

# MARCO CONCEPTUAL DE LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS CON DIMENSIÓN SOCIAL<sup>1</sup>

Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez<sup>2</sup>

## SUMARIO

I. Introducción .....	01
II. El alcance de las actividades administrativas con dimensión social dentro de los modelos clásicos de Estado .....	08
A. Las actividades administrativas con dimensión social en el estado absolutista .....	08
B. Las actividades administrativas con dimensión social en el estado liberal clásico .....	09
C. Las actividades administrativas con dimensión social en el estado intervencionista, estado social o estado de bienestar .....	11
III. El alcance de las actividades administrativas con dimensión social dentro de los modelos contemporáneos de estado .....	14
A. Las actividades administrativas con dimensión social en los estados neoliberales .....	14
B. Las actividades administrativas con contenido social en el llamado estado neoconstitucional .....	18
IV. Conclusiones y reflexiones .....	25

## I. INTRODUCCIÓN

Dentro de los sectores concretos de la actividad administrativa, algunos autores ubican una actividad caracterizada por tener una dimensión o contenido de carácter social y, en concordancia con ello, la doctrina alemana ha identificado un “*derecho de la administración social*” o “*derecho administrativo social*”. De acuerdo con esa misma doctrina, el objetivo fundamental de esta

1. Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Abogacía Pública, Local y Federal sobre “Herramientas del derecho administrativo para erradicar la pobreza”, organizado por la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, durante los días 26 y 27 de septiembre de 2019.

2. POR LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Profesor de Derecho Administrativo. Exconsejero de Estado de Colombia. Presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo – IIDA. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Miembro Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Profesor Honorífico de la Universidad Complutense de Madrid.

especialidad o subrama del derecho es “*garantizar una existencia acorde con la dignidad de la persona, crear unas condiciones igualitarias para el libre desarrollo de la personalidad, proteger y ayudar a las familias, posibilitar la obtención de una remuneración suficiente a través de una actividad libremente elegida, y eliminar o compensar ciertas cargas de la vida*”.<sup>3</sup>

La particularidad más importante de ese pretendido derecho de la administración social o derecho administrativo social, consiste en que, en criterio de la doctrina que sostiene su existencia, las normas sectoriales que lo componen constituyen un verdadero “*sector de referencia*”, en el sentido de que las problemáticas que presenta y los principios y reglas utilizados para su solución tienen como objetivo servir de insumo para la identificación de reglas generales y transversales aplicables en los diversos sectores específicos del derecho administrativo y que, a su vez, hacen parte del contenido del derecho administrativo general.<sup>4</sup>

Al respecto, aunque no cabe duda de que existen algunas normas sectoriales propias del derecho administrativo con las finalidades específicas indicadas, nos parece que ello no quiere decir que esas mismas finalidades no se encuentren en otras normas sectoriales o en otras partes del derecho administrativo especial, como ocurre en el derecho ambiental, el derecho urbanístico o, incluso, en la actividad económica de la administración. En ese sentido, por ejemplo, puede hacerse mención, en materia ambiental, a la obligación de consultas previas a comunidades étnicas para el otorgamiento de licencias ambientales; en materia urbanística, a las normas destinadas a la construcción y protección de la vivienda de interés social, y en las actividades económicas de la administración, al régimen de los subsidios en algunos servicios públicos.

Por ello, consideramos que las actividades de la administración pública, en general, pueden tener un contenido o dimensión social, sin que ello

3. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, Marcial Pons e Instituto Nacional de Administración Pública –INAP, 2006, p. 144.

4. Sobre el concepto de sector de referencia y su aplicación al derecho administrativo social, véase a JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La administración del Estado social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 60 y ss, y a EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., pp. 11 y ss, y 143 y ss.

implique negar la existencia de sectores específicos de dichas actividades en los cuales la connotación social sea preponderante. En consecuencia, en nuestro criterio, no resulta del todo preciso considerar que las actuaciones de la administración con unas finalidades u objetivos de carácter social, como los indicados por la doctrina citada, constituyen estrictamente una tipología específica de la actividad administrativa y del derecho administrativo especial, sino que se trata, más bien, de una categoría transversal presente, en mayor o menor medida, en buena parte de las actividades administrativas.

Lo anterior, con mayor razón cuando en las últimas épocas se insiste en un cambio en la concepción general del derecho administrativo, en el sentido de que ha pasado de tener como centro de preocupación a la administración del Estado, a tener como objetivo central a la persona humana, lo cual conlleva la vinculación sustancial de la actividad general de la administración pública con la promoción y protección de los derechos de las personas, especialmente los de contenido social, económico y cultural, que, a su vez, constituyen el centro de atención del pretendido derecho administrativo social.

