarra: Civitas.
- Betancur, C. (2014). *Derecho procesal administrativo*. Bogotá: Señal Editora.
- Bevir, M. (2006). Democratic Governance: Systems and Radical Perspectives. *Public Administration Review*, 426-436.
- Bignami, F. (2011). From Expert Administration to Accountability Network: A New Paradigm for Comparative Administrative Law. *American Journal of Comparative Law*, 59(4), 859-908.
- Blanco, I., & Gomá, R. (2006). Del gobierno a la gobernanza: oportunidades y retos de un nuevo paradigma. *Politika. Revista de Ciencias Sociales*, 11-27.
- Blanco, J. (2005). Los convenios de colaboración: una modalidad de actuación de la administración que no se encuentra sometida a la Ley 80 de 1993. *Revista Universidad Católica de Oriente* (19), 139-150.
- Blomgren, L., Nabatchi, T., & O’Leary, R. (2005). The New Governance: Practices and Processes for Stakeholder and Citizen Participation in the. *Public Administration Review*, 547-558.
- Bobbio, N. (1972). Formalismo jurídico. En N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Comunità.
- Bobbio, N. (1999). *El problema del positivismo jurídico*. Coyoacan: Fontamará.
- Bobbio, N. (2005). *Teoria General de la Política*. Madrid: Trotta.
- Böckenförde, E.-W. (2000). *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.
- Bogdandy, A. (2013). El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina. En A. von Bogdandy, & O. Mir Puigpelat, *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo* (págs. 293-338). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Bohne, E. (1990). Recent Trends in Informal Environmental Conflict Resolution. En W. Hoffmann-Riem, & E. Schmidt-Assmann, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen* (págs. 217-230). Germany: Baden-Baden.
- Bohne, E. (2013). Der informalen Regulierungsstaat am Beispiel der Energiewirtschaft. En C. Franzius, S. Lejeune, K. Lewinski, K. Messerschmidt, G. Michael, M. Rossi, P. Wysz, *Beharren. Bewegen. Festschrift für Michael Kloepfer* (págs. 529-549). Berlin: Duncker & Humblot.
- Bonilla, D. (2009). Introducción: Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos: la estructural de debate. En D. Bonilla, *Teoría del Derecho y Trasplantes Jurídicos* (págs. 11-36). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Bonilla, D. (2010a). *Justicia colectiva, Medio Ambiente y Democracia Participativa*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Bonilla, D. (2010b). Democracia participativa, consulta previa y diversidad cultural, la ley general forestal y la Corte Constitucional. En D. Bonilla, *Justicia colectiva, medio ambiente y democracia participativa* (págs. 13-24). Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Bonilla, S., Almeida, C., Giannetti, B., & Huisingh, D. (2010). The roles of cleaner production in the sustainable development of modern societies: an introduction to this special issue. *Journal of Cleaner Production*, 1-5.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exegesis en el derecho civil. Vol.12*. Puebla: Editorial José M. Cájica.
- Bonnin, C. J. (1808). *Principes D'Administration publique* (seconde ed.). Paris: Chez Renaudiere Imprimeur-Libraire. Disponible en la web: <http://web.archive.org/web/20120320114915/http://www.omarguerrero.org/archivos/BonninPAP1809.pdf>.
- Boquera Oliver, J. M. (1963). Criterio conceptual del Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*(42), 121-153.
- Botero Bernal, A. (2006). Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: formalismo versus principios y/o valores. *Opinión jurídica*, 33-61.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del derecho* (págs. 153-220). Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes-Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Brewer Carías, A. (1978). *La evolución del concepto de contrato administrativo*. En *El Derecho administrativo en América Latina* (págs. 143-167). Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

- Brewer Carías, A. (1987). *Estudios de Derecho Administrativo*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Brugué, Q., Gomà, R., & Subirats, J. (2005). Gobernar ciudades y territorios en la sociedad de las redes. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*(32), 1-8.
- Caillosse, J. (2007). Droit administratif et sciences sociales. En M. Ruffert, & M. Ruffert (Ed.), *The transformation of Administrative Law in Europe* (págs. 171-202). Munich: European Law Publishers.
- Calame, P. (2009). *Hacia una revolución de la gobernanza*. LOM Ediciones.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Calvo García, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo González, J. & Monereo Pérez, J. León Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (4), 483-551
- Campbell, B. (2000). *Gouvernance : un concept apolitique?*. Dourdan, France : Séminaire d'été du Haut Conseil de la Coopération Internationale Recuperado de:<http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Campbell-Gouvernance-concept-apolitique.pdf>.
- Campbell, J., Hollingsworth, J., & Lindberg, L. (1991). *Governance of the American Economy*. New York: Cambridge University Press.
- Canaris, C.-W. (1995). *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Madrid: Civitas.
- Canaris, W. (1999). *El sistema en la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Capo, J. (2005). El Derecho y la Ciencia Política. En J. Castellà, *La constitución y el ordenamiento jurídico* (págs. 451-470). Barcelona: Atelier.
- Carballeira, T. (1995). La tutela ambiental en el derecho norteamericano. *Revista de Administración Pública* (137), 511-548.
- Carbonell, M., Orozco, W., & Vásquez, R. (2002). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México: Siglo Veintiuno.
- Cardona, R., Flores, L., Silvia, S., & Arango, I. (2010). Fortalecimiento del desempeño ambiental empresarial, a través del programa de producción más limpia y consumo sostenible del Área Metropolitana del Valle de Aburrá. *Revista Producción+ Limpia*, 5(2), 9-23.

- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 265-285.
- Caroni, P. (2012). *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson-Universidad Carlos Tercero de Madrid.
- Carré de Malberg, R. (2001). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carrizosa Umaña, J. (1992). *La política ambiental en Colombia, desarrollo sostenible y democratización*. Bogotá: Cerec.PNUMA.
- Carrizosa Umaña, J. (2001). *¿Qué es ambientalismo? La visión ambiental compleja*. Bogotá: Cerec. PNUMA.
- Carvajal, B. (2010). Alcances y limitaciones del debido proceso en el procedimiento administrativo. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 7-21.
- Casado Casado, L. (2009). El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia. *Revista de Administración Pública*(178), 281-322.
- Cassagne, J. (2005). El derecho administrativo argentino. En S. González Varas, *Derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.
- Cassese, S. (1994). *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Cassese, S. (2005). Il diritto amministrativo globale: una introduzione. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*(2), 331-358.
- Cassese, S. (2006). *La globalización jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Cassese, S. (2009). Globalizzazione del diritto. *XXI Secolo Enciclopedia Italiana*(7-14).
- Cassese, S. (2012). New paths for administrative law: A manifesto. *International Journal of Constitutional Law*, 10(3), 603-613.
- Cassese, S. (2014a). *Derecho Administrativo: historia y futuro*. Sevilla: INAP-Global Law Press.
- Cassese, S. (2014b). Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo. En A. Montaña Plata, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (págs. 281-305). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Castro, E. (2011). Aproximación al concepto de gobernanza en Colombia y algunos apuntes sobre su importancia en el derecho ambiental. *Opinión Jurídica*, 33-56.

- Castro, E., Correa, J., & Bustamante, I. (2011). Marco jurídico colombiano sobre protección y conservación de las áreas de especial importancia ecológica y biodiversidad. En J. Agudo, *Concertación con la Administración y protección del medio ambiente*. El programa de familias guardabosques en Colombia. Madrid: Catarata.
- Cavanna, A. (2005). *Storia del diritto moderno in Europa. Vol. II*. Milano: Giuffrè.
- Ceballos, M., & Martin, G. (2001). *Participación y fortalecimiento institucional a nivel local en Colombia*. Bogotá: Ceja.
- Cerrillo, A. (1998). *La transparencia administrativa: Unión Europea y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cerrillo, A. (2005). La Gobernanza Hoy: Introducción. En A. Cerrillo, *La Gobernanza hoy 10 textos*. (págs. 11-31). Madrid: INAP.
- Cerrillo, A. (2012). Derecho Administrativo y gobernanza democrática de las redes. En M. Barreda, & A. Cerrillo, *Gobernanza, instituciones y desarrollo* (págs. 135-162). Valencia : Tirant lo blanch.
- Cerrillo, A. (2013). *Utilidades de la Ciencia Política y de la Administración para el Derecho Administrativo.II Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, Noviembre*. Madrid: noviembre (paper).
- Chang, Y. T., & Stirton, L. (2007). Administrative Law and the Social Sciences from a British Perspective: Policy-Oriented Approaches as an Illustrative Case Study. En M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law in Europe* (págs. 145-170). München: European Law Publishers.
- Chávez, A. (2008). *Los convenios de la administración: entre la gestión pública y la actividad contractual*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Chevallier, J. (2011). *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado.
- Chibber, A., Commander, S., Evans, A., Fuhr, H., Kane, C., Leechor, C., Weder, B. (1997). *World development report 1997 - The state in a changing world*. Washington, DC: World Bank. Recuperado de:<http://documents.worldbank.org/curated/en/1997/06/17396260/world-development-report-1997-state-changing-world>.
- Chinchilla Marín, C. (2002). Reflexiones en torno al principio de eficacia de la actuación administrativa. En J. Rodríguez Arana (Ed.), *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca* (págs. 305-326). Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública.
- Chiti, M. (1995). Are there Universal Principles of Good Governance? *European Public Law, Issue 2*, 241–258.

- Cohen, D. (2007). *Tres lecciones sobre la sociedad postindustrial*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Colmeiro, M. (1850). *Derecho administrativo español. Tomo I*. Madrid: LIMA, Casa de los señores Calleja, Ojea y Compañía.
- Colmeiro, M. (1865). *Derecho administrativo español* (3 ed.). Madrid: Impr. de J. Rodríguez.
- Cortada, J., Dijkstra, S., Mooney, G., & Ramsey, T. (2008). *Government 2020 and the perpetual collaboration mandate: Six worldwide drivers demand customized strategies*. NY: IBM Institute for Business Value.
- Cotino, L. (2003). *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, Trabajo de investigación, 2º premio en el III Premio Marcelo Martínez Alcubilla, por el Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, para estudios sobre la Administración General del Estado. Valencia: Universidad de Valencia, consultado el 4 de agosto de 2015 en la página web: <http://www.cotino.net/publicaciones/>.
- Coviello, P. (1998). La denominada “zona de reserva de la Administración” y el principio de la legalidad administrativa. En J. Cassagne, *Derecho administrativo : obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff* (págs. 193-222). Madrid: Abeledo-Perrot.
- Covilla, J. (2014). Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. *Revista digital de Derecho administrativo*, 169-190.
- Cruz Fernández, K. (2006). “Buena Gobernanza” y el Banco Mundial: *Un análisis sobre el impacto de la agenda de “Buena Gobernanza” en el proyecto petrolero Chad-Camerún. (Tesis Licenciatura, Universidad de las Américas Puebla)*. Recuperado de: http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/cruz_f_k/capitulo_1.html.
- Cuestión P. (2 de Julio de 2015). Blog de comunidades afrodescendientes. Obtenido de sitio web de difusión de Cuestión P. Prácticas identitarias y fundamentación teórica de la afrodescendencia: <http://cuestionp.blogspot.com/2013/12/saldo-favor-pequeno-balance-del-2013.html>
- Curtin, D., & Dekker, I. (2002). Governance as a Legal Concept within the European Union: Purpose and Principles. *International Law FORUM du droit international*, 134-148 .
- Darnaculleta, M. (2010). La recepción y desarrollo de los conceptos y fórmulas de la regulación. el debate en la República Federal Alemana. En S. Muñoz Machado, *Derecho de la regulación económica. Fundamentos e Instituciones de la regulación* Vol. 1(págs.349-381). Madrid: Iustel
- De Laubadère, A. (1967). *Traité élémentaire de droit administratif Vol.1* (4ème ed.). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

- De Laubadere, A. (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis.
- Dellapenna, J., Gupta, J., Wenjing, L., & Schmidt, F. (2013). Thinking about the Future of Global Water Governance. *Ecology & Society*, 383-391.
- De los Santos, A. (2012). *Derecho Administrativo I*. México: Red Tercer Milenio.
- De Membiela, J. (2006). El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la Administración Pública. *Revista de administración pública*, (171), 249-263.
- De Villamor, E. (2002). La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: la teoría de Françoise Geny. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 431-447.
- Del Campo, E. (2012). Instituciones y gobernanza en América Latina: la continuidad de las reglas informales. En M. Barreda, & A. Cerrillo, *Gobernanza, instituciones y desarrollo* (págs. 191-210). Valencia: Tirant lo blanch.
- Delgado, F. (2000). La Directiva 96/61/CE de Prevención y control integral de la contaminación. Justicia Administrativa, *Revista de Derecho Administrativo*, 15-28.
- Derecho Público Global. (16 de abril de 2015). *Quiénes somos: Derecho Público Global*. Obtenido de sitio web del grupo de investigación Derecho Público Global: <http://www.derechopublicoglobal.es/>
- Descalzo González, A. (2011). *La noción de Derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Descalzo González, A. (2012). Eficacia administrativa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(2), 145-151.
- De Vivero, F. (2004). La protección de la confianza legítima y su aplicación a la contratación estatal. *Revista de Derecho público*, 17, 123-148.
- Díaz del Castillo, A. (junio de 2013). Aproximación al concepto de democracia deliberativa. *Ratio Juris*, 8(16), 77-104.
- Díaz, E. (1996). Estado de Derecho. En E. Díaz, & A. Ruíz, *Filosofía política II. Teoría del Estado* (págs. 63-82). Madrid: Trotta.
- Díez Moreno, F. (2004). *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons.
- Díez Sastre, S. (2015). La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho Público. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 105-135.

- Doherty, B., & De Geus, M. (1996). *Democracy and Green Political Thought: Sustainability, Rights and Citizenship*. New York: Routledge.
- Domínguez, J. (2003). *La prevención y control integrado de la contaminación*. Madrid: Montecorvo.
- Doornbos, M. (2004). Good governance: the pliability of a policy concept. *Journal of the Humanities and Social Sciences*, 372-387.
- Dromi, R. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Dryzek, J. (2002). *Deliberative Democracy and Beyond [Electronic book]: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford : Oxford University Press.
- Duiguit, L. (1926). *Manual de Derecho Constitucional* (Segunda ed.). Madrid: Francisco Beltrán.
- ECOFONDO. (1997). *Se hace camino al andar. Aportes para una historia del movimiento ambiental en Colombia*. Bogotá: ECOFONDO.
- Elster, J. (1998). Deliberation and constitution making. En J. Elster (Ed.), *Deliberative democracy* (págs. 97-122). Cambridge: Cambridge University Press.
- Entrena Cuesta. (1960). El concepto de Administración pública en la doctrina y el Derecho positivo español. *Revista de administración pública*(32), 55-74.
- Entrena Cuesta, R. (1976). *Curso de Derecho administrativo* (Quinta ed.). Madrid: Tecnos.
- Esteve Pardo, J. (1999). *Técnica, riesgo y derecho* (Primera ed.). Barcelona: Ariel.
- Esteve Pardo, J. (2003). De la policía administrativa a la gestión de riesgos. *Revista Española de Derecho Administrativo*(119), 323-346.
- Esteve Pardo, J. (2007). La regulación de la economía desde el Estado garante. En *La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales* (págs. 311-347). Navarra: Thomson-Aranzadi.
- Esteve Pardo, J. (2010). La recepción en la Europa continental del Derecho de la regulación de la economía. *Revista de Administración Pública*, 295-307.
- Esteve Pardo, J. (2012). La extensión del Derecho público. Una reacción necesaria. *Revista de administración pública*, 11-40.
- Esteve Pardo, J. (2013). *Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.

- Esteve Pardo, J. (2014a). La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización. *Revista Vasca de Administración Pública*, 1231-1239.
- Esteve Pardo, J. (2014). Perspectiva e impacto de la crisis desde la nueva correlación entre Estado y sociedad. *Documentación Administrativa, Nueva Época*.
- Estevez, J. (1990). La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *Anuario de Filosofía del Derecho* (VII), 107-130
- Estrada, S. (2010a). Los principios jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. *Diálogo de saberes*(32), 159-171.
- Estrada, S. (2010b). La ponderación o la débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad. *Universitas*(121), 77-112.
- Estrada, S. (2012). Filosofía del Derecho y neoconstitucionalismo. En A. Botero, *Filosofía del Derecho* (págs. 509-572). Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Expósito, J. (2003). *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español: análisis de la selección de contratistas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fauvarque Cosson, B. (2007). *La confiance légitime et l'estoppel*. Paris: Société de législation comparée.
- Fernández, J. (2006). La crisis de la ley: control judicial de la legalidad. En J. Ramos, & M. Rodilla, *El positivismo jurídico a examen : estudios en homenaje a José Delgado Pinto* (págs. 555-580). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Ferrada, J. (2007). Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de Derecho*, 69-94.
- Ferrada, J. (2012). El sistema de justicia administrativa chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses. *Revista de Derecho*, 103-126.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de Derecho. *Revista internacional de filosofía política*, 31-46.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 13-29). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.