Por lo tanto, en este trabajo, antes que referirnos a un presunto derecho administrativo social o derecho de la administración social, hablaremos, de manera general, de las *actividades administrativas de contenido o dimensión social*, en el sentido de que son aquellas que corresponden a una función de la administración que incluye la prestación tanto de “bienes y servicios de importancia vital para la población (electricidad, agua, transportes públicos)” como de “bienes y servicios de los ámbitos económico, social y cultural necesarios para una existencia humana plena”,<sup>5</sup> como lo hace notar otro sector de la doctrina alemana.

En ese marco, formarán parte de las actividades administrativas de contenido social, de manera preponderante, los transportes, el agua potable y el saneamiento básico, el aseo y la electricidad, pero también

---

5. HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo alemán*, traducción de la 17ª ed. alemana, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 8.

la asistencia social, la seguridad social, la sanidad y salud públicas, la asistencia de personas en situación de vulnerabilidad, el acceso a la vivienda, la protección y asistencia a víctimas, entre otras. De la misma manera, formarán parte de esas actividades administrativas con contenido o dimensión social, todas las demás que desarrolle la administración pública y tengan como objetivo central la protección de los derechos sociales y el mejoramiento del bienestar y de la calidad de vida de las personas.

De tal manera que lo importante para construir la categoría de las actividades administrativas con dimensión social es precisamente la finalidad de la actuación administrativa, en el sentido de que debe tratarse, entonces, de actividades que busquen garantizar que las personas puedan desarrollar su existencia en condiciones de dignidad e igualdad, así como con unos ingresos económicos suficientes para atender sus necesidades más importantes y alcanzar un libre y adecuado desarrollo de su personalidad, y con unas cargas económicas y un costo de vida razonables que permitan lograr dicha finalidad.

Dentro de esa visión de las actividades administrativas con dimensión social es fácil advertir la posibilidad de dar aplicación a conceptos y categorías propios de la teoría general del derecho administrativo. En ese orden de ideas, las actividades administrativas con dimensión social normalmente serán una expresión de la administración prestacional, de tal manera que en ocasiones tomarán la forma de servicios públicos y otras veces se reflejarán en la clásicamente llamada actividad administrativa de fomento, y aun ocasionalmente pueden constituir una expresión de la llamada actividad de policía administrativa.

Al respecto, debe hacerse notar que, en el esquema más tradicional del derecho administrativo francés, las actividades administrativas con dimensión social constituían una parte de los servicios públicos administrativos, bajo la denominación de servicios sociales, dentro de los cuales se incluían las ayudas sociales, la sanidad pública, la recreación, el deporte y el turismo, como puede verse en las primeras ediciones del

Tratado de André DE LAUBADÈRE.<sup>6</sup> No obstante, en ediciones posteriores del mismo tratado, de los mencionados servicios solo se conserva como parte de los servicios públicos administrativos a la protección de la sanidad pública, aunque se le da el tratamiento de una de las nuevas formas de protección administrativa, mientras que los demás servicios mencionados dejaron de ser parte del plan de la obra.<sup>7</sup>

A su vez, en el derecho latinoamericano, algunos autores clásicos pretendieron diferenciar, por sus contenidos y finalidades especiales, los servicios sociales de los servicios públicos propiamente dichos, ubicando a las actividades administrativas con dimensión social dentro de la idea de servicios sociales<sup>8</sup>. Haciendo eco de ello, la doctrina contemporánea incluye, dentro de la idea de “servicios públicos y sociales” a buena parte de las citadas actividades administrativas con dimensión social (transportes, energía eléctrica, agua potable y saneamiento, enseñanza, seguridad social, asistencia a la salud, protección de menores, discapacitados, adultos mayores y vivienda).<sup>9</sup>

De la misma manera, al hacer el análisis de la parte especial del derecho administrativo, en algunos manuales contemporáneos, aunque sin una reflexión precisa sobre la pertinencia de esta ubicación, simplemente se ubican a las actividades administrativas con dimensión social como parte de los servicios públicos.<sup>10</sup>

Frente a lo anterior, a nuestro juicio y como lo pretendemos explicar en el presente trabajo, las actividades administrativas con dimensión social no se agotan en la noción genérica de servicio público ni en la específica de servicio social –que incluiría, por ejemplo, a la seguridad social, a la salud, al agua y saneamiento básico–, sino que se extienden igualmente a

---

6. Véase a ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. 3, vol. 1, 2ª ed., Paris, LGDI, 1971, pp. 363 y ss.

7. Véase a ANDRÉ DE LAUBADÈRE y JEAN-CLAUDE VENEZIA, *Traité de droit administratif*, t. 3, Les grands services publics administratifs, 6ª ed., Paris, LGDI, 1997, 211 y ss.

8. Véase a ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 90 y ss.

9. Véase a CARLOS E. DELPIAZZO, *Derecho administrativo especial*, vol. 1, 3ª ed., Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández, 2015, pp. 489 y ss.