- Ferrajoli, L. (2008). La teoría de los derechos en el sistema de los saberes jurídicos. En L. Ferrajoli, M. José, & M. Atienza, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (págs. 25-68). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del Derecho*, tomo I. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrante, R. (2013). Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, 29-53.
- Ferrer, J. (1967-1968). La superación del formalismo jurídico mediante una apertura de la Filosofía del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 79-118.
- Ferrière, J. (2007). La jurisdicción administrativa en Francia. En S. Rosado, *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa* (págs. 163-222). Madrid: Dykinson.
- Figueiredo, D. (2010). Nuevas funciones constitucionales en un Estado democrático de derecho. Un estudio de caso en Brasil. *Revista de Administración Pública*, 9-29.
- Fiorini, B. (1968). *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Fleiner, F. (1933). *Les principes généraux du droit administratif allemand*. Paris: Librairie Delagrave.
- Flores Avalos, E. (2006). Jurisprudencia de conceptos. En N. González Marín, *Estudios jurídicos en honor a Marta Morineau. Tomo I.* (págs. 219-232). México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Forsthoff, E. (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Forsthoff, E. (1975). *El Estado en la sociedad industrial*. Madrid: IEP.
- Forsthoff, E. (1986). Concepto y esencia del Estado Social del Derecho. En W. Abendroth, E. Forsthoff, & K. Doehring, *El Estado Social* (págs. 69-106). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Fortes, A. (2004). *El Régimen Jurídico de la autorización ambiental integrada*. Madrid: Ecoiuris.
- Fraga, G. (1939). *Derecho administrativo*. México: Librería de Porrúa Hnos Y Cía.
- Franco, I. (2007). *Manuale del nuovo diritto amministrativo*. Milano: IPSOA.
- Fresner, J. (1998). Cleaner production as a means for effective environmental management. *Journal of Cleaner Production*, 6, 171-179.

- Gabriel, J. (19 de Noviembre de 2014). *Political Science Concept Formation (Part I)-Definitions Matter*. Obtenido de sitio web de Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1958766>
- Galetta, D. U. (1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho comunitario. *Cuadernos de Derecho Público* 5, 75-118.
- Gallego Anabitarte, A. (1979). Derecho público, Derecho constitucional, Derecho administrativo (Prólogo). En Á. Menendez Rexach, *La jefatura del Estado en el Derecho público español* (págs. 9-47). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Gallego Anabitarte, A. (1996). La discusión sobre el método en derecho público durante la República de Weimar (Ciencias del espíritu y método jurídico). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-37.
- Gallego Anabitarte, A., & Menendez, R. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Gallego, M. E. (2009). La participación y la comunicación como factores esenciales en los procesos de producción más limpia: experiencia plan SAC. *Revista de la Facultad de Trabajo Social UPB*, 168-185.
- García Amado, J. (2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? *ISEGORÍA*, 151-172.
- García Amado, J. (2009). Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Precursores. En F. Mantilla, *Controversias Constitucionales*. Bogotá: Ediciones Universidad del Rosario.
- García de Enterría, E. (1960). Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*(2-3).
- García de Enterría, E. (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1989). *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E. (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Pamplona: Civitas.
- García de Enterría, E. (2000). Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión histórica y comparatista. *Revista de Administración Pública* (152), 93-105.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2008). *Curso de derecho administrativo. Tomo I y II*. Bogotá: Temis.

- García, E. (1983). El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española. *Revista de administración pública*, 21-92.
- García Figueroa, A. (2011). Neoconstitucionalismo: dos (o tres) perros para un solo collar. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 121-137.
- García Luengo, J. (2002). *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- García Macho, R. (1989). Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi* (págs. 53-466). Madrid: Civitas.
- García Macho, R. (2008). Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento. En J. Barnés, *La transformación del procedimiento administrativo* (págs. 183-229). Sevilla: Global Law Press.
- García Maynez, E. (1983). *Filosofía del Derecho* (4 ed.). México: Porrúa.
- García Pelayo, M. (1974). *Burocracia y Tecnocracia*. Madrid: Alianza Editorial.
- García Pelayo, M. (1987). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- García Ruíz, L. (2003). La noción de sistema en la génesis del formalismo jurídico y su crítica a partir de la jurisprudencia sociológica norteamericana. *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, 389-406.
- García Trevijano, J. A. (1954). Reglamento de procedimiento del Ministerio de Industria. *Revista de administración pública*, 261-274.
- García Trevijano, J. A. (1974). *Tratado de Derecho administrativo*. Madrid: Edersa.
- Gargarella, R. (2009). Crítica del estado del derecho. Comentario a “Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina”. En D. Bonilla, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (págs. 161-176). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Garrido Falla, F. (1952). Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales. *Revista de Administración Pública*(7), 11-50.
- Garrido Falla, F. (1989). *Tratado de Derecho Administrativo I*. Madrid: Tecnos.
- Garzón, E., & Laporta, F. (2001). *El Derecho y La Justicia*. Madrid: Trotta.
- Gentes, I. (2008). *Gobernanza, gobernabilidad e institucionalidad para la gestión de cuencas: estado de arte. Seminario Internacional Cogestión de Cuencas Hidrográficas: Experiencias y Desafíos*. Recuperado de la página web: <http://www.pnuma.org/agua->

- Geny, F. (1925). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Reus.
- Giannini, M. (1991). *Derecho Administrativo*. Milano: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Giraldo, O. (2010). *Derecho Administrativo General*. Medellín: Abogados librería .
- Gómez, E. (1995). *Nuevo Derecho Administrativo colombiano* . Bogotá: Dike.
- Gómez, M., Florez, L., Cardona, R., Isaza, C., & Rendón, M. (2006). Producción más limpia en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá (Antioquia Colombia). *Revista de Producción más limpia*, 1(1), 7-30.
- Gómez Pomar, J. (2007). ¿Se puede medir la eficiencia de las Administraciones públicas? En *La Administración pública que España necesita* (págs. 125-145). Madrid: Círculo de Empresarios,.
- Gonod, P. (2011). Legitimacy in Administrative Law: Reform and Reconstruction. En M. Ruffert, *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction* (págs. 1-8). Europa Law Publishing.
- González Bondía, A. (2008). La regulación comunitaria europea del acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente en sus Estados miembros. En A. Pigrau i Solé (Ed.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*. Barcelona: Atelier.
- González, E., & Velásquez, F. (2003). *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Bogotá: Fundación Corona.
- González García, J. M. (1999). De la diosa Fortuna a la sociedad del riesgo. *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas* (electrónica), <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/0/jmglezgar.htm>.
- González Rey, S. (2007). La constitucionalización del procedimiento administrativo en Colombia y su incidencia en el control de la Administración. En *Control de la Administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo* (págs. 205-221). México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- González Varas, S. (2005). *El Derecho Administrativo Iberoamericano* . Granada: Unión Iberoamericana de Municipalistas.

- González Varas, S. (2007). Sistema general de la impugnación de la actuación administrativa en el Derecho alemán. En S. Rosado, *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa* (págs. 133-162). Madrid: Dykinson.
- González Vicen, F. (1979). Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo. *Estudios de filosofía del derecho*, 141-170.
- González Villa, J. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano, Parte General, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gordillo, A. (1978). Presente y futuro del Derecho administrativo en Latinoamérica. En *El Derecho administrativo en América Latina* (págs. 24-36). Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Adiminsitrativo: parte general* (Octava ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas Tomo II*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Grana, F. (2005). *Los claroscuros de la gobernanza y el fin del “Estado Social”*. *Diálogo social y gobernanza en la era del Estado mínimo*. Montevideo: CINTERFOR.(Papeles de la oficina técnica, 16).
- Grindle, M. (2007). Good Enough Governance Revisited. *Development Policy Review*, 553-574.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* (págs. 49-73). Madrid: Trotta.
- Guhl, E. (1997). Evolución del concepto de la Producción más limpia en Colombia. En V. y. Ministerio de Ambiente, *Vivienda y Desarrollo Territorial. Programa hacia una Producción más limpia. Avances y perspectivas 1995-1998* (págs. 14-80). Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Guichot, E. (2011). *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*. Laboratorio de alternativas. Documentos de Trabajo 170.
- Haba, P. (2007). Métodos para la investigación jurídica: un cuentito más. *Estudios de derecho*, 123-145.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. Cambridge: MIT Press.
- Habermas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad. Vol. 3035*. Buenos Aires: Katz Editores.
- Haldenwang, C. (2005). Gobernanza sistémica y desarrollo en América Latina. *Revista de La Cepal*, 35-52.

- Hauriou, M. (1976). *Obra escogida*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Hauriou, M. (2012). *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz.
- Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Henaó, J. C. (2014). Estado Social y Derecho administrativo. En A. Montaña , & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 145-201). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Hernández Gil, A. (1971). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Madrid: Gráficas Ugina.
- Hernández Gil, A. (1981). *La ciencia jurídica tradicional y su transformación* . Madrid: Civitas.
- Henkel, H. (1968). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.
- Hewitt, C. (1998). Uses and Abuses of the Concept of Governance. *International Social Science Journal*, 105-113.
- Hierro, L. (1998). *Estado de Derecho, problemas actuales*. Madrid: Fontanara.
- Hierro, L. (2008). *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*. Madrid: Iustel.
- Hill, C., & Lynn, L. (2004). Governance and Public Management, an Introduction. *Journal of Policy Analysis and Management*, 3-11.
- Hoffman Riem, W. (1993). La reforma del derecho administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho ambiental. *Documentación Administrativa* (234), 19-84.
- Hoffmann Riem, W. (2007). The potential impact of Social Sciences on Administrative Law. En M. Ruffert, *The transformation of Administrative Law in Europe* (págs. 203-242). München: Sellier.
- Hollingsworth, J., & Lindberg, L. (1985). *The Governance of the American Economy: The Role of Markets, Clans, Hierarchies, and Associative Behavior*. London: IIM, Labour Market Policy.
- Hoyos Duque, R. (2004). La acción popular frente al contrato estatal. *Revista de Derecho Público*, 41-58.
- Hutchinson, T. (1994). *Régimen de procedimientos administrativos*. Buenos Aires: Astrea.
- Ibáñez Méndez, I. (2003). Los poderes públicos y la defensa del medio ambiente. *Observatorio medioambiental*(6), 45-71.

- Ibarra Güell, P. (2007). Participación y poder: de la legitimación al conflicto. En I. Ahedo Gurrutxaga, & P. Ibarra Güell (Edits.), *Democracia participativa y desarrollo humano* (págs. 37-56). Madrid: Dykinson.
- Ibarra Güell, P. (2011). *Democracia Relacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ibarra Güell, P., & Blas, A. (2006). *La participación: estado de la cuestión*. Bilbao: Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional- Hegoa.
- Ihering, R. (1962). Espíritu del derecho romano. Madrid: *Revista de Occidente* (versión abreviada).
- Ihering, R. (2001). *El espíritu del derecho romano Vo.1*. México D.F.: Oxford University Press.
- Ihering, R. (15 de Marzo de 2015). *Teoría de la técnica jurídica*. Obtenido de <http://www.uv.es/mariaj/textos/ihering.pdf>
- Innerarity, D. (2006). *El nuevo espacio público*. Madrid: Espasa.
- Inomata, T. (2008). *Examen de la gobernanza ambiental dentro del sistema de las Naciones Unidas*. Ginebra: Naciones Unidas, recuperado de la página web: https://www.unjui.org/es/reports-notes/JIU%20Products/JIU_REP_2008_3_Spanish.pdf.
- Iñiguez, L. (1996). Lo socioambiental y el bienestar humano. *Revista Cubana de Salud Pública*, 13-14.
- Jara i Manzano, J. (2011). *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jaramillo, A., & Vásquez, P. (2003). Proceso de concertación para la implementación de producción más limpia en las curtiembres de El Cerrito. *International Water Association. Memorias del evento: Agua 2003*. (págs. 1-4). Cartagena de Indias: Universidad del Valle; CINARA.
- Jellinek, G. (1958). *Teoría general del Estado*. México: Compañía Editorial Continental.
- Jéze, G. (1946). *Principios generales del Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Jéze, G. (1948). *Principios generales del derecho administrativo. Tomo II*. Buenos Aires: Depalma.
- Jiménez Blanco, A. (1987). La función legislativa y la “reserva de administración”. Notas sobre un nuevo concepto. En A. G. Estado, *Las Cortes Generales Vol.2* (págs. 1441-1454). Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda-Instituto de Estudios Fiscales.

- Jiménez, W., Ramírez, C., & Roncancio, P. (2007). *Gobernabilidad y gobernanza en la transformación de* . Bogotá: ESAP.
- Jinesta, E. (2010). *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de. Constitución y Justicia Constitucional*, 1-19.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* México, D.F.: Fontamará.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho, 2ª ED.* México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial.* Bogotá: Siglo del Hombre.
- Khalili, N., Duecker, S., Ashton, W., & Chavez, F. (2015). From cleaner production to sustainable development: the role of academia. *Journal of Cleaner Production*, 30-43.
- Kjaerheim, G. (2005). Cleaner production and sustainability. *Journal of Cleaner Production*, 13, 329-339.
- Klijn, E.-H. (2005). Las redes de políticas públicas: una visión de conjunto. En A. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 213-244). Madrid: INAP.
- Kloepfer, M. (1993). En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado. *Documentación administrativa* (235-236), 33-53.
- Kluth, W. (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán. *Cuadernos de Derecho Público* 5, 219-237.
- Kluth, W. (2013). Allgemeines Umweltrecht. En W. Kluth, & U. (. Smeddinck, *Umweltrecht. Ein Lehrbuch* (págs. 1-67). Berlin: Springer.
- Knill, C. (2004). Modes of governance and their evaluation. *Journal of the Humanities and Social Sciences*, 352-371.
- Kooiman, J. (27 -29 de noviembre de 2003.). Governing as Governance. Conferencia internacional “Democracia, gobernanza y bienestar en las sociedades globales”. Barcelona.
- Kooiman, J. (2005). Gobernar en gobernanza. En A. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 57-81). Madrid: INAP.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Laband, P. (1979). *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de estudios Fiscales.
- Lacroix, I. (2012). La gouvernance : tenter une définition. *Cahiers de recherche en politique appliquée*, 19-37.

- Laferrière, É. (1896). *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome I* (2eme ed.). Paris: Berger-Levrault et cia.
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *DOXA*, 320-330.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Larenz, K. (2010). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Launay, C. (2006). *El uso del concepto de gobernanza o/y gobernabilidad en Colombia*. Recuperado de: www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-236.html.
- Launay, C., & Bolivar, I. (2010). La gobernanza como vínculo entre gobernados y gobernantes. En C. Launay, & G. F. (Eds), *Gobernanza y conflicto. Interacción entre gobernantes y gobernados en un contexto violento* (págs. 13-22). Bogotá: CINEP-IRG, Universidad Javeriana.
- Laurence, J., & O'toole, J. (2005). Las implicaciones para la democracia de una burocracia en red. En A. Cerrillo (Ed.), *La Gobernanza hoy 10 textos* (págs. 245-262.). Madrid: INAP.
- Le Galès, P. (2010). Gouvernance. En L. Boussaguet, S. Jacquot, & P. Ravinet, *Dictionnaire des politiques publiques* (págs. 299-308). Paris: Presses de Sciences Po.
- Lebel, L., Anderies, J., Campbell, B., Folke, C., Hatfield Dodds, S., Hughes, T., & J, W. (2006). Governance and the capacity to manage resilience in regional social-ecological systems. *Ecology and Society*, On line. Recuperado de la página web: <http://www.ecologyandsociety.org/vol11/iss1/art19/>.
- Leff, E. (1991). Análisis sociológico del movimiento ambientalista en América Latina. En M. García- Guadilla, *Ambiente, Estado y Sociedad* (págs. 131-150). Caracas: Universidad Simón Bolívar-Centro de Estudios del Desarrollo.
- Leguina Villa, J. (1987). Principios generales del Derecho y Constitución. *Revista de administración pública*(114), 7-38.
- Leiter, B. (2010). Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue? Chicago: *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper* No. 320.
- Lennart, O., & Brian, H. (2015). Urban water governance in times of multiple stressors: an editorial. *Ecology & Society*, 696-700.
- Licha, I. (2003). *Concertación y gerencia social: conceptos, enfoques y experiencias*. Panamá: CLAD.
- Licha, I. (2004). Concertación y gerencia social: conceptos, enfoques y experiencias. *Revista de Administración Pública* (110), 157-179.

- Lizarazo, L. (2004). *La regulación económica: Tendencias y desafíos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Loperena, D. (1998). *Los principios del Derecho Ambiental*. Madrid: Civitas.
- López González, E. (1989). Una aproximación de la Ciencia de la Administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la Administración pública. *Documentación Administrativa* (218-219), 67-96.
- López González, J. (1998). El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. *Cuadernos de Derecho Público* 5, 143-158.
- López Jurado, F. (2008). Los procedimientos administrativos de gestión del riesgo. En J. Barnés, *La transformación del procedimiento administrativo* (págs. 143-181). Sevilla: Global Law Press.
- López, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas.
- López Medina, D. (2000). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. (2004). *La Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: Legis-Universidad de Los Andes-Universidad Nacional.
- López Medina, D. (2007). El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano. *Revista de Derecho Público*, 3-42.
- López Menudo, F. (1991). El derecho a la protección del medio ambiente. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (10), 161-291.
- López Mesa, M. (2009). La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación. *Universitas*, 189-222.
- López Ramón, F. (1997). El Derecho Ambiental como Derecho de la Función Pública de protección de los recursos naturales. En J. M. Valle Muñiz, *La protección jurídica del medio ambiente* (págs. 105-128). Madrid: Aranzadi.
- Lora, A., Muñoz, L., & Rodríguez, G. (2008). *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia*. Bogotá: Iniciativa de Acceso Colombia, ILSA y universidad del rosario.
- Lorca Siero, A. (1995). *Aspectos de la crisis del Estado de Derecho*. Madrid: León: Man.
- Lozano Cutanda, B. (2007). *Derecho Ambiental Administrativo*. Madrid: Dykinson.
- Lübe Wolff, G. (1993). "El principio de cooperación en el Derecho medioambiental", en *Documentación Administrativa*. *Documentación Administrativa*, 403-428.

- Lyon, D. (2000). *Postmodernidad*. Madrid: Alianza.
- Lyotard, J. F. (1989). *La condición postmoderna: informe sobre el saber*. Madrid: Cátedra.
- Macías Gómez, L. F. (1998). *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis.
- Malagón, M. (2005). La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo francés. La invención de la teoría del acto político o de gobierno y su ausencia de control judicial. *Diálogo de saberes*, 167-190.
- Malagón, M. (2007). *Vivir en policía. Una contralectura a los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Margadant, G. (1986). *La segunda vida del derecho romano*. México: Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa.
- Marichal, C. (2010). *Nueva historia de las grandes crisis financieras: una perspectiva global, 1873-2008*. Buenos Aires: Debate.
- Martin, J. (19 de Noviembre de 2014). *Political Science Concept Formation (Part I)-Definitions Matter*. Obtenido de sitio web de Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=1958766>
- Martín Retortillo, L. (1962). La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge”. *Revista de Administración Pública*, 35-65.
- Martín Retortillo, S. (1958). Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español. *Revista de Administración Pública*(26), 11-49 .
- Marx, K. (15 de Noviembre de 2014). *Manuscritos Económicos y filosóficos de 1844*. Obtenido de <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/manuscritos/man1.htm>
- Martínez Alier, J. (1992). *De la economía ecológica al ecologismo popular*. Barcelona: Icaria.
- Martínez Useros, E. (1950). *Los requisitos de forma del acto administrativo*. Murcia: Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Masucci, A. (2011). Formación y evolución del Derecho administrativo en Francia y Alemania (184). *Revista de Administración Pública*, 9-39.
- Maurer, H. (2012). *Derecho administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mayer, O. (1949). *Derecho Administrativo alemán. Tomo I*. Buenos Aire: Depalma.
- Mayntz, R. (2003). New challenges to governance theory. En H. P. Bang (Ed.), *Governance as social and political communication* (págs. 27-40.). Manchester: Manchester University Press.

- Mayntz, R. (2005). Nuevos desafíos de la teoría de la Gobernanza. En A. Cerrillo (Ed.), *La Gobernanza hoy 10 textos* (págs. 83-98). Madrid: INAP.
- Mayr, J. (2002). Proyecto colectivo ambiental: retos y realizaciones. En M. d. *Ambiente, Congreso Nacional Ambiental-Memorias* (págs. 43-52). Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente.
- Mckernan, J. (1999). *Investigación-acción y curriculum*. Madrid: Ediciones Morata.
- Medellín cómo vamos. (2014). *Medio ambiente y gestión del riesgo*. Medellín: www.medellincomovamos.org.
- Mejía, O. (2009). Aproximaciones a la historia de la cultura jurídica en Colombia. En *Libro en Memoria del Profesor Dr. Luis Villar Borda* (págs. 327 - 356). Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia .
- Melero, E. (2003). La dogmática jurídica es política: la importancia de las concepciones políticas en el trabajo de los juristas. Un acercamiento desde el derecho público. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 235-263.
- Merkel, A. (1975). *Teoría general del derecho administrativo*. México: Editorial Nacional.
- Mescheriakoff, A. (1990). Legalidad, eficiencia y equidad: las variables de la legitimidad administrativa. La experiencia francesa. *Revista internacional de ciencias administrativas: revista de administración pública comparada*, 57(2), 115-138.
- Mir Puigpelat, O. (2003). El concepto de Derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de administración pública*(162), 47-87.
- Mir Puigpelat, O. (2010). Participation in Administrative Procedures, Democracy and the Rule of Law. *Italian Journal of Public Law*(2), 327-336.
- Mkandawire, T. (2007). 'Good Governance': The Itinerary of an Idea. *Development in Practice*, 679-681.
- Molano, M. R. (2005). *Transformación de la función administrativa*. Bogotá: Universidad Javeriana.
- Monereo Pérez, J. (2005). El pensamiento jurídico de Savigny. En F. Savigny, *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares.
- Monroy Cabra, M. (2011). La democracia representativa y participativa. En M. Torres, & R. Araujo, *Retos de la democracia y de la participación ciudadana* (págs. 3-28). Bogotá: Universidad del Rosario-Fundación Hanns Seidel.
- Monsalve, A. (2012). *Soberanía, legitimidad y legitimación en Colombia desde la década de los 90*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

- Montaña, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña, A. (2014). El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo. En A. Montaña, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 63-77). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Montaña, A., & Ospina, A. (2014a). *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo “Justificación, retos y aportes al Derecho administrativo “ y La Constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Montaña, A., & Ospina, A. (2014b). *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas de Internacionales de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado.
- Mora, M. (2007). *La gestión ambiental compartida: función pública y mercado*. Valladolid: Lex Nova.
- Morales de Setién, C. (2000). La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del Derecho* (págs. 13-80). Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes-Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Morand Deviller, J. (2010). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreau, P. (2011). *La gouvernance*. Paris: Presses universitaires de France-PUF-.
- Morell Ocaña, L. (2000). El aislamiento conceptual de la actividad técnica de la administración. Tres claves para un problema. En F. Sosa, *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI : homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (págs. 1235-1270). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morell Ocaña, L. (2002). La lealtad y otros componentes de la ética institucional de la Administración. . *Revista Española de Derecho Administrativo*, (114), 165-193.
- Moreno, J. (2010). La política ambiental en Colombia: retroceso del paradigma de la sustentabilidad ambiental. En C. Toro, & B. Marquardt, *Quince años de la política ambiental en Colombia* (págs. 291-302). Bogotá: Universidad Nacional.
- Morgan, G. (1993). Intereses, conflicto y poder: las organizaciones como sistemas políticos . En X. Ballart, *Lecturas de Teoría de La Organización Vol.II* (págs. 119-184). Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.
- Muñoz Machado, S. (1977). Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. *Revista de administración pública*(84), 519-536.

- Muñoz Machado, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público General* (Segunda ed.). Madrid: Iustel.
- Muñoz Machado, S., & Esteve Pardo, J. (2009). *Derecho de la regulación económica I. Fundamentos e Instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.
- Muñoz Machado, S. (2012). Hacia un nuevo derecho administrativo. En A. Blasco, *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo* (págs. 191-241). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Muñoz, M. (1995). *Democracia y participación ciudadana: el nuevo orden constitucional y legal*. Bogotá: Escuela de Liderazgo Democrático-Corporación S.O.S. Colombia-Viva la Ciudadanía.
- Nanda, V. (2006). The “Good Governance” Concept Revisited. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 269-283.
- Natera, A. (2004). *La noción de gobernanza como gestión pública participativa y reticular*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Ciencia Política y Sociología.
- Natera, A. (2005). Nuevas estructuras y redes de gobernanza. *Revista Mexicana de Sociología*, 755-791.
- Navarro Batista, N. (2001). *Sociedad civil y medio ambiente en Europa*. Madrid: Colex.
- Negret, R. (2001). El desarrollo sustentable como propuesta política de la otra vía para América Latina y el Caribe. En E. Leff, & M. Bastida (Edits.), *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable: perspectivas de América Latina y el Caribe* (págs. 105-126). México D.F.: PNUMA.UNAM.
- Nieto, A. (1975). La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo. *Revista de administración pública* (76), 9-30.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Nohlen, D. (2011). El contexto en el análisis politológico. *Intersticios Sociales*, 1-20.
- Oelckers, O. (1984). Nuevos roles de la Administración Pública y su regulación por el Derecho Administrativo. *Revista chilena de derecho*, 471-477.
- Olivan, A. (1954). *De la administración pública con relación a España*. Madrid: IEP.
- Ortega Álvarez, L. (1998). Los sujetos de la relación jurídico-administrativa. En *Manual de Derecho Administrativo* (págs. 333-439). Barcelona: Ariel.

- Ost, F. (1996). *Naturaleza y derecho.* " Para un Debate Ecológico en Profundidad". Ediciones Mensajero.
- Ospina, A. (2014). Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios. En A. Montaña, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 115-142). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Parejo, L. (1983). *Estado Social y Administración Pública*. Madrid: Civitas.
- Parejo, L. (1984). *El concepto de derecho administrativo* (Primera ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Parejo, L. (1989). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública. *Documentación Administrativa*(218-219), 1-65.
- Parejo, L. (1995). *Eficacia y Administración. Tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Parejo, L. (1997). ¿Existe una reserva constitucional de «ejecución»? Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales. *Cuadernos de Derecho Público*, 13-42.
- Parejo, L. (1998). *Perspectivas del Derecho administrativo para el próximo milenio*. Bogotá: Ibañez.
- Parejo, L. (2003). *Derecho administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Parejo, L. (2004). Los principios de la gobernanza europea. *Revista de Derecho de la Unión Europea*(6), 27-56.
- Parejo, L. (2006). La idea de la reforma del Derecho Administrativo General. Su planteamiento en España. En J. Barnés, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (págs. 177-202). Sevilla: Global Law Press.
- Parejo, L. (2011). *Lecciones de derecho administrativo*. Bogotá: Tirant lo blanch-Universidad Externado de Colombia.
- Parejo, L. (2012). *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*. Sevilla: INAP-Global Law Press.
- Parejo, L., Jimenez, A., & Luís, O. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Pavón, D. (1995). *La tradición liberal y el Estado*. Madrid: Unión Editorial.
- Peine, F. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: CF Müller.

- Penagos, G. (1994). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Ediciones librería El Profesional.
- Penagos, G. (2008). *El acto administrativo Tomo I*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Peña, D. (2007). El trasegar del acto administrativo en Colombia: entre el retrato y la conveniencia. *Revista de Derecho Público*, 3-17.
- Perdomo Villamil, C. (2014). *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Escobar, J. (1997). *Derecho Constitucional Colombiano* (Quinta ed.). Bogotá: Temis S.A.
- Pérez, L. (2007). Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En L. Pérez, C. Rodríguez, & R. Uprimmy, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DEJUSTICIA IDEP.
- Pérez Lledó, J. (1996). *El movimiento "Critical Legal Studies"*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Moreno, A. (1989). Crisis de la participación administrativa. *Revista de administración pública*, 119, 91-132.
- Pérez, E., & Makowiak, J. (2004). El derecho de acceso a la información en Europa y América Latina: un enfoque constitucional. Medio Ambiente y Derecho. *Revista electrónica de Derecho ambiental*(4).
- Pernás, J. (2004). *Estudio Jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: La autorización ambiental integrada*. Barcelona: Atelier.
- Pernás, J., & Rodríguez, M. (2014). *La reforma de las administraciones públicas*. Coruña: Bubok Publishing S.L.
- Peters, G., & Pierre, J. (1998). Governance Without Government? Rethinking Public Administration. *Journal of Public Administration Research and Theory*, 223-243.
- Peters, G., & Pierre, J. (2005). ¿Por qué ahora el interés por la gobernanza? En 2. Cerrillo (Ed.), *La Gobernanza hoy 10 textos* (págs. 37-56). Madrid: INAP.
- Pettai, V., & Illing, E. (2004). Governance and good governance. *Journal of the Humanities and Social Sciences*, 347-351.
- Pigrau, A., Campins, M., & Borrás, S. (2004). La adopción de una perspectiva integrada en la política comunitaria ambiental: La Directiva 96/61 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. En J. Vernet, & J. Baucells, *La Prevención y el control integrados de la contaminación* (págs. 19-68). Madrid: Marcial Pons.
- Pigrau, A., & Borrás, S. (2008). Diez años del convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

- En A. Pigrau, *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia: diez años del Convenio de Aarhus* (págs. 21-84). Barcelona: Atelier.
- Pinzón, A. (2008). *El Derecho Administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Pitschas, R. (2012). Derecho Administrativo de la Información . En j. Barnés, *Innovación y reforma en el Derecho administrativo* (págs. 189-250). Sevilla: Global Law Press-INAP.
- Plaza, C. (2002). Los «Acuerdos sobre Medio Ambiente» entre las Administraciones Públicas y la Industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad” en *Revista Española de Derecho Europeo* (2002), No.2, pp.291-334. *Revista Española de Derecho Europeo*, 291-334.
- Pomed, L. A. (1998). La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea. *Revista española de derecho administrativo*(98), 165-190.
- Ponce, J. (2010). Procedimiento administrativo, globalización y buena administración. En J. Ponce Solé (Ed.), *Derecho Administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (págs. 79-186). Madrid: Marcial Pons.
- Ponce, J. (2011). La legitimación administrativa en la historia: del paradigma burocrático al derecho de la buena administración. En M. Zambonino-Pulito, *La libertad de comercio: pasado y presente. Los grandes maestros del derecho administrativo contemporáneo* (págs. 265-278). Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Ponce, J. (2012). El derecho a la buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública. *RPGMJF*, 305-321.
- Ponce, J. (2014). Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 18-37.
- Porrás Nadales, A. (2014). *La acción de gobierno. Gobernabilidad, gobernanza, gobermedia*. Madrid: Trotta.
- Prat, J. (1978). Evolución del concepto de acto administrativo. En I. I. Latino, *El Derecho administrativo en Latinoamérica* (págs. 37-44). Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Prats, J. (2001). Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. *Revista Instituciones y Desarrollo*, 10, 103-148.
- Prats, J. (2005a). *De la burocracia al management, del management a la gobernanza. Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: INAP.

- Prats, J. (2005b). Modos de gobernación de las sociedades globales. En A. Cerrillo, *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (págs. 145-172). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Prieto Sanchis, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Prieto Sanchis, L. (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial* (págs. 123-158). Madrid: Trotta.
- Puerta, U., Pérez, C., Idarraga, C., & Múnera, F. (2006). *La participación ciudadana y el desarrollo de la cultura política en Colombia*. Bogotá: Legis.
- Quesada, F. (2002). *Filosofía política, ideas políticas y movimientos sociales*. Madrid: Trotta.
- Quinche, M. (2008). *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas* (Primera ed.). Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Quinche, M. (2009). *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Quinche, M. (2012). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rabossi, E. (1990). Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(7), 175-192.
- Ramírez, C. (21 de Marzo de 2012). *Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible*. Obtenido de ANDI: www.andi.com.co/downloadfile.aspx?Id=31e8e06a-b092-4a62-857a.
- Ramírez, M. (2011). Gobernanza y legitimidad democrática. *Reflexión Política*, 124-135.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo Político*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Razquin, J. A., & Ruíz de Apodaca, Á. (2007). *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente*. Pamplona: Aranzadi/Thomson.
- Recasens, L. (1980). *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México D.F: Editorial Porrúa.
- Redondo, M. (2006). Sobre la completitud de los sistemas jurídicos. *Análisis filosófico* , 294-324.
- Renna, M., & Saita, F. (2012). *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè Editore.
- Restrepo, J. (2012). Escuelas jurídicas del siglo XIX. En A. Botero, *Filosofía del Derecho* (págs. 161-186). Medellín: Editorial Universidad de Medellín.

- Restrepo, M., Escobar, L., & López, M. (2012). *Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Restrepo, M., Escobar, L., & Rodríguez, J. (2010). *Globalización del Derecho Administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Revuelta, I. (2003). *El Control Integrado de la Contaminación en el Derecho español*. Madrid: Marcial Pons.
- Rhodes, R. (2005). La Nueva Gobernanza: Gobernar sin Gobierno. En A. Cerrillo (Ed.), *La Gobernanza hoy 10 textos*. (págs. 99-122.). Madrid: INAP.
- Rico, A. (2005). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá: Leyer.
- Rico, A. (2007). *Teoría general y práctica de la contratación estatal conforme a la Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Leyer.
- Rincón, J. (2014). La igualdad material como responsabilidad de la Administración pública. En A. Montaña, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (págs. 417-449). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Riveró, J. (1979). Aspectos actuales del derecho administrativo francés. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 109-118.
- Riveró, J. (1984). *Derecho Administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público.
- Rodríguez Arana, J. (2008). *Derecho Administrativo Español*. Tomo I. La Coruña: Netbiblo.
- Rodríguez Arana, J. (2010). El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista de Derecho publico*(1), 5-53.
- Rodríguez Arana, J. (2014). La carta iberoamericana de los derechos de los ciudadanos y la reforma administrativa: consideraciones generales. En J. Pernás, & M. Rodríguez, *La reforma de las administraciones públicas* (págs. 11-52). Coruña: Bubok Publishing S.L.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2007). *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez de Santiago, J. M. (2011). «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la Ley contraria al Derecho comunitario y de la Ley inconstitucional. *Revista Española de Derecho Europeo*, 141-171.

- Rodríguez de Santiago, J. (2015). Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial. *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, 1-46.
- Rodríguez, G. (2008). La consulta previa no es simplemente un requisito. *Revista Electrónica Actualidad Étnica*.
- Rodríguez, G. (2009a). Es necesario avanzar en el fortalecimiento de la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado. *Unidad Indígena*.
- Rodríguez, G. (2009b). El papel de la consulta previa en la pervivencia de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos de Colombia. *Revista El otro Derecho*, 55-74.
- Rodríguez, G. (2009c). La licencia ambiental, un acto administrativo especial y su proceso de flexibilización. En M. Restrepo, *Retos y perspectivas del derecho administrativo* (págs. 222-245.). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. (2009c). Conflictos ambientales, proyectos agrícolas y derechos. *Hechos del Callejón*, 14-19.
- Rodríguez, G. (2011a). Proyectos y conflictos en relación con la consulta previa. *Opinión Jurídica*, 57-72.
- Rodríguez, G. (2011b). Las licencias ambientales y su proceso de reglamentación en Colombia. *Foro Nacional Ambiental-FNA*, 2-15.
- Rodríguez, G. (2014). *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario-Cooperación Alemana-GIZ.
- Rodríguez, G., & Muñoz, L. (2012). *La participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G., Lora, A. M., & Muñoz, L. (2008). *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia*. Bogotá: ILSA- Universidad del Rosario.
- Rodríguez, J. (2009). *O novo direito e desenvolvimento: presente, passado e futuro: textos selecionados de David M. Trubek*. Saraiva.
- Rodríguez Becerra, M. (1994). El Ministerio del Ambiente: génesis, estructura y proyecciones. En M. Rodríguez, *La política ambiental de fin de siglo* (págs. 44-92). Bogotá: Presencia, Serie Ecológica.
- Rodríguez Becerra, M. (2007). Hacia la insostenibilidad ambiental. Un balance de la política ambiental 2002-2006. *Revista Actualidad*(18), 6-48.
- Rodríguez Becerra, M. (abril de 2009). ¿Hacer más verde el Estado colombiano? *Revista de Estudios Sociales*(32), 18-33.