10. Véase a TOMÁS CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, t. VII, Servicios públicos, Madrid, Iustel, 2009.

la actividad administrativa de fomento, lo cual permite explicar, de mejor manera, el régimen jurídico aplicable a actividades como la reparación de víctimas, el otorgamiento de subsidios, las ayudas públicas y la asistencia a personas en situación de vulnerabilidad, entre otras.

En efecto, la actividad administrativa de fomento corresponde a “*la acción encaminada a proteger o promover las actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos*”<sup>11</sup> o, como lo hemos afirmado en otro lugar, a “*las diversas actuaciones de la administración pública cuya finalidad es la ayuda, la promoción o el estímulo a la ejecución de actividades privadas que son de interés general, sin que para el efecto se utilice la coacción ni se proporcionen prestaciones concretas por parte de las autoridades públicas*”.<sup>12</sup> Es decir, que la actividad de fomento no implica la prestación de servicios a cargo de la administración ni actuaciones de contenido coercitivo, sino la promoción de actividades privadas de interés general a través de diferentes medios, entre otros, instrumentos o medios económicos como parte de las técnicas de fomento, esto es, ventajas de carácter patrimonial que favorecen la posición jurídica del sujeto beneficiado con la ayuda pública<sup>13</sup>, de tal manera que muchos de los contenidos descritos de la actividad administrativa con dimensión social cabrán dentro de la idea de fomento, en tanto que exceden las prestaciones propias de los servicios públicos y constituyen estímulos a la actividad privada de interés general.

En ese marco, debe recordarse que a pesar de que la idea de un régimen jurídico especial que regulara de manera sistemática las actividades de la administración pública tan solo comenzó a vislumbrarse desde finales del siglo XVIII, con ocasión del triunfo de la Revolución francesa<sup>14</sup>, la

11. LUIS JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 48, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 46. Sobre el concepto de fomento, véase también a MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2019, p. 795, y a GASPARI ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 294-295.

12. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “La actividad administrativa de fomento”, en JAIME RODRÍGUEZ-ARANA y LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (dir.s.), *Curso de derecho administrativo iberoamericano*, Granada, Comares e Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, cap. XII.

13. *Ibidem*.

14. Al respecto, véase a SABINO CASSESE, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global Law Press, 2014, p.

formación de esa nueva rama del derecho que hoy conocemos como derecho administrativo no ha cesado de consolidarse y de evolucionar paralelamente a la evolución del Estado mismo. Es así como, según la doctrina, “*la relación del derecho administrativo con el poder hace que su evolución se halle directamente emparentada con la del Estado y los sistemas políticos*”.<sup>15</sup>

En ese sentido, para comprender mejor el concepto y la evolución histórica de las denominadas actividades administrativas con dimensión social, es conveniente analizar la evolución de las funciones asignadas a la administración pública en los diferentes modelos de Estado y, concretamente, en las Constituciones propias de cada uno de esos modelos.<sup>16</sup>

Y aquí aparece, precisamente, de manera clara la relación de estos conceptos con el tema central de este Congreso: *Herramientas del derecho administrativo para erradicar la pobreza*, pues las herramientas para buscar el objetivo mencionado se traducen fundamentalmente en las llamadas *funciones administrativas con dimensión social*.

Por ello, para ensayar un marco conceptual de las actividades administrativas con dimensión social, nos parece necesario analizar el alcance de esas actividades administrativas, de una parte, dentro de los modelos clásicos de Estado (I) y, de otra, dentro de algunos de los modelos de Estado contemporáneos (II).

En todo caso, antes de comenzar la exposición, es prudente hacer notar la dificultad de identificar los modelos de Estado en su concepción pura y absoluta, pues la realidad en muchos casos nos revela que en un Estado específico pueden identificarse simultáneamente elementos característicos de las diferentes concepciones del Estado.

---

33: “El derecho administrativo nace en Francia por efecto de la Revolución francesa y del Imperio napoleónico, que abaten no solo las instituciones políticas del Antiguo Régimen sino también las administrativas”. Igualmente, véase a LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, *Un siglo de jurisdicción administrativa y de derecho administrativa en Colombia*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 5 y ss.

15. JUAN-CRUZ ALLI ARRANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 32.

16. En ese sentido, HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 14: “La administración y el derecho administrativo se encuentran condicionados de un modo esencial por la Constitución de su tiempo”.

## II. EL ALCANCE DE LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS CON DIMENSIÓN SOCIAL DENTRO DE LOS MODELOS CLÁSICOS DE ESTADO

Como modelos clásicos nos referiremos al Estado absolutista (A), al Estado liberal clásico (B) y al Estado intervencionista, Estado social o Estado de bienestar (C), respecto de cada uno de los cuales explicaremos el alcance que tuvieron dentro de ellos las actividades administrativas con dimensión social.