- Rodríguez Becerra, M. (2010). ¿Hacer más verde el Estado colombiano? En C. Toro, & B. Marquardt, *Quince años de la política ambiental en Colombia* (págs. 15-36). Bogotá: Universidad Nacional.
- Rodríguez Garavito, C. (1999). Una crítica contra los dogma de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. En D. Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho* (págs. 17-). Bogotá: Siglo del Hombre-Uniandes-Instituto Pensar.
- Rodríguez Garavito, C., & Orduz, N. (2012). *La consulta previa: dilemas y soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Dejusticia.
- Rodríguez Rodríguez , L. (2000). *Derecho Administrativo* (Décimo segunda ed.). Bogotá: Temis.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del Derecho Administrativo. En D. Cienfuegos, & M. López, *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Administrativo* (págs. 293-315). México: Universidad Autónoma de México.
- Rodríguez Rodríguez, L. (2013). *Derecho administrativo: general y colombiano*. Bogotá: Temis.
- Rojas, M. (2011). *El enfoque de derechos como instrumento para el diseño de las políticas públicas en Colombia*. Medellín : en prensa (tesis).
- Rosado, S. (2007). La jurisdicción contencioso-administrativa en España. En S. Rosado, *Modelos europeos de justicia contencioso administrativa*. Madrid: Dykinson.
- Roth, A. (2004). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Rubio, P. (2012). *El principio de confianza legítima en Derecho Tributario*. Almería: Universidad Almería.
- Ruffert, M. (2007). The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project. En M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law in Europe—La mutation du droit administrative en Europe* (págs. 3-52). München: Sellier: European Law Publishers.
- Ruffert, M. (2008). De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea. En F. Velasco Caballero, & J.-P. Schneider (Edits.), *La unión administrativa europea* (págs. 87-108). Madrid: Marcial Pons.
- Ruiz, R., & De la Torre, L. (2011). Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 27-44.

- Sáchica, L. (2007). Redefinir lo jurídico (comprender el nuevo derecho). *Revista Iusta*, 13-42.
- Salinas, J. (2010). La política ambiental y su institucionalidad en Colombia. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental* (20), Consultado el 22 de marzo de 2014 en la página web:http://huespedes.cica.es/gimadus/20/07_john_alexander_salinas_mejia.html.
- Sánchez Blanco, Á. (1989). La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho. *Revista de administración pública*(119), 133-172.
- Sánchez González, J. (2001). *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*. México: Plaza y Valdés S.A.
- Sánchez, H. (2008). *Código de derecho internacional ambiental*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Sánchez Morón, M. (1980). *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Sánchez Pérez, A. (2012). *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. (Primera ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sánchez Sáez, A. (2004). Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente. *Revista de Administración Pública*(163), 279-347.
- Sánchez Tovar, L., & del Pino, M. (2008). *Una mirada a la participación comunitaria en el proceso de contraloría social*. Paradigma, 35-53.
- Sans, F. (1999). El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 559-582.
- Santaella, H. (2008). *Normas técnicas y derecho en Colombia. Desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santaella, H. (2011). Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 87-105.
- Santaella, H. (2013). Las prerrogativas públicas y la contractualización de las relaciones del Estado. Ensayo sobre la pervivencia de una idea cardinal dentro del pensamiento de Hauriou. En *Ensayos de Derecho Público. En homenaje a Maurice Hauriou* (págs. 397 - 422). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santaella, H. (2014). Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta. En A. Montaña & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho*

- administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 79-115). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Santamaría Pastor, J. A. (1975). *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Santamaría Pastor, J. A. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Cáceres.
- Santander Mejía, E. (2002). *Instituciones de derecho ambiental*. Bogotá: ECOE Ediciones.
- Santiago, A. (3 de junio de 2008). Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>. Obtenido de Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*.: <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf>
- Santofimio, O. (1996). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, O. (2000). *Delitos de Celebración Indevida de Contratos: Análisis con Fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, O. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, O. (2008). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio, O. (2010). *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santos, J. (2014). El debido proceso administrativo: el cambio en la esencia del Derecho administrativo. En A. Montaña-Plata, & A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 395-416). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanz Pérez, D. (2001). Los acuerdos ambientales como mecanismos de sustitución o complemento del control unilateral de las actividades potencialmente contaminantes: las previsiones de la Ley 31/1998. *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, 11-25.
- Sarmiento, D. (2007). *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo*. Pamplona: Thomson-Civitas.
- Sarria, E. (1984). *Derecho administrativo colombiano: general y especial* (Novena ed.). Bogotá: Señal Editorial.
- Sartori, G. (2011). *Cómo hacer ciencia política*. Madrid: Taurus.
- Sayagues Lasso, E. (1986). *Tratado de Derecho Administrativo Tomo I*. Montevideo: Editorial Montevideo.
- Savigny, F. (2005). *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares.
- Schmidt Assmann, E. (1993a). La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho Administrativo y para el pensamiento administrativo actual. *Documentación administrativa* (235-236), 7-32.
- Schmidt Assmann, E. (1993b). La legitimación de la Administración como concepto jurídico. *Documentación Administrativa* (234), 163-229.
- Schmidt Assmann, E. (2003). *La Teoría del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons-INAP.
- Schmidt Assmann, E. (2006a). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de innovación y presupuestos metodológicos. En J. Barnés Vásquez (Ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo* (págs. 15-132). Sevilla: Global Law Pres.
- Schmidt Assmann, E. (2006b). Sobre el método del derecho administrativo. En J. Barnés, *Innovación y reforma en el derecho administrativo* (págs. 145-188). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública .
- Schmidt Assmann, E. (2007). System and in Relation to Practice. En M. Ruffert, *The Transformation of Administrative Law in Europe* (págs. 275-279). Munich: European Law Publishers.
- Schmidt Assmann, E. (2008). Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el Derecho Aleman, Europeo e Internacional. En J. Barnés (Ed.), *La transformación del procedimiento administrativo* (pág. 73). Sevilla: Global Law Press.
- Schmidt Assmann, E. (2012). Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. En J. Barnés, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo 2.0* (págs. 21-140). Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública Global Law Press.
- Schmidt Assmann, E. (2014). El concepto de la constitucionalización del Derecho administrativo. En A. Montaña-Plata, & A. Ospina, *La constitucionalización del*

- Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* (págs. 21-38). Bogotá: Universidad Externado De Colombia.
- Scott, J., & Trubek, D. M. (2002). Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union. *European Law Journal*(8), 1-18.
- Schneider, J.-P. (2003). Seguridad jurídica y protección de la confianza en el Derecho constitucional y administrativo alemán. *Documentación administrativa. Documentación administrativa* (263), 249-279.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. Salamanca: Alianza Editorial.
- Schulte, M. (1993). Actuación administrativa informal como instrumento de protección estatal del medio ambiente y la salud. *Documentación administrativa* 235-236, 113-133.
- Scott, J., & Trubek, D. M. (2002). Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union. *European Law Journal*(8), 1-18.
- Serrano Guirado, E. (1951). El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, 129-190.
- Shulze Fielitz, H. (1993). ¿Informalidad o ilegalidad de la actuación administrativa? *Documentación administrativa*(235-236), 89-112.
- Smelser, N., & Baltes, P. (2001). *Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (Vol. 13). Amsterdam: Elsevier.
- Smith, M. (1997). El pluralismo. En D. y. Marsh, *Teoría y métodos de la ciencia política* (págs. 217-234). Madrid: Alianza Editorial.
- Solá, A. (2000). La traducción de "Governance". *Punto y Coma. Boletín de los traductores españoles de las instituciones de la Unión Europea*(65).
- Solano, J. (1997). *Derecho Procesal Administrativo y Contencioso*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Soler, A. (2003). Derecho administrativo. El Derecho administrativo latinoamericano. En A. M. (Coord.), *Lecciones de derecho comparado* (pág. 399). Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume.
- Sommermann, K. P. (2010). La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho. En R. García-Macho, *Derecho Administrativo de la información y administración transparente* (págs. 11-26). Madrid: Marcial Pons.
- Soriano García, J. E. (1979). Evolución del concepto "relación jurídica" en su aplicación al Derecho público. *Revista de Administración Pública*(90), 33-78.

- Sørensen, E. (19 de Diciembre de 2011). *Enhancing democracy through inter-demos governance networks*. No. 51. Working Paper. Obtenido de sitio web de The National Center of Competence in Research: <http://www.nccr-democracy.unizh.ch/publications/workingpaper/pdf/WP51.pdf>
- Sotomayor, O. (2008). *Gobernanza tenencia de tierras y recursos naturales en América Latina*. Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación -FAO- Recuperado de la página web: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ak017s/ak017s00.pdf>.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero.
- Souviron J. M. (2000). Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva. En F. Sosa Wagner (Ed.), *El Derecho administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. ramón Martín Mateo* (págs. 119-150). Valencia: Tirant lo blanc.
- Steele, J. (2001). Participation and Deliberation in Environmental Law: Exploring a Problem-solving Approach. *Oxford Journal of Legal Studies*, 21(3), 415-442.
- Stein, P. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa: historia de una cultura jurídica* (primera ed.). Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- Stewart, R. (2005). Il diritto amministrativo globale. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*(3), 633-640.
- Stober, R., & González-Varas, S. (1995). Las actuaciones materiales o técnicas. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (267), 573-590.
- Stolleis, M. (1993). Las líneas de desarrollo de la dogmática del Derecho administrativo. *Documentación administrativa* 234, 3-17.
- Suárez, J. (2012). La teoría de los poderes salvajes y la crisis del principio de legalidad en Colombia: una aportación de Luigi Ferrajoli al derecho administrativo. En E. Fuentes, & B. Suárez, *Reconstruyendo la filosofía jurídica. Estudio crítico de las postulaciones de Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas* (págs. 253-292). Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Tarello, G. (1974). Formalismo giuridico. En G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*. Bologna: Il Mulino.
- Tarrés Vives, M. (2003). *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Teubner, G. (2000). Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del derecho* (págs. 81-152). Bogotá: Siglo del Hombre-Ediciones Uniandes-Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

- Thede, N. (2010). Derechos humanos, nuevas democracias y rendición de cuentas. En E. Isunza, & A. Olvera, *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social* (págs. 23-42). México: CIESAS-Universidad Veracruzana-Miguel Ángel Porrúa.
- Tobasura, I. (2006). La política ambiental en los planes de desarrollo en Colombia 1990-2006. Una visión crítica. *Revista Luna Azul* (22), 8-19.
- Tornos, J., Arroyo, A., Martínez, M., & López, J. (2012). *Transparencia, rendición de cuentas y participación: una agenda común para la cohesión social y la gobernanza en América Latina*. Barcelona: Programa URB-AL III.
- Tornos, J. (2013). Crisis de Estado bienestar. El papel del Derecho administrativo. En J. Piñar, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: El papel del derecho administrativo* (págs. 171-222). Madrid: REUS.
- Touraine, A. (2006). *Crítica de la Modernidad*. USA: Fondo De Cultura Economica .
- Treib, O., Holger, B., & Falkner, G. (2005). *Modes of Governance: a note towards conceptual clarification*. Viena: EUROGOV.
- Troncoso, A. (1999). Dogmática administrativa y derecho constitucional: el caso del servicio público. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 87-164.
- Uprimny, R. (2002). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. En J. Suárez, *El debate a la Constitución* (págs. 63-110). Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA) - Unibiblos.
- Uprimny, R., & Rodríguez Garavito, C. (2007). Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria. En L. Pérez, R. Uprimny, & C. Rodríguez, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (págs. 23-70). Bogotá: Ediciones Antropos.
- Uribe, E., Cruz, G., Coronado, H., & García, J. (2001). *La gestión ambiental y competitividad de la industria colombiana*. Bogotá: U de Los Andes y Universidad de Harvard. Consultado el 5 de marzo en la página: www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/workingpapers/environmentalregscom petitiveness/envcostofdoingbusiness/gestionambiental_competitividad_industriacolombiana.pdf.
- Uvalle Berrones, R. (2012). La administración pública en los imperativos de la gobernanza democrática. *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, 111-144.
- Valbuena, G. (2008). *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Valderrama, F. (2012). El realismo jurídico norteamericano y escandinavo. En A. Botero, *Filosofía del Derecho* (págs. 301-330). Medellín: Editorial Universidad de Medellín.
- Valdivia, J. (2010). Los Acuerdos de Producción Limpia: principios, naturaleza y política de producción limpia. *Revista Actualidad Jurídica* (21), 89-112.
- Valencia Restrepo, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del Derecho* (4 ed.). Medellín: Comlibros.
- Van Hoof, B., & Herrera, C. (2007). La evolución y el futuro de la producción más limpia en Colombia. *Revista de Ingeniería* 10 (26), 101-119.
- Vaquer Caballería, M. (2011). El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo. *Revista de administración pública*(186), 91-135.
- Vaquer Caballería, M. (2013). Del FROB y los “stress tests”: aportaciones de la crisis a la teoría sobre las formas de actividad de la administración. *Civitas. Revista española de derecho administrativo*(157), 23-48.
- Vargas, J. (2005). Hacia un nuevo diseño de gobernabilidad glocal postnacional . *Polis [En línea]*, <http://polis.revues.org/7553>.
- Vásquez, C. (2009). Los convenios de producción más limpia: una estrategia para la sostenibilidad. *Revista de producción más limpia*, 4(2), 75-80.
- Vattimo, G. (1994). *En torno a la posmodernidad. Vol. 1*. Barcelona: Anthropos.
- Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Velasco Caballero, F. (1998). *La información administrativa al público*. Madrid: Montecorvo.
- Velasco, F. (2011). The Legitimacy of the Administration in Spain. En M. Ruffert, *Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstruction* (págs. 81-114). Europa Law Publishing.
- Velasco, F. (2014). *Derecho público más derecho privado*. Madrid: Marcial Pons.
- Verdú, L. (1958). *Introducción al Derecho Político. Las transformaciones sociales del Derecho Político actual*. Madrid: Publicaciones del Real Colegio Español.
- Verdú, L. (1983). Estado de Derecho y Justicia Constitucional. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 7-48.
- Viana, A. (2 de Julio de 2015). *¿La consulta previa en peligro?* Obtenido de sitio web de Razón Pública: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7234-%C2%BFla-consulta-previa-en-peligro.html>

- Viana Cleves, M. (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Extenado de Colombia.
- Vidal Perdomo, J. (1966). *Derecho Administrativo General*. Bogotá: Temis.
- Vidal Perdomo, J. (1980). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
- Vidal Perdomo, J. (1992). *Derecho Constitucional General*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. L. (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma.
- Villar Ezcurra, J. (2000). Los cauces de la intervención administrativa. En F. d. Derecho, *Don Luís Jordana de Pozas creador de ciencia administrativa* (págs. 283-308). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Villoro, M. (1989). *El realismo jurídico escandinavo*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 73-80.
- Villoria, M. (1996). *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Visseren Hamakers, I., Leroy, P., & Glasbergen, P. (2012). Conservation partnerships and biodiversity governance: fulfilling governance functions through interaction. *Sustainable Development*, 264-275.
- Vlavianos Arvanitis, A. (1998). Cleaner production: profit for future generations. *Journal of Cleaner Production*, 6, 381-385
- Von Bogdandy, A. (2011). La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional. En A. von Bogdandy, H. Fix Fierro, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina* (págs. 313-337). Mexico: Universidad Nacional Autónoma.
- Voskuhle, A. (2007). The reform approach in the German Science of Administrative Law: the 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft'. En M. Ruffert (Ed.), *The transformation of Administrative Law in Europe*. Munich: European Law Publishers.
- Voskuhle, A. (2009). Cooperation between the Public and the Private Sector in the Enabling State. En M. Ruffert (Ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?* (págs. 205-221). London: British Institute of International and Comparative Law.
- Voskuhle, A. (2012). Sobre el método del Derecho Administrativo. En J. Barnés, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo 2.0* (págs. 141-188). Sevilla: Global Law Press.

- Walzer, M. (2005). Civil Society and the State. En M. Walzer, *Politics and passion: toward a more egalitarian liberalism* (págs. 66-89). New Haven-London: Yale University Press.
- Weber, M. (1965). *Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva. Vol I*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Weiss, T. (2000). Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges . *Third World Quarterly*, 795-814.
- World Bank. (1994). *Governance, the World Bank's Experience*. Washington D. C: The World Bank.
- World Bank. (1997). *World Bank policy & research bulletin 8 (4)*. Washington DC : World Bank
Recuperado de:<http://documents.worldbank.org/curated/en/1997/10/694003/world-bank-policy-research-bulletin-84>.
- Würtenberger, T. (1993). Aceptación a través del procedimiento administrativo. *Documentación administrativa* (235-236), 313-333.
- Younes Medina, D. (2011). *Consejos Superiores de la Administración, neocorporativismo y participación orgánica*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Younes Moreno, D. (2009). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zambrano Cetina, W. (1999). Panorama reciente de los principios generales del derecho administrativo francés. *Estudios socio-jurídicos*, 1(2), 60-76.
- Zanobini, G. (1954). *Corso di Diritto Amministrativo I*. Milano: Giuffrè editore.

FUENTES INSTITUCIONALES

LEGISLACIÓN COLOMBIANA

- Alcalde Mayor de Bogotá D.C., Decreto 482 de 2003. (2003). Por el cual se adopta la Política de Producción Sostenible para Bogotá, D.C. Bogotá: Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Año I, N° 75, septiembre 23 de 1992. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). Ponencia para primer debate de Senado y Cámara, al proyecto de ley número 149 de 1992, por la cual se expide el estatuto

general de la contratación de la administración pública. Ponentes: Gustavo, Espinosa; Alfonso, Latorre y Tito Rueda. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Exposición de motivos, Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 21 de 1991. (1991). *Ley 21 de 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia, Ley 23 de 1973. (1973). Ley 23 de 1973, Por el cual se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso de la República.

Congreso de la República de Colombia. (1993). *Exposición de motivos, Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993. (2003). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 99 de 1993. (1993). *Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 152 de 1994. (1994). *Ley 152 de 1994, por la cual se establece la Ley Orgánica del Plan de Desarrollo.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 165 de 1994. (1994). *Ley 165 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia, Ley 223 de 1995. (1995). Por la cual se expiden normas sobre Racionalización Tributaria y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 489 de 1998. (1998). *Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 .* Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 850 de 2003. (2003). *Ley 850 de 2003, por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 1333 de 2009. (2009). *Ley 1333 de 2009, Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 1437 de 2011. (2011). *Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República de Colombia, Ley 1444 de 2011. (2011). por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación . Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Congreso de la República, Ley 1450 de 2011. (2011). *Ley 1450 de 2011, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014*. Bogotá: Congreso de la República de Colombia.

Corte Constitucional - Consejo Superior de la Judicatura. (2014). *Constitución Política de Colombia 1991*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 2893 de 2011. (2011). Decreto 2893 de 2011, Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública.

Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 3570 de 2011. (2011). Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y se integra el Sector Administrativo de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Directiva Presidencial 10. (2013). *Directiva Presidencial 10, Guía para la Realización de Consulta Previa*. Bogotá: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

MAVDT, Resolución 1023 de 2005. (2005). *Resolución 1023 de 2005, Por la cual se adoptan guías ambientales como instrumento de autogestión y autorregulación*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Ministerio de Agricultura, Decreto 622 de 1977. (1977). Decreto 622 de 1977, Por el cual se reglamentan parcialmente el Capítulo V, Título II, Parte XIII, Libro II del Decreto - Ley. Bogotá: Ministerio de Agricultura de Colombia.

- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Resolución 1023 de 2005. (2005). Por la cual se adoptan guías ambientales como instrumento de autogestión y autorregulación. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Ministerio de Minas y Energía, Resolución 18-0861 de 2002. (2002). *Por medio de la cual se adoptan las guías minero ambientales y se establecen otras disposiciones.* Bogotá: Ministerio de Minas y Energía.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 02 de 1982. (1982). Por el cual se reglamentan parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979 y el Decreto Ley 2811 de 1974, en cuanto a emisiones atmosféricas. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República, Decreto 330 de 2007. (2007). *Decreto 330 de 2007, por el cual se reglamentan las audiencias públicas ambientales y se deroga el Decreto 2762 de 2005.* Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 948 de 1995. (1995). Por el cual se reglamentan, parcialmente la Ley 23 de 1973, los artículos 33, 73, 74, 75 y 75 del Decreto-Ley 2811 de 1974; los artículos 41, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 9 de 1979; y la Ley 99 de 1993, en relación con la prevención y control de la c. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República, Decreto 1345 de 2010. (2010). *Decreto 1345 de 2010, por el cual se establecen directrices de técnica normativa.* Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República, Decreto 1500 de 2012. (2012). *Por medio del cual se dictan medidas para la organización, articulación y funcionamiento del Sistema Administrativo Nacional de Competitividad e Innovación.* Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1594 de 1984. (1984). Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 09 de 1979, así como el Capítulo II del Título VI - Parte III - Libro II y el Título III de la Parte III Libro I del Decreto 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 1753 de 1994. (1994). Por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República, Decreto 2010 de 1994. (1994). *Decreto 2010 de 1994, por el cual se crea el Consejo Nacional de Competitividad.* Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2164 de 1995. (1995). *Decreto 2164 de 1995, por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994*

en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento . Bogotá: Presidencia de la República.

Presidencia de la República, Decreto 2613 de 2013. (2013). Decreto 2613 de 2013, Por el cual se Adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa. Bogotá: Presidencia de la República.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2811 de 1974. (1974). Decreto 2811 de 1974, Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Bogotá: Presidencia de la República.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 2893 de 2011. (2011). *Decreto 2893 de 2011, por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior*. Bogotá: Presidencia de la República.

Presidencia de la República de Colombia, Decreto 3930 de 2010. (2010). Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9ª de 1979, así como el Capítulo II del Título VI -Parte III- Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia.

Presidencia de la República. (2008). Informe al Congreso 2008. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Presidencia de la República. (2013). Informe al Congreso 2013. Bogotá: Departamento de Planeación Nacional.

JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992. (1992). Sentencia T-406 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428 de 1992. (1992). Sentencia T-428 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-216 de 1992. (1992). Sentencia T-216 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-475 de 1992. (1992). Sentencia T-475 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-469 de 1992. (1992). Sentencia T-469 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-422 de 1992. (1992). Sentencia T-422 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1992. (1992). Sentencia C-221 de 1992. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1993. (1993). Sentencia T-254 de 1993. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-067 de 1993. (1993). Sentencia SU-067 de 1993. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-530 de 1993. (1993). Sentencia C-530 de 1993. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089 de 1994. (1994). Sentencia C-089 de 1994. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131 de 1994. (1994). Sentencia C-131 de 1994. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-230 de 1994. (1994). Sentencia T-230 de 1994. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-058 de 1994. (1994). Sentencia C-058 de 1994. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-585 de 1995. (1995). Sentencia C-585 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007 de 1995 . (1995). Sentencia T-007 de 1995 . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-168 de 1995. (1995). Sentencia C-168 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-585 de 1995. (1995). Sentencia C-585 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-318 de 1995. (1995). Sentencia C-318 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-230 de 1995. (1995). Sentencia C-230 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 1995. (1995). Sentencia T-288 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-328 de 1995. (1995). Sentencia T-328 de 1995. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-535 de 1996 . (1996). Sentencia C-535 de 1996 . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-271 de 1996. (1996). Sentencia C-271 de 1996. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 022 de 1996. (1996). Sentencia C- 022 de 1996. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 280 de 1996. (1996). Sentencia C- 280 de 1996. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU- 039 de 1997. (1997). Sentencia SU- 039 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-442 de 1997. (1997). Sentencia SU-442 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-074 de 1997. (1997). Sentencia T-074 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 309 de 1997. (1997). Sentencia C- 309 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-147 de 1997. (1997). Sentencia C-147 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-154 de 1997. (1997). Sentencia C-154 de 1997. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-126 de 1998. (1998). Sentencia C-126 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-652 de 1998. (1998). Sentencia T-652 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-189 de 1998. (1998). Sentencia C-189 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778 de 1998. (1998). Sentencia T-778 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-576 de 1998. (1998). Sentencia T-576 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-068 de 1998. (1998). Sentencia T-068 de 1998. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-561 de 1999. (1999). Sentencia C-561 de 1999. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-360 de 1999. (1999). Sentencia SU-360 de 1999. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-295 de 1999. (1999). Sentencia T-295 de 1999. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-364 de 1999. (1999). Sentencia T-364 de 1999. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 371 de 2000. (2000). Sentencia C- 371 de 2000. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 1161 de 2000. (2000). Sentencia 1161 de 2000. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836 de 2001. (2001). Sentencia C-836 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-558 de 2001. (2001). Sentencia C- 558 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-169 de 2001. (2001). Sentencia C-169 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637 de 2001. (2001). Sentencia T-637 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 037 de 2001. (2001). Sentencia C- 037 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-949 de 2001. (2001). Sentencia C-949 de 2001. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-891 de 2002. (2002). Sentencia C-891 de 2002. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-729 de 2002. (2002). Sentencia T-729 de 2002. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-418 de 2002. (2002). Sentencia C-418 de 2002. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-552 de 2002. (2002). Sentencia C-552 de 2002. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-789 de 2002. (2002). Sentencia C-789 de 2002. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620 de 2003. (2003). Sentencia C-620 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037 de 2003. (2003). Sentencia C-037 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-272 de 2003. (2003). Sentencia C-272 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 383 de 2003. (2003). Sentencia SU-383 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-083 de 2003. (2003). Sentencia SU-083 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-955 de 2003. (2003). Sentencia T-955 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1224 de 2003. (2003). Sentencia T-1224 de 2003 . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-772 de 2003. (2003). Sentencia T-772 de 2003. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-314 de 2004. (2004). Sentencia C-314 de 2004. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131 de 2004. (2004). Sentencia C-131 de 2004. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-982 de 2004. (2004). Sentencia T-982 de 2004. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-737 de 2005. (2005). Sentencia T-737 de 2005. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-679 de 2005. (2005). Sentencia T-679 de 2005. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-382 de 2006. (2006). Corte Constitucional . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 de 2006. (2006). Sentencia C-820 de 2006. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 880 de 2006. (2006). Sentencia T- 880 de 2006. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-462 de 2008. (2008). Sentencia C- 462 de 2008. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-030 de 2008. (2008). Sentencia C-030 de 2008. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-461 de 2008. (2008). Sentencia C-461 de 2008. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1011 de 2008. (2008). Sentencia C-1011 de 2008. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-248 de 2008. (2008). Sentencia T-248 de 2008. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-615 de 2009. (2009). Sentencia C-615 de 2009. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-175 de 2009. (2009). Sentencia C-175 de 2009. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-075 de 2009. (2009). Sentencia C-075 de 2009. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-123 de 2009. (2009). Sentencia T-123 de 2009. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-702 de 2010. (2010). Sentencia C-702 de 2010. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-745 de 2010. (2010). Sentencia T-745 de 2010. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-210 de 2010. (2010). Sentencia T-210 de 2010. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-941 de 2010. (2010). Sentencia C-941 de 2010. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 580 de 2010. (2010). Sentencia T- 580 de 2010. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-632 de 2011 . (2011). Sentencia C-632 de 2011 . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-366 de 2011. (2011). Sentencia C-366 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 634 de 2011. (2011). Sentencia 634 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-211 de 2011. (2011). Sentencia T-211 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-527 de 2011. (2011). Sentencia T-527 de 2011. Bogotá

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 816 de 2011. (2011). Sentencia 816 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-693 de 2011. (2011). Sentencia T-693 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 161 de 2011. (2011). Sentencia T- 161 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 511 de 2011. (2011). Sentencia T- 511 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-282 de 2011. (2011). Sentencia T-282 de 2011. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-244 de 2012. (2012). Sentencia T-244 de 2012. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-348 de 2012. (2012). Sentencia T-348 de 2012. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-376 de 2012. (2012). Sentencia T-376 de 2012. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-437 de 2012. (2012). Sentencia T-437 de 2012. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-717 de 2012. (2012). Sentencia T-717 de 2012. Bogotá

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-274 de 2013. (2013). Sentencia C-274 de 2013. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-049 de 2013. (2013). Sentencia T-049 de 2013. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-049 de 2013. (2013). Sentencia T-049 de 2013. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-386 de 2013. (2013). Sentencia T-386 de 2013 . Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637 de 2013. (2013). Sentencia T-637 de 2013. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-489 de 2014. (2014). Sentencia T-489 de 2014. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2014. (2014). Sentencia C-288 de 2014. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-122 de 2015. (2015). *Sentencia T-122 de 2015*. Bogotá.

Consejo de Estado de Colombia. (1984). Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera del 16 de febrero de 1984, radicado: 2509. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1992). Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera del 18 de junio de 1992, radicado: 6579. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1994). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 14 de julio 1994. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1994). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 5 de octubre de 1994, radicado 8223. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1995). Sentencia de la Sección Primera de 3 de noviembre de 1995 radicado: 3283. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

Consejo de Estado de Colombia. (1997). Sentencia de la Sección Primera AC-4649 de 24 de abril de 1997. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia .

Consejo de Estado de Colombia. (1997). Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 23 de septiembre de 1997, radicado: S-701-Contractual. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

- Consejo de Estado de Colombia. (1996). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 12 de diciembre de 1996, radicado: 8752. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia .
- Consejo de Estado de Colombia. (1998). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 2 de julio de 1998, radicado No. 11.818. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (1998). Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 20 de agosto de 1998, radicado: 14202. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2000). *Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera del 3 de febrero de 2000, radicado: 52361*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2000). Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, de 6 de abril de 2000, radicado: 1.263 . Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2002). Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 25 de abril de 2002, Radicado 1417. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2003). Consejo de Estado, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 18 de septiembre de 2003, radicado:15119. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2003). Consejo de Estado, Sentencia del 23 de octubre de 2003. *Expediente: 00033. Sección 1ª. Actor: Ángela Natalia Rojas Caro. Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Consejo de Estado de Colombia. (2006). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 30 de diciembre de 2006, radicado:11001-03-26-000-2000-00020-01-18059. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2008). *Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera del 20 de febrero de 2008, radicado:11001-03-26-000-2001-00062-01(21845)*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2009). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera de 7 de octubre de 2009, radicado18509. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2011). *Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 14 septiembre 2011, Radicado: 63001-23-31-000-1998-00812-01 20144*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

- Consejo de Estado de Colombia. (2011). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 14 septiembre 2011, radicado: 63001-23-31-000-1998-00812-01 20144. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2012). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C de 25 de abril de 2012, radicado: 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861)B. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia de la Sección Segunda del 22 de julio de 2014, radicado: 25000234200020120041001 (18182013)*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia de la Sección Tercera Sub sección B del 29 de agosto de 2014, radicado AP 2021110 25000-23-24-000-2011-00032-01*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). *Sentencia de la Sección Tercera, Subsección A del 11 de junio de 2014, radicado: 25000-23-26-000-2003-01185-01(26702)* . Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, radicado: 05001-23-33-000-2012-00533-01. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2014). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 27 de noviembre de 2014, Radicado: 53301. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de 26 de febrero de 2015, radicado: 11001-03-15-000-2014-01114-012073813. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de 26 de marzo de 2015, radicado:11001-03-28-000-2014-00034-002074061. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). *Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera del 18 de junio de 2015, radicado: 2011-00271-00*. Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (2015). *Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección C del 20 de abril de 2015, radicado:11001-03-26-000-2014-00037-00 50219* . Bogotá: Consejo de Estado de Colombia.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA E INTERNACIONAL

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.* San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Claude Reyes y otros Vs Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.* San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.* San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Pueblo indígena kichwa de sarayaku vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de Junio de 2012.* San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tribunal Supremo de España, Sentencia 22 de marzo de 1991. (1991). *Sentencia 22 de marzo de 1991 (RJ 1991/2669).* Madrid: Tribunal Supremo de España.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

- Acción Social Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010). *Del Campo a la Ciudad*. Bogotá: Acción Social Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Agencia de Protección Ambiental de Argentina. (2009). *Producción más limpia. Guía práctica y estudio de casos*. Buenos Aires: Agencia de Protección Ambiental. Ministerio de Ambiente y Espacio Público.
- Área Metropolitana del Valle de Aburrá. (6 de Febrero de 2014). *Noticias*. Obtenido de sitio web del Área Metropolitana del Valle de Aburrá: www.metropol.gov.co/detalle_noticia.php?idn=1997&Q=1
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1986). *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*. Ginebra: Asamblea General de las Naciones Unidas, consultado el 18 de noviembre de 2013 en la página web <http://www2.ohchr.org/spanish/law/desarrollo.htm>.
- CAM. (2004). *Convenio de concertación para una producción más limpia entre el subsector ganadería y la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena*. Neiva: Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena.
- CAM. (2005a). *Convenio de concertación para una producción más limpia entre el subsector tabacalero y la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena*. Neiva: Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena.
- Cancillería . (29 de junio de 2015). *Intervención del Ministro del Interior, Fernando Carrillo, durante la presentación del II Informe Nacional del Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2013)*. Obtenido de Sitio web de la : <http://www.cancilleria.gov.co/content/intervencion-del-ministro-del-interior-fernando-carrillo-durante-la-presentacion-del-ii#sthash.g8fnDEkr.dpuf>
- CAR, MAVDT, & FEDEPANELA. (2006). *Convenio de concertación para una producción más limpia entre el subsector productor de panela y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca*. Bogotá: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). (18 de Agosto de 2014). *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. Obtenido de sitio web del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/carta-iberoamericana-de-calidad-en-la-gestion-publica/view>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (15 de Diciembre de 2014). *Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública*. Obtenido de sitio web del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo: <http://www.clad.org/noticias/56-mesa-directiva-ampliada-del-clad-aprueba-version->

definitiva-del-proyecto-de-carta-iberoamericana-de-participacion-ciudadana-en-la-gestion-publica

- Centro Nacional de Producción más Limpia. (2000). *Producción más Limpia en Colombia: Conceptos sobre motivaciones y obstáculos para su implementación*. Bogotá: Centro Nacional de Producción más Limpia.
- Centro Nacional de Producción más Limpia. (2001). *Informe de evaluación nacional: Colombia*. Bogotá: Centro Nacional de Producción más Limpia.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-. (2013). *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe*. Situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL-. (17 de Abril de 2015). *Declaración sobre el Principio 10 en América Latina y el Caribe*. Obtenido de sitio web de la CEPAL: <http://www.cepal.org/rio20/principio10/default.asp>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL-. (13 de Mayo de 2015). *Río+20 El futuro que queremos*. Obtenido de Tercera Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente Medio Ambiente: www.cepal.org
- Comisión Europea, COM (2000) 576. (2000). *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Conjuguar nuestras necesidades y nuestras responsabilidades: integración de las cuestiones medioambientales en la política económica*. Bruselas: Comisión Europea.
- Comisión Europea, COM (96) 561. (1996). *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo -relativa a los acuerdos sobre medio ambiente*. Bruselas: Comisión Europea.
- Comisión Europea. (2001). *Libro Blanco sobre la Gobernanza*. Bruselas: Comisión Europea, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:287:0001:0029:ES:PDF>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Organización de Estados Americanos.
- Comité de los Derechos Humanos. (1989). *Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º*. Comité de los Derechos Humanos. Consultado el 10 de diciembre de 2013 en la página web: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom18.html>.