### A. Las actividades administrativas con dimensión social en el Estado absolutista

Como se acepta generalmente, a pesar de la opinión de algunos importantes autores<sup>17</sup>, en el Estado absolutista, esto es, antes de la Revolución francesa, no puede hablarse, estrictamente, de la existencia de un derecho administrativo. No obstante, ello no es óbice para reconocer la existencia de una incipiente organización administrativa y de algunas expresiones de instituciones administrativas.<sup>18</sup>

Esa administración pública incipiente del Estado absolutista centró sus funciones en dos objetivos principales: de una parte, la búsqueda de recursos para el mantenimiento del ejército y de la propia organización administrativa para, con ello, garantizar la paz y el orden y, de otra, “la entonces arraigada concepción patriarcal de que el Estado no solo debía cuidar del bien de la colectividad sino también del bienestar (la “felicidad”) de cada individuo”.<sup>19</sup>

En virtud del segundo objetivo, puede identificarse la existencia de una cierta actividad administrativa social, en virtud de la cual las autoridades públicas desarrollaban diversas clases de funciones que, al tener como

17. Véase a LUCIANO PAREJO ALFONSO, *El concepto de derecho administrativo*, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 115 y ss.; a ALFREDO GALLEGU GALLEGU, *Poder y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 349 y ss., y a MIGUEL MALAGÓN PINZÓN, *Vivir en policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 215 y ss.

18. En este sentido, véase a MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Derecho administrativo*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1991, pp. 42 y ss., y a ALBERTO MONTAÑA PLATA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 68 y ss.

19. HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 16. Así también, LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, 9ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 29-30.

objetivo esa búsqueda del bienestar y la felicidad de los súbditos, tenían una especie de dimensión social. Sin embargo, se trataba de actividades aisladas y que dependían de la voluntad exclusiva del monarca, sobre las cuales no existían reglas jurídicas específicas y, por lo mismo, no constituían un verdadero sistema, sino que, por el contrario, se trataba de una “*vasta e intensa actividad administrativa que carecía de limitaciones jurídicas*”.<sup>20</sup>

### **B. Las actividades administrativas con dimensión social en el Estado liberal clásico**

En la etapa del Estado liberal de derecho del siglo XIX, que es la época en la cual se considera predominantemente que tiene nacimiento el derecho administrativo, sobre todo en el derecho francés y como efecto del reconocimiento de la aplicación de los principios de legalidad y de la separación de poderes consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, las principales preocupaciones fueron las de garantizar el sometimiento de la autoridad pública a la ley y la de encontrar un mecanismo que permitiera a los gobernados controvertir las actuaciones de la administración ante la desconfianza de los nuevos gobernantes frente a los jueces de la época de la monarquía.<sup>21</sup>

En cuanto al contenido de las actuaciones administrativas, debe recordarse que la filosofía de la Revolución francesa giraba alrededor fundamentalmente del individualismo y de la iniciativa privada, de tal manera que dentro de esa concepción el papel del Estado en el seno de la sociedad era apenas secundario, hasta el punto de que generalmente se acepta que en esta etapa del liberalismo clásico o individualista, las actividades del Estado se limitaban a la defensa de la soberanía, al mantenimiento del orden público interno y a la administración de justicia, de tal manera que podía afirmarse que eran excepcionales las actuaciones de la administración.

---

20. HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 17.

21. Sobre la importancia de la separación de poderes y la soberanía de la ley, véase a MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, cit., pp. 49-50.

Es decir, que en la etapa de surgimiento y consolidación del derecho administrativo al interior del Estado liberal de derecho, el pensamiento económico, basado particularmente en las ideas de ADAM SMITH y con fundamento en la idea del *laissez faire-laissez passer*, se caracterizaba porque el Estado debía ser un simple garante del funcionamiento libre de la economía y del mercado, de tal manera que debía ejercer únicamente las funciones de seguridad o policía, de justicia y de garante de la soberanía, pero no la de ser un agente económico, ni tampoco podían sus decisiones influir sobre la manera como debía funcionar el mercado.<sup>22</sup>

En efecto, en el Estado liberal clásico, “los valores básicos eran la libertad y la propiedad individuales, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio”.<sup>23</sup> Esos valores puramente individualistas llevaron a que la actividad del Estado y, más concretamente, la actividad administrativa, se desarrollara bajo la idea del abstencionismo estatal, de forma tal que el Estado tuviera la menor injerencia posible en la vida social y, por lo mismo, que se limitara a las funciones de protección mencionadas, sin que las necesidades sociales fueran objeto de mayor preocupación.

Así, las actividades administrativas con dimensión social eran muy escasas, pues se limitaron a aquellas que tuvieran relación con ese individualismo y las funciones de protección del individuo, pero no se extendieron, durante esta época, a la protección de derechos de carácter colectivo o social. Incluso, vale