Consejo de Derechos Humanos. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Asamblea General de Naciones Unidas.

Consejo de la Unión Europea. (25 de junio de 2015). *Síntesis de la legislación europea*. Obtenido de sitio web de la Unión europea: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/128056_es.htm

Consejo de las Comunidades Europeas. (19 de octubre de 1987). *Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros relativa a la continuación y aplicación de una política y un programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente*. Obtenido de Diario Oficial n° C 328 de 07/12/1987 p. 0001 - 0044: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1397509625402&uri=CELEX:41987X1207>

Consejo de las Comunidades Europeas. (17 de mayo de 1993). *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*. Obtenido de Diario Oficial n° C 138 de 17/05/1993 p. 0001 - 0004: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1397510404045&uri=CELEX:41993X0517>

Consejo de las Comunidades Europeas. (17 de mayo de 1993). *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible*. Obtenido de Diario Oficial n° C 138 de 17/05/1993 p. 0001 - 0004: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1397510404045&uri=CELEX:41993X0517>

Consejo de la Unión Europea. (1996). *Directiva 96/61/CE de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación*.

Consejo de la Unión Europea. (25 de junio de 2015). *Síntesis de la legislación europea*. Obtenido de sitio web de la Unión europea: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/128056_es.htm

Consejo Nacional de Producción más Limpia de Chile. (28 de Agosto de 2015). *Acuerdos de Producción Más Limpia*. Obtenido de Sitio Web del Consejo Nacional de Producción más Limpia de Chile: <http://www.cpl.cl/>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (17 de diciembre de 2014). *Conpes 3654 de 2010*. Obtenido de sitio web del Ministerio del Interior de Colombia: <http://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/conpes-3654-de-2010>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2004). *Lineamientos para promover la participación privada en la prestación de servicios ecoturísticos en el sistema de*

- parques nacionales naturales-SPNN*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social, consultado el 12 de junio de 2015 en la página web: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/CONPES3296.PDF>.
- Contraloría General de la República-Departamento Administrativo de la Función Pública. (2009). *Audiencias Públicas en la Ruta de Rendición de Cuentas a la ciudadanía*. Bogotá: Contraloría General de la República- Departamento Administrativo de la Función Pública
- Corantioquia. (8 de Octubre de 2013). *Noticias*. Obtenido de sitio web de Corantioquia: www.corantioquia.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1437:convenio-de-produccion-mas-limpia-sector-industrial&catid=48:sala-de-prensa&Itemid=255
- Corantioquia. (2014). *Política regional de producción más limpia*. Medellín: Corantioquia, consultado el 12 de junio de 2015 en la página web: <http://www.corantioquia.gov.co/docs/LOGROS/Sostenibilidad.htm>.
- Cornare, MAVDT, & CEO. (2007). *Convenio de concertación para una producción más limpia en el oriente del departamento de Antioquia*. Rionegro: Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare (Cornare).
- Corpoguajira, & Corpocesar. (2005). *Convenio de concertación para una producción más limpia entre el subsector cafetero, la Corporación Autónoma Regional de la Guajira y la Corporación Autónoma Regional del Cesar*. Valledupar: Corporación Autónoma Regional de la Guajira.
- Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare. (2000). *Acuerdo del Consejo Directivo No. 084 del 29 de Junio de 2000, lineamientos para la implementación del "PROGRESA"*. Santuario: Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare.
- Corporación Autónoma Regional de Risaralda. (2014). *Informe de Gestión Vigencia 2013*. Pereira: Corporación Autónoma Regional de Risaralda.
- Corporación Autónoma Regional del Quindío. (2009). *Plan de Acción 2007-2011*. Armenia: Corporación Autónoma Regional del Quindío, consultado el 12 de junio de 2015 en la página web: www.crq.gov.co/Documentos/PLAN%20DE%20ACCION/PATFINAL.pdf.
- COP 7. (2004). *Conferencia de las Partes 7 Decisión VII/28*. Kuala Lumpur: Séptima Conferencia de las Partes de el Convenio de Diversidad Biológica. Disponible en la web: <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7765>.
- Defensor del Pueblo Europeo. (2013). *El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*. Luxemburgo: Unión Europea.

- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (1993). *Plan Nacional de Desarrollo 1994-1998*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (1994). *Documento CONPES 2750. Política Nacional Ambiental, Salto Social hacia el desarrollo humano sostenible*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (1997). *CONPES 2910 DE 1997*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (1998). *Plan Nacional de Desarrollo 1998-2002. El Cambio para construir la Paz*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (2003). *Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006. Hacia un Estado Comunitario*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP-. (2007). *Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación de Colombia-DNP. (2010). *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, "Prosperidad para todos"*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, DNP.
- Europa, Fundación Galicia. (2001). *La gobernanza europea: libro blanco*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.
- FAO. (14 de Abril de 2014). *Gobernanza de la tierra*. Obtenido de <http://www.fao.org/nr/tenure/gobernanza-de-la-tenencia/es/>
- Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC). (2007). *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT. GB.294/17/1; GB. Guatemala.
- Fendicaribe. (24 de Marzo de 2014). Sitio Web de Fendicaribe. Obtenido de Boletín interno: www.fendicaribe.com/ver_detalle_bole.php?id=31
- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. (2005). *Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas -Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005-*. Nueva York: Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.
- Gobernación de Antioquia. (2010). *Propuesta de Proyecto. Estatuto Ambiental para el Departamento de Antioquia. Documento de consulta*. Medellín: Gobernación de Antioquia.

- Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales. (2005). *Evaluación y seguimiento de los convenios de producción más limpia. Convenio interadministrativo de cooperación financiera, científica y tecnológica. No.097/2004-No.023/2004*. Bogotá.
- ISVIMED. (14 de Julio de 2015). *Acerca de nosotros: ISVIMED*. Obtenido de <http://www.isvimed.gov.co>
- MAVDT. (2010). *Política Nacional de Producción y Consumo. Hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web: www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/ambiente/politica/polit_nal_pr_oduccion_consumo_sostenible.pdf.
- MAVDT; PNN. (2010). *Memorando de Entendimiento-Mde para la implementación del Plan de Acción del Sistema Nacional de Áreas Protegidas - SINAP*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial-Parques Nacionales Naturales, consultado el 21 de abril de 2015 en la página web: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/MdE2010-2015.pdf>.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (Agosto de 2013). Concepto Jurídico No.24882. Guías Ambientales . Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2013). *Criterios para la elaboración de guías ambientales. Concepto Jurídico No. 24882*. Bogotá.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2013). Informe de gestión sector ambiente y desarrollo sostenible 2012. Bogotá: MADS.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (5 de Marzo de 2014). Obtenido de Sitio web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=151&conID=294>
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (6 de Noviembre de 2014). *Consultas públicas*. Obtenido de sitio web del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: <https://www.minambiente.gov.co/index.php/atencion-y-participacion-al-ciudadano/consultas-publicas#comentarios>
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional de Producción y Consumo. Hacia una cultura de consumo sostenible y transformación productiva*. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web: www.minambiente.gov.co/documentos/normativa/ambiente/politica/polit_nal_pr_oduccion_consumo_sostenible.pdf.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2005b). Convenios de producción más limpia. Ponencia: Liliana Soto. Tercer Seminario de Producción Más Limpia.

- Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consultado el el 23 de marzo de 2014 en la página web: recuperado el 4 de julio de 2011 de <http://www.sigob.gov.co/met/meta.info.aspx?m=217>.
- Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. (2005a (septiembre). Convenio interadministrativo de cooperación financiera, científica y tecnológica. No. 097/2004 (número IDEAM)-No. 023/2004 (número MAVDT). Bogotá: Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2006). Guía ambiental para la industria del curtido y preparado de cueros. Bogotá: Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. (20 de Abril de 2014). Obtenido de Sitio wwb del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile: [http://www.cpl.cl/Acuerdos\(APL\)/](http://www.cpl.cl/Acuerdos(APL)/)
- Ministerio de Gracia y Justicia, Real Decreto de 24 de julio de 1889. (1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil*. Madrid: Ministerio de Gracia y Justicia.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (5 de Noviembre de 2014). *Gobierno en línea*. Obtenido de sitio web de Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: www.gobiernoenlinea.gov.co
- Ministerio del Medio Ambiente. (1996). Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web: www.humboldt.org.co/iavh/documentos/politica/politicas_ambientales/2003%20Lineamientos%20Politica%20Integral%20Agua.pdf.
- Ministerio del Medio Ambiente. (1997). *Política Nacional de Producción más Limpia*. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, consultado el 12 de febrero de 2014 en la página web: www.fedebiocombustibles.com/files/POLITICA%20NACIONAL%20DE%20PRODUCCION%20MAS%20LIMPIA.pdf.
- Ministerio del Medio Ambiente. (1997). *Política para la gestión integral de residuos*. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web: www.cortolima.gov.co/SIGAM/poli/politica%20de%20residuos.pdf.
- Ministerio del Medio Ambiente. (1998). Lineamientos de política para la Participación Ciudadana en la gestión ambiental. Bogotá: Ministerio del Medio Ambiente, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web: www.minambiente.gov.co/Puerta/destacado/vivienda/gestion_ds_municipal/poli/Lineamientos%20Participaci%F3n%20Ciudadana.doc.

- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ginebra: Naciones Unidas. Consultado el 19 de Julio de 2015, en la página web:<http://www.un.org/es/documents/udhr/>.
- Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ginebra: Naciones Unidas. Consultado el 19 de Julio de 2015, en la página web:<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.
- Naciones Unidas. (1966b). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra: Naciones Unidas. Consultado el 19 de Julio de 2015, en la página web: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.
- Naciones Unidas. (1982). Carta Mundial de la Naturaleza . Organización de las Naciones Unidas, consultada el 19 de julio de 2015 en la página web: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/37/7&Lang=S>.
- Naciones Unidas. (1987). Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, consultado el 19 de julio de 2015 en la página web: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>.
- Naciones Unidas. (1992). Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Consultado el 17 de julio de 2015 en la página web:<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.
- Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro: Organización de las Naciones Unidas, consultado el 17 de julio de 2015 en la página web: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- Naciones Unidas. (1994). Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los países afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular África. París: Organización de las Naciones Unidas. Consultado el 19 de julio de 2015 en la página web: <http://www.unccd.int/Lists/SiteDocumentLibrary/conventionText/conv-spa.pdf>.
- Naciones Unidas. (1997). Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kioto: Organización de las Naciones Unidas. Consultado el 19 de julio de 2015 en la página web: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>.
- Naciones Unidas. (2010). *El cambio climático en Colombia y en el Sistema de las Naciones Unidas. Revisión de riesgos y oportunidades asociadas al cambio climático*. Bogotá: PNUD Colombia-AECID. Disponible en: http://www.pnud.org.co/img_upload/61626461626434343535373737353535/Brochure%20resumen%20Proyecto.pdf.
- Naciones Unidas. (2012). Declaración de Río + 20, El futuro que queremos. Río de Janeiro: Naciones Unidas, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web <http://www.undp.org.ar/img/rio+20/Elfuturoquequeremos.pdf>.

- Naciones Unidas. (2012). El futuro que queremos. Río de Janeiro: Naciones Unidas. Consultado el 10 de diciembre de 2010, en la página web: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>.
- OEA (1969). Convención Americana de Derechos Humanos . San José: OEA, consultado el 20 de julio de 2015 en la página web: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.
- OEA. (2001). *Estrategia Interamericana para la promoción de la participación en la Toma de Decisiones sobre Desarrollo Sostenible*. Washington, D.C.: OEA, Unidad de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente, consultado el 2 de diciembre de 2013 en la página web http://www.oas.org/usde/PDF_files/ispspanish.pdf.
- OEA. (2006). *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Washington D.C.: OEA, Relatoria especial para la libertad de expresión CIDH, consultado el 7 de diciembre de 2013 en la página web: <http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>.
- OEA (18 de Agosto de 2014). *e-Gobierno, Gobernabilidad y Gobernanza*. Obtenido de sitio web de la Organización de los Estados Americanos (OEA): <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=etN1Un2nMIU%3D&tabid=1729>
- OEA (17 de Abril de 2015). *Lineamientos para el Programa de Gobernabilidad democrática en las Américas, párrafo resolutivo 3 de la ag/res. 1960 (xxxiii-o/03)*. Obtenido de sitio web de la Organización de los Estados Americanos: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2045_04.asp
- OEA (17 de Abril de 2015). *Lineamientos para el Programa de Gobernabilidad democrática en las Américas, párrafo resolutivo 3 de la ag/res. 1960 (xxxiii-o/03)*. Obtenido de sitio web de la Organización de los Estados Americanos: http://www.oas.org/xxxivga/spanish/docs_approved/agres2045_04.asp
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Nueva York: Naciones Unidas.
- OIT. (1989). *C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, consultado el 21 de abril de 2015 en la página web: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.
- OIT. (27 de Mayo de 2015). *Convenio No. 169* . Obtenido de sitio web de la Organización Internacional del Trabajo: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--es/index.htm>
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, Directiva 2010/75. (2010). Directiva 2010/75/UE Sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la

- contaminación) del 24 de noviembre de 2010. Estrasburgo: Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (2001). *Política de Participación Social en la Conservación*. Bogotá: Unidad de Parques Nacionales de Colombia.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (6 de Noviembre de 2014). *Plan de Participación Ciudadana*. Obtenido del Sitio web de Parques Nacionales Naturales de Colombia: http://www.parquesnacionales.gov.co/portal/wp-content/uploads/2013/08/PNN_Plan-de-participaci%C3%B3n-ciudadana_2014.pdf
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (25 de Marzo de 2015a). *Plan de Acción del Sistema Nacional de Áreas Protegidas de Colombia*. Obtenido de sitio web de Parques Nacionales Naturales de Colombia: http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/pdf/PLAN_DE_ACCION_DEL_SINAP_v2011.pdf
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (17 de abril de 2015b). *Relacionamiento de la Unidad de Parques Nacionales Naturales con los Pueblos Indígenas*. Obtenido de Sitio web de Parques Nacionales Naturales de Colombia: http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/frame_detalle.php?h_id=5590.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (21 de abril de 2015c). *Memorando de Entendimiento*. Obtenido de <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.111204>.
- Parques Nacionales Naturales-Resguardo Perratpu. (2009). Acuerdo para la adopción e implementación del régimen especial de manejo del área traslapada suscrito entre la unidad administrativa especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales-Santuario de Fauna y Flora Los Flamencos y el Resguardo Perratpu. Riohacha: Parques Nacionales Naturales de Colombia.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (13 de Agosto de 2015c). *Relacionamiento de la Unidad de Parques Nacionales Naturales con los Pueblos Indígenas*. Obtenido de sitio web de Parques Nacionales Naturales de Colombia: http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/frame_detalle.php?h_id=5590
- Presidencia de la República. (2008). *Informe al Congreso 2008*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Presidencia de la República. (2013). *Informe al Congreso 2013*. Bogotá: Departamento de Planeación Nacional.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2009). *Preguntas frecuentes. El Proceso de Marrakech*. Francia: Programa de las Naciones Unidas para el Medio

- Ambiente Recuperado de la página web: <http://www.unep.fr/scp/marrakech/pdf/0904-UNEP-marrakech-brochure-SP.pdf>.
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (2001). Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. Estocolmo: UNEP
- Real Academia Española. (24 de Mayo de 2015). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la lengua española: <http://www.rae.es/>
- Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. (20 de Abril de 2014). Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Argentina. Obtenido de http://www.sgp.gov.ar/dno/sitio/jgm/jgm_resp_prim_y_acc_ayds.html#SAYDS-SSPYPA
- Secretaria Distrital de Ambiente. (24 de Marzo de 2014). Programa de Gestión Ambiental Empresarial de la Secretaria Distrital de Ambiente. Obtenido de sitio web de la Secretaria Distrital de Ambiente: <http://ambientebogota.gov.co/es/web/gae/inicio>
- Sistema de Información Ambiental de Colombia. (2014). Agendas Sectoriales. Bogotá: Sistema de Información Ambiental de Colombia, consultado el 23 de marzo de 2014 en la página web: https://www.siac.gov.co/documentos/DOC_Portal/DOC_UsodeRecursos/Agendassectoriales/20111013_Agendasambienta_sec.pdf.
- Sistema de Información Ambiental Minero-Energético Colombiano –SIAME-. (24 de Mayo de 2015). Sistema de Información Ambiental Minero-Energético Colombiano. Obtenido de <http://www.siame.gov.co/siame/GuiasAmbientales/tabid/57/Default.aspx>
- Soy EColombiano. (7 de Junio de 2015). Soy EColombiano. Obtenido de <http://www.soyecolombiano.com/site/>
- The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights. (2014). A Rights-Based Approach to Participation. Website: <http://globalinitiative-escr.org/>: The Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights.
- UICN. (14 de Abril de 2014). *Programa de Gobernanza Ambiental* . Obtenido de http://www.iucn.org/es/sobre/union/secretaria/oficinas/sudamerica/sur_trabajo/sur_pgam.cfm
- UNEP. (2000). Declaración Ministerial de Malmö. Malmö: UNEP, consultado el 19 de noviembre de 2013 en la página web http://www.unep.org/malmo/declaraci%C3%B3n_ministerial_de_malm%C3%B61.htm.
- UNEP. (2006). *Acuerdos ambientales y producción más limpia*. Costa Rica: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Documento consultado el 4 de marzo de 2014 en la página web: <http://www.unep.fr/shared/publications/pdf/DTIx0898xPA-EnvAgreementsES.pdf>.

UNEP. (14 de Abril de 2014). *Environmentalgovernance*. Obtenido de <http://www.unep.org/environmentalgovernance/>

UNEP. (14 de Abril de 2014). *Gobernabilidad democrática*. Obtenido de <http://www.undpág.org/spanish/temas/gobernabilidad.shtml>

United Nations. (17 de Julio de 2015). Global Compact. Obtenido de web site of United Nations-Global Compact: <https://www.unglobalcompact.org>

Universidad del Rosario. (21 de Abril de 2015). Universidad del Rosario. Obtenido de Cátedra Viva Intercultural: www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Mecanismos-de-la-Consulta-Previa/

ANEXOS

Cuadro. 3. Mecanismos de participación ambiental¹⁰¹⁹.

ADMINISTRATIVOS		JUDICIALES		POLITICOS	
<i>Tipo de mecanismo</i>	<i>Reglamentación</i>	<i>Tipo de mecanismo</i>	<i>Reglamentación</i>	<i>Tipo de mecanismo</i>	<i>Reglamentación</i>
Consulta previa con pueblos indígenas y grupos étnicos	Arts. 2,7,8,10,40, 79, 270, 330 de la CN, Ley 21/91 (que aprueba el convenio 169 de la OIT), ley 99/93 (art. 76), Dto 1397/96, Dto 1320/98, Dto. 1220/2005.	Acción de tutela	Arts. 86 de CN, Dto. 2591/92, Dto306/92, Dto. 1382/00.	Iniciativa popular legislativa normativa	Arts. 40, 103, 106 de la CN, ley 134/94 (art. 2)
Audiencias públicas ambientales	Arts. 40,79,270 de la CN, ley 99/93 (art 72), Dto. 330/07	Acción de cumplimiento.	Arts. 87 de la CN, ley 393/97.	Referendo	Arts. 40, 103 de la CN ley 134/94 (arts. 3,5)
Veedurías ciudadanas en asuntos ambientales	Arts. 40,79,270 de la CN. Ley 136/94 (arts. 91, 178), ley 487/98 (arts. 34,35), ley 850/03	Acción popular	Art 88 de la CN, ley 472/98	Revocatoria del mandato	Art. 103 de la CN, ley 134/94, (art. 6)
Intervención en los procedimientos ambientales	Arts. 40,79,270 de CN, ley 99/93 (arts. 69, 70)	Acción de grupo	Art 88 de la CN, ley 472/98	Plebiscito	Arts. 40, 103 CN, 134/94 (art 7)
Participación en los procesos de planeación ambiental	Arts. 40,70,270 de la CN, ley 99/93 (parágrafo 1, art, 11, 13, 26, literales F y G, 64), res. 128/00, res. 389/00, Dto. 1523/03, Dto. 606/06, Dto. 330/07 (art. 17).	Acción de nulidad	Art 40, inciso 6 de la CN, art 84 código contencioso administrativo, Dto. 2304/1989.	Consulta popular	Arts. 40, 103, 105 de la CN, ley 134/94 (art 8)
Derecho de petición	Arts. 23, 79de CN. Ley 99/93, (art. 74), arts. 17 de la ley 23/73	Acción de inconstitucionalidad	Arts. 4, 40 inciso 6, 241 de CN, Dto. 2067/91.	Cabildo abierto	Art 103 de CN, ley 134/94 (art 9)
				Voto	Arts. 103, 258, 259, de la CN ley 134/94, ley 403/97

¹⁰¹⁹ (Rodríguez & Muñoz, 2009, pág. 140)

Cuadro 4. Sentencias de la Corte Constitucional en materia de Consulta Previa.

Medidas Legislativas		
Nombre del caso	Número de sentencia	Tema
Circunscripción electoral especial-comunidades negras y raizales. (Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, "por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia").	C-169/2001	La Corte reconoce a las comunidades negras como grupos étnicos, y por tanto acreedores de los derechos consagrados en el convenio 169 de la OIT, entre estos el derecho a la propiedad colectiva. Reconoce a los raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia como grupo étnico titular de unos derechos especiales.
Demanda de inconstitucionalidad contra el articulado del código de minas (Ley 685 de 2001)	C-891/2002	La participación de los pueblos indígenas se concreta a través del derecho de consulta, tal como lo estipula el parágrafo del artículo 330 superior. Este derecho, ha sostenido la Corte, adquiere el carácter de fundamental en la medida en que constituye un importante medio para garantizar el ejercicio de otro derecho de la misma estirpe, como es la preservación de la integridad étnica a que se refiere el citado canon constitucional. Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional.
Examen de constitucionalidad de la Ley forestal. (Ley 1021 de 2006)	C-030/2008	Solicitan declarar inexecutable de la totalidad de la norma por no haber realizado la consulta previa a las comunidades indígenas, ni a los pueblos afrodescendientes.
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1151 de 2007, Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010.	C-461/2008	La Ley 1151 de 2007 se aprobó sin que se hubiera realizado consulta previa con los pueblos indígenas. Se ordena suspender la ejecución de los proyectos que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de

		constitucionalidad.
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta al Estatuto de Desarrollo Rural”	C- 75/2009	Se omitió la consulta previa a los pueblos indígenas, la norma fue aprobada por el Congreso, a pesar que contiene disposiciones que afectan los intereses de las comunidades indígenas.
Revisión automática del tratado “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”	C-615/2009	Debió haber sido consultado el tratado previamente con las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, por ser los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes, razón por la cual la Corte declarará inexecutable la ley aprobatoria, por haberse incurrido en un vicio de inconstitucionalidad.
Acuerdo de Libre comercio entre Colombia y la Asociación Europea de Libre Comercio (A.E.L.C.) Revisión constitucional del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC y de la Ley aprobatoria 1372 de 2010.	C-941/2010	Se hace una revisión constitucional. Se concluye que no se hace necesaria la consulta previa a las comunidades indígenas porque los Acuerdos en ninguna de sus disposiciones consagran limitaciones o imposiciones que puedan afectar el derecho constitucional a la propiedad colectiva que tienen las minorías étnicas sobre los territorios aborígenes, ni afecta los territorios tradicionales ocupados o los que configuran su hábitat, ni mucho menos afecta los valores culturales o espirituales de dichos pueblos.
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas.”	C-366/2011	El Estado colombiano tiene la obligación de impulsar la participación de las minorías étnicas en las decisiones que las afectan, en reconocimiento del derecho fundamental a la consulta previa.
Demanda de inconstitucionalidad Contra el art. 122 (parcial) de la ley 685 de 2001 por el cual se expide el Código de Minas.	C-418/2002	La Corte estudia aquí en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata.
Tratado de Libre comercio con Canadá	C-608/2010	La Corte concluyó que el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá contenía

		disposiciones que generarían una afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, con base en las intervenciones del Senador indígena Jesús Enrique Piñacué, en las que denunció que las disposiciones sobre explotación minera y sobre resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales tendrían un impacto negativo sobre los grupos étnicos.
Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 63 de la Ley 99 de 1993. “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente”.	C-894 /2003	La competencia de los municipios y las autoridades indígenas en relación con el patrimonio ecológico local no es exclusiva, sino concurrente con la normatividad básica nacional que el Congreso expida sobre la materia. Se intenta armonizar el derecho al desarrollo - indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente.
Protocolo modificatorio del Tratado de Libre comercio entre los Estados mexicanos, la Republica de Colombia y la Republica de Venezuela.	C- 051 /2012	Se refiere a la ley aprobatoria del tratado. Los asuntos que se modificaron en el protocolo son en su mayoría de índole técnica y se encuadran en aspectos procedimentales del intercambio comercial entre Colombia y México. Por su naturaleza, no inciden de forma directa en asuntos propios de la identidad de las comunidades indígenas y afrodescendientes, razón por la cual, en este caso concreto, no está sometido al requisito de consulta previa a dichos grupos tradicionales.
Plan Nacional de Desarrollo. Recursos de los resguardos indígenas. Administración y distribución.	C- 077 / 2012	Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas serán de libre destinación para la financiación de proyectos de inversión debidamente formulados, e incluidos en los planes de vida o de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Los proyectos de inversión deberán estar incluidos en el contrato de administración celebrado con el respectivo municipio o departamento, en concordancia con la clasificación de gastos definida por el Decreto-Ley 111 de 1996.

<p>Revisión constitucional de la Ley 1458 del 29 de junio de 2011, <i>“por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional de Maderas Tropicales, 2006”, hecho en Ginebra el 27 de enero de 2006.</i></p>	<p>C-196/ 2012</p>	<p>Obligatoriedad de la consulta previa a las comunidades indígenas o afrodescendientes. En el caso concreto, no se requería consulta previa, pero sí es obligatoria en relación con las medidas legislativas, administrativas, acciones, planes, programas, proyectos u otras tareas emprendidas en el marco de la organización internacional que afecten directamente a una o más comunidades.</p>
<p>Revisión automática del <i>“Acuerdo sobre el establecimiento de la red internacional del bambú y el ratán”,</i> suscrito en Beijing, República Popular China, el 6 de noviembre de 1997, y de la Ley 1461 de 2011, por medio de la cual fue aprobado.</p>	<p>C-293 / 2012</p>	<p>La Consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades étnicas. Requisito previo antes de un trámite legislativo que los afecte. Consulta previa en materia de leyes aprobatorias de tratados.</p>
<p>Control de la explotación ilegal de minerales contenida en el Plan Nacional de Desarrollo.</p>	<p>C- 331/2012</p>	<p>Se refiere, además a la derogatoria de normas que permitían la legalización de la pequeña minería y de la minería tradicional. Y de la obligatoriedad de realizar a las comunidades indígenas que se vean afectadas.</p>
<p>Demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 106, 107 (parcial) y 112 de la ley 1450 de 2011 <i>“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.</i></p>	<p>C - 398/2012</p>	<p>Control a la explotación ilícita de minerales contenida en la ley del Plan Nacional de Desarrollo. Cosa juzgada constitucional respecto de la no exigencia de la Consulta Previa.</p>
<p>Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1454 de 2011, <i>"Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras</i></p>	<p>C- 489/ 2012</p>	<p>Regiones como entidades territoriales y entidades territoriales indígenas. Omisión legislativa absoluta por falta de regulación.</p>

<i>disposiciones".</i>		
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1454 de 2011, " <i>Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones".</i>	C- 489/ 2012	Regiones como entidades territoriales y entidades territoriales indígenas. Omisión legislativa absoluta por falta de regulación.
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1482 de 2011 "por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones." Instaurada por Erick Andrés Pérez Álvarez y Diego Leonardo González González	C-194/2013	Se acusa la ley 1482 de 2012 de violar los principios de consecutividad, identidad flexible, legalidad penal, además se argumenta por los actores que la ley carece de la consulta previa necesaria en los caso de medidas legislativas que tengan relación con los pueblos afrodescendientes e indígenas.
Revisión de Constitucionalidad: de la Ley 1588 del 19 de noviembre de 2012 "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre el Estatuto de las Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 y la Convención para reducir los casos de Apatridia adoptada en Nueva York, el 30 de agosto de 1961"	C-622/2013	Se acusa a la ley 1588 de 2012 de incurrir en vicios de forma, por lo que se solicita que sea devuelta a la cámara para corregir dicho vicio, además se considera que la ley debió ser consultada con comunidades indígenas lo cual no se hizo.
Demanda de inconstitucionalidad contra: parcial contra la expresión "comunidades negras"	C-253/2013	El demandante alude un trato discriminatorio por la utilización de la expresión "negros" en las normas demandadas, además advierte la no realización de la consulta previa al momento de

<p>contenida en Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, la Ley 649 de 2001 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”, el Decreto 1332 de 1992, “Por el cual se crea la comisión especial para las comunidades negras, de que trata el artículo transitorio número 55 de la Constitución Política, sobre el reconocimiento de los derechos territoriales y culturales; económicos, políticos y sociales del pueblo negro de Colombia; y se establecen las funciones y atribuciones de la misma”, el Decreto 2374 de 1993 “Por el cual se adiciona el Decreto 2128 de 1992 y se dictan otras disposiciones”.</p>		<p>expedir estas normas. La corte realiza un análisis exhaustivo del lenguaje para concluir que dentro del contexto la palabra negro no está siendo usada de manera peyorativa, y un análisis jurisprudencial cronológico para determinar que al momento de la discusión de las normas demandadas no se habían sentado bases jurisprudenciales que exigieran la consulta previa.</p>
<p>Revisión oficiosa de la Ley 1611 de 2013, Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de reconocimiento mutuo de títulos y grados académicos de educación superior universitaria, entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino de España, suscrito en el Mar del Plata, Argentina, el 4 de diciembre de 2010”</p>	<p>C-909/2013</p>	<p>Se realiza el control de la ley 611 de 2013, evaluando si se realizó el trámite formal correspondiente y considerando si dentro de dicho trámite era obligatoria realizar la consulta previa. La corte encuentra la realización del trámite de manera correcta, hace un análisis jurisprudencial de las sentencias que respaldan dicho control a estas normas y además encuentra que no es necesaria la consulta previa, toda vez que no afecta directamente a las comunidades protegidas por dicho mecanismo de participación.</p>
<p>Revisión de constitucionalidad de la Ley 1595 del 21 de</p>	<p>C-616/2013</p>	<p>- El control de constitucionalidad de los tratados internacionales incorpora, como requisito previo del procedimiento legislativo,</p>

<p>diciembre de 2012, “por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (Número 189)”, adoptado en Ginebra, Confederación Suiza, en la 100a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el 16 de junio de 2011.”</p>		<p>la acreditación acerca de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre el contenido material del instrumento internacional, exclusivamente en los casos en que este regule asuntos propios de la identidad de esas comunidades</p> <p>Se realiza el control de la ley 1595 de 2013, evaluando si se realizó el trámite formal correspondiente y considerando si dentro de dicho trámite era obligatoria realizar la consulta previa.</p> <p>La corte encuentra la realización del trámite de manera correcta, hace un análisis jurisprudencial de las sentencias que respaldan dicho control a estas normas y además encuentra que no es necesaria la consulta previa, toda vez que no afecta directamente a las comunidades protegidas por dicho mecanismo de participación.</p>
<p>Revisión de constitucionalidad del “Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes”, adoptado en Budapest, el 28 de abril de 1977 y enmendado el 26 de septiembre de 1980 y su “Reglamento”, adoptado el 28 de abril de 1977 y modificado el 20 de enero de 1981 y el 1 de octubre de 2002- y la Ley 1515 de febrero 6 de 2012, aprobatoria del mismo.</p>	<p>C-350/2013</p>	<p>La adhesión al mismo no supone una afectación directa de las comunidades étnicas, por lo que no se hallaba sometido al trámite de la consulta previa. Sin embargo, la Corporación reitera las obligaciones internacionales y los mandatos constitucionales que imponen el deber estatal de consultar a las comunidades étnicas siempre que se adopte una medida que especifica y directamente las afecta, y especialmente, si se trata de proteger su derecho a la propiedad intelectual (artículo 61 C.P.) del cual puedan ser titulares en virtud de su conocimiento ancestral, en este caso en materia de microorganismos</p>
<p>Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria número 228 de 2012 Cámara, 156 de 2011 Senado, “por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional”.</p>	<p>C-274/2013</p>	<p>Las normas generales contenidas en este proyecto no afectan el territorio, la autonomía, la cultura, los valores o la existencia como comunidades étnicas de manera directa, como quiera que sus definiciones, principios, excepciones, ámbito de aplicación, objeto y mecanismos de protección actúan en abstracto para regular toda la información pública en manos de las entidades estatales de cualquier orden y no sobre medidas concretas que las afecten de manera directa y específica. En este</p>

		evento, la relación entre las disposiciones del proyecto de ley y los derechos de tales comunidades es mediata y general, y sus disposiciones no inciden directamente en los pueblos indígenas y tribales, ni constituyen intervención o afectación concreta de su proyecto de vida.
Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías” y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley.	C-068/2013	No es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que corresponde al ámbito de sus competencias, aun siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio propio de sus funciones. Sin embargo, como se ha dicho, la entidad debe brindarle a las comunidades tradicionales, en un momento previo a la radicación del proyecto de ley ante el Congreso de la República, los espacios que resulten idóneos para que ellas puedan no sólo conocer la iniciativa sino, sobre todo, participar activamente en el alcance de su redacción, conforme a una ruta metodológica definida de mutuo acuerdo.
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 y 28, parciales, de la Ley 1537 de 2012, “por la cual se dictan normas tendientes a facilitar y promover el desarrollo urbano y el acceso a la vivienda y se dictan otras disposiciones”.	C-359/2013	Se trata de un régimen establecido para todos los hogares, que parte de un marco abstracto que concierne al conjunto de las personas en situación de pobreza y que comprende de manera uniforme a la generalidad de los colombianos, por lo que no se requiere la consulta previa. En ningún momento se está obligando a los pueblos tribales a hacer parte necesariamente de estos programas de vivienda de interés social y de interés prioritario, sino que se presenta por el Estado una alternativa o posibilidad que, partiendo de las penurias económicas y sociales en que se encuentren muchas familias en el territorio colombiano, podrán libremente solicitar hacerse merecedor de una vivienda en las condiciones que se señalan por la ley demandada. Menos podría endilgarse la existencia de una omisión legislativa absoluta, toda vez que existe una ley que rige para todos los colombianos.

Reforma a La Constitución		
Nombre del caso	Número de sentencia	Tema
Exequibilidad del Acto Legislativo No. 01 de 2009	C- 702/2010	Se declaró INEXEQUIBLE el inciso octavo del artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2009, “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política”. La omisión de consulta previa es un vicio de forma que se proyecta sobre el contenido de la medida legislativa respectiva y que, por tanto, puede viciar la constitucionalidad de un acto legislativo.
Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011, <i>“por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política.”</i>	C-317 /2012	Se acusa el Acto Legislativo 05 de 2011, por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política aduciéndose para el efecto la carencia de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros, basado en el hecho de que la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros, pero no de iniciativa constituyente. La corte aclara que los Ministros del Despacho obran como representantes del Gobierno ante el Congreso para efectos de ejercer la iniciativa constituyente gubernamental, ya que existe un mandato general de representación que permite presumir dicha vocería en casos concretos.

Fuente: elaboración propia.

Actos Administrativos		
Nombre del caso	Número de sentencia	Tema
Amado de Jesús Carupia Yagari, (en su calidad de gobernador de la comunidad indígena de Cristianía) Vs. Compañía SOLARTE y MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS	T-428/1992.	Caso Troncal del Café. Resguardo indígena de Cristianía (Jardín, Antioquía). Ampliación, rectificación y pavimentación de la carretera que de Remolinos conducía a Jardín en continuación de la "troncal del café". El Estado o los particulares no pueden afectar el ambiente natural de manera indiscriminada, sin tener en cuenta las circunstancias propias del sitio y de sus pobladores.
Comunidades Indígenas del Medio Amazonas Vs. Ministerio de Defensa Nacional y la Misión Aérea de los Estados Unidos.	T-405/1993.	Radar y Bases militares Araracuara Vulneración y amenaza de los derechos a la comunidad indígena "por las labores de instalación de las bases militares norteamericanas y colombianas al interior de los predios del Resguardo de Monochoa, propiedad colectiva de los grupos étnicos huitoto y muinane".
Marta Lucía Giraldo Restrepo, en su condición de Procuradora Delegada para Asuntos Étnicos Vs. Gobernador del Departamento del Cesar, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Registrador Departamental del Cesar.	T-634/1999	Creación del municipio de Pueblo bello. Actuación administrativa de la Asamblea Departamental del Cesar, por medio de la cual aprobó la creación del municipio de Pueblo Bello, conformado por unos corregimientos y veredas que a juicio de los indígenas se encontraban dentro de la línea negra o zona teológica de la comunidad Arhuaca. No se concedió la tutela como mecanismo transitorio por existir otros porque existen otras vías judiciales: la acción popular y la contencioso-administrativa.
Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica Vs. Ministerio del Medio Ambiente y otros	T-955/2003	Comunidad Negra de la Cuenca del río Cacarica. El conflicto se da en la Reserva Forestal del Pacífico, se demandó por la autorización y tolerancia de las autoridades en la explotación de madera por parte de terceros en su territorio colectivo. Además, enfrentamientos entre la guerrilla y las fuerzas armadas dejó a la comunidad en el centro del conflicto, y esto generó desplazamiento forzado y desapariciones forzadas.

Pueblo indígena Motilón Barí VS. Ministerio del Interior y de Justicia y otros.	T-880/2006.	Proyecto de perforación exploratoria Alamo I, Ecopetrol. Pueblo Indígena Motilón Bari. Se revisó la decisión de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, por medio de la cual expidió una certificación que negó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia de un Pozo petrolero. Concedió el amparo.
Acción de tutela instaurada por José Manuel Chimusquero Alberto y otros VS. Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA) y otros.	T-154/2009.	Caso rio Ranchería (resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta) Se omitió el proceso de consulta previa al momento de la expedición de la licencia ambiental para la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería. Denegó el amparo porque las consultas previas si habían sido realizadas, además el reclamo fue ex temporal (2 años después)
Acción de tutela instaurada por Álvaro Balarín y otros VS. Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y otros	T-769/2009.	Proyecto Mandé Norte. Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, ante la autorización que se le diera a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó.se suspendieron las actividades de exploración y explotación hasta que no se hiciera la consulta a las comunidades indígenas. El consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios.
Cabildo Indígena Yanacona Villamaría. Vs. Alcaldía municipal de Mocoa (Putumayo)	T-737/2005	Decisión administrativa de la alcaldía municipal de Mocoa (Putumayo) que afectaba a la comunidad indígena Yanacona Villamaría de Mocoa, la cual había solicitado a dicha autoridad el cumplimiento con lo señalado en el artículo tercero de la Ley 89 de 1890 relativo al reconocimiento como cabildo.

Alcaldía de Cartagena y Consorcio vial Isla de Barú Vs. Rafael Elías Escobar Cafarzuza como representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y Ramiro Torres Espinoza como representante legal del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao'.	T -745/2010	Se refiere al Proyecto de construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú, una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio. Encontramos en el desarrollo de la sentencia un enfrentamiento entre el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, como los son las comunidades afrocolombianas localizadas en los municipios de Santa Ana, Barú y Ararca.
Acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC VS. Presidencia de la República y otros	SU-383/ 2003	La Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) demanda la protección transitoria de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, que estarían siendo quebrantados por los accionados al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales, en sus territorios. No existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia.
Acción de tutela instaurada por Jovannys Pardo Castro V.S. la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena (DIMAR).	T-376/2012	La comunidad negra de la Boquilla planteó como fundamento de su solicitud de amparo al derecho a la consulta previa el hecho de que algunos de sus miembros actualmente prestan servicio turísticos en una playa concesionada. La consulta previa, como un derecho fundamental. Reiteración de la jurisprudencia. La solución constitucional al conflicto entre la preservación del espacio público y el derecho al trabajo de los comerciantes informales.

<p>Acción de tutela instaurada por Luis Horacio Dagua Sabogal V.S. Gobernación de Valle del Cauca y Jose Gerardo Guegia Ramos.</p>	<p>T-513 / 2012</p>	<p>El Gobernador y representante del resguardo Triunfo Cristal Páez, interpuso acción de tutela, de la etnia NASA, por una vulneración del derecho a la consulta previa, a la identidad cultural, a la autonomía y al debido proceso de las comunidades que componen el mencionado resguardo por parte de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Valle del Cauca y del señor José Gerardo Ramos, debido a la expedición de un acto administrativo que interviene en sus estatutos internos.</p>
<p>Acciones de tutela instauradas por separado por el resguardo indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña a través de su representante legal y por el resguardo Indígena Chenche Socorro Los Guayabos por medio del Defensor Público para Indígenas de la Defensoría del Pueblo - Regional Tolima bajo la figura de agente oficioso VS. El Consejo Superior de la judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.</p>	<p>T- 002/2012</p>	<p>Criterios para marcar límites a la autonomía de las comunidades indígenas. Estudio del artículo 246 de la Constitución Política. Tensión entre los derechos a la autonomía y a la diversidad cultural de las comunidades indígenas y el sistema de derechos fundamentales en tanto mínimos éticos universales.</p>
<p>Acción de tutela instaurada por Hoovert Eladio Carabali Playonero, representante legal del consejo comunitario de las Comunidades Negras de La Plata Bahía Málaga V.S. Gobernación del Valle del Cauca.</p>	<p>T-823 / 2012</p>	<p>Inaplicación de la Resolución número 0121 del 30 de enero de 2012 “ <i>por la cual se convoca a los representantes legales de los consejos comunitarios de comunidades Negras y los representantes de los raizales de San Andres, Providencia y Santa Catalina, a Asambleas departamentales y se dictan otras disposiciones</i>”.</p>

<p>Acción de tutela instaurada por Yelitza Paola Quimbayo a nombre propio y en representación de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo V.S. el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- regional Guainía y Eduar Medina, Capitán de la Comunidad Yuri</p>	<p>T- 001 / 2012</p>	<p>Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones. Principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad Nacional y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas.</p> <p>Renunciabilidad del fuero indígena y regulación del interés superior del niño indígena.</p>
<p>Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del 1 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Tumaco, y Sentencia del 20 de noviembre de 2012, proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Accionante: Consejo Comunitario Alto Mira y Frontera y Consejo Comunitario Bajo Mira y Frontera. Accionados: Instituto Colombiano Agropecuario ICA, Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite Fedepalma, Asociación Palmasur S.A.T.</p>	<p>C-300/2013</p>	<p>Los accionante aseguran la existencia de intoxicación de menores debido al uso de un químico para acabar con la pudrición del cogollo, después de peticiones, quejas, denuncias y finalmente la tutela sus pretensiones son negadas debido a que no se prueba que la intoxicación fuera provocada por la medida y al peligro de la limitación al Ica como órgano para emergencias sanitarias en el país.</p>
<p>Acción de tutela instaurada por Junta Directiva del Consejo Comunitario de Mulaló contra Ministerio del</p>	<p>T-657/2013</p>	<p>- De conformidad con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, los Estados como Colombia deben “consultar a los pueblos interesados, mediante</p>

<p>Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Instituto Nacional de Vías (INVIAS), Consorcio D.I.S. S.A- EDL LTDA., por violación de los derechos al debido proceso administrativo, a la libre determinación, a la consulta previa, a la participación y a la integridad cultural.</p>		<p><i>procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente</i>". Una de las medidas que los pueden afectar es la construcción de obras de infraestructura en su ámbito territorial. Al respecto el art. 13.2 del Convenio 169 que forma parte del bloque de constitucionalidad, establece que <i>"la utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera"</i>. En consecuencia, el hecho de que los integrantes del Consejo Comunitario de Mulaló no se encuentren asentados en un territorio colectivo, no justifica que no se realice el derecho a la consulta previa, porque del Convenio 169 se desprende que se deben consultar aquellas medidas que afecten directamente.</p>
<p>Acciones de tutela presentadas por Carlos Maca Palechor contra la Secretaría de Educación del Cauca y otros; y Misael Aranda contra la Gobernación del Cauca.</p>	<p>T-049/2013</p>	<p>La jurisprudencia constitucional ha coincidido en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales, cuando éstas proyectan sus efectos sobre intereses de tales grupos, están llamadas a desarrollarse <i>"dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades."</i></p>
<p>Licencia Ambiental (actos administrativos autorizatorios)</p>		
<p>Nombre del caso</p>	<p>Numero de sentencia</p>	<p>Tema</p>
<p>Resguardo Chidima- Tolo y Pescadito VS. Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo</p>	<p>T-129/2011</p>	<p>Construcción de carretera, interconexión eléctrica binacional Colombia – Panamá (municipio de Acandí), concesión de minas en el Choco.</p>

Territorial y otros.		Se reitera la necesidad de que el Estado vele por la integridad no sólo de las comunidades étnicas implicadas sino de la protección del medio ambiente.
Pueblo Indígena Embera Katio VS. Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente y otros.	T-652/1998	En la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá en el río Sinú se pretermitió el trámite de consulta previa. Como la obra ya se había realizado, se indemnizó a la comunidad.
Comunidad U'wa VS. Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc.	SU-039/1997	Caso del Bloque Samoré. Actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, el cual tenía como fin estudiar la existencia de yacimientos petroleros en distintos departamentos del país que incluían parques naturales y resguardos indígenas.
Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 42 y su parágrafo, el artículo 43 y su parágrafo y el numeral 4o. del artículo 46 de la Ley 99 de 1993, y contra el artículo 18 del Decreto Ley 2811 de 1974.	C-495/1996	La planificación ambiental debe responder a los dictados de una política nacional, la cual se adoptará con la participación activa de la comunidad y del ciudadano, y la misma debe ser coordinada y articulada entre la Nación y las entidades territoriales correspondientes.
Yair Ortiz Larrahondo y Francia Elena Márquez Mina Vs. Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente y otros.	T-1045A/2010	Caso la Toma, municipio de Suárez. INGEOMINAS expidió una licencia para la explotación de un yacimiento de oro en la desembocadura de la quebrada La Turbina río Cauca. se comenzó la etapa de explotación sin ningún tipo de licencia ambiental. No se puede iniciar la exploración y explotación de un proyecto minero en territorio de las referidas comunidades étnicas, sin que se agote la consulta con éstas, en cuanto puedan ser afectadas y sin que se haya otorgado la licencia ambiental respectiva.
Demanda de Inconstitucionalidad contra la ley 773/2002.	C-620/2003	Se solicita Autorización legal para constituir una sociedad de economía mixta como concesionaria de las salinas de Manaure. La Corte recurrió no sólo a la interpretación sistemática, sino también la historia (remota) de la relación entre los Wayúu y las Salinas; se reseñan los conflictos que llevaron a la inclusión en los acuerdos de una sociedad de economía mixta, que es la autorizada en la ley. (Acuerdo de 1991.)
Acción de tutela interpuesta por Donaldo Barrios Gelez como representante legal del	T-172/2013	El actor aduce que la comunidad de punta barú fue excluida de la consulta

Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú, contra la Sociedad Portuaria Puerto Bahía S.A., el Ministerio del Interior y otros.		previa realizada para la construcción del puerto multipropósito, a pesar de que dicha obra posiblemente generaría daños y cambios en la pesca artesanal y en las actividades realizadas por la comunidad para su sustento diario.
--	--	---

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 5. Principios y reglas jurisprudenciales para el ejercicio de procesos participativos.

Regla	Descripción	Fallos Consulta Previa de medidas administrativas	Fallos Consulta Previa de proyectos de ley	Fallos Consulta Previa en Licencias Ambientales y permisos (D.1320/1998)	Fallos Consulta Previa reforma de la Constitución Política.
Carácter preeminente del diálogo.	Los mecanismos de participación deben estar provistos de las condiciones necesarias para el diálogo y la concertación.	T-745/2010 T-737/2005 T-154/2009 T-428/1992 T-405/1993 T-955/2003 T-880/2006 T-823/2012 T-049/2013	C-461/2008 C-030/2008 C-175/2009 T-001/2012 C-615/2009 C-702/2010 C-418/2002 C-366/2011 C-068/2013	T-129/2011 T-652/1998 C-495/1996 C-657/2013	C-317/2012
Participación efectiva.	Los mecanismos de participación no deben agotarse en un mero trámite formal.	T-745/2010 T-737/2005 T-154/2009 T-880/2006 T-428/1992 T-405/1993 T-634/1999 T-955/2003 T-154/2009 T-769/2009	C-169/2001 C-061/2008 C-030/2008 C-075/2009 C-894/2003 C-015/2009 C-418/2002 C-066/2011 C-608/2010 C-196/2012	SU-039/1997 T-129 /2011 T-652/1998 C-620/2003 C-495/1996 T-172/2013 T-657/2013 T-129/2011	C-317/2012

		T-880/2006 T-737/2005 SU-383/2003 T-823/2012 T-300/2013 T-049/2013	C-077/2012 T-513/2012 T-001/2012 C-194/2013 C-253/2013 C-909/2013 C-068/2013		
El principio de buena fe en el proceso.	Las autoridades administrativas deben garantizar la buena fe en los procesos de participación, lo que implica entregar información veraz, precisa, completa y significativa, con el objeto de llegar a acuerdos.	T-154/2009 T-634/1999 T-955/2003 T-880/2006 T-769/2009 T-745/2010 T-376/2012 T-300/2013 T-049/2013	C-169/2001 C-051/2012 C-196/2012 C-331/2012 C-398/2012 C-622/2013 C-068/2013	C-620/2003	

Acuerdos concertados.	El procedimiento para la participación y construcción de acuerdos debe ser resultado de la concertación	SU-383/2003 T-045/2010 T-737/2005 T-154/2009 T-880/2006 T-428/1992 T-405/1993 T-634/1999 T-955/2003 T-880/2006 T-737/ 2005 T-376/2012 T-823/2012 T-049/2013	C-461/2008 C-077/2012 C-175/2009 C-196/2012 C-894/2003 C-293/2012 C-615/2009 C-331/2012 C-702/2010 T-002/2012 C-418/2002 T-513/2012 C-366/2011 T-001/2012 C-608/2010	T-129/2011 T-652/1998 SU-039/1997 C-495/1996	C-317/2012
Distribución equitativa de los beneficios.	La administración adquiere la obligación de guiar y verificar que en los compromisos suscritos los participantes se beneficien mutuamente.	SU-383/2003 T-745/2010 T-955/2003 T-880/2006 T-823/2012	C-175/2009 C-051/2012 C-894/2003 C-077/2012 C-615/2009 C-196/2012 C-702/2010 C-293/2012 C-418/2002 C-398/2012 C-366/2011 T-002/2012 C-608/2010	T-129/2011 T-652/1998	

			C-489/2012		
Acompañamiento y control efectivo de las autoridades.	Los derechos involucrados en materia ambiental exigen un control constante de las autoridades que asumen la defensa de los derechos fundamentales.	T-745/2010 T-737/2005 T-880/2006 T-428/1992 T-405/1993 T-955/2003 T-154/2009 T-737/2005 T-376/2012 T-823/2012	C-461/2008 C-051/2012 C-030/2008 C-077/2012 C-175/2009 C-196/2012 C-175/2009 C-293/2012 C-894/2003 C-331/2012 C-608/2010 C-398/2012 C-398/2012 T-002/2012 C-489/2012 T-513/2012 T-001/2012	T-129/2011 SU-039/1997 C-495/1996	C-317/2012

Fuente: elaboración propia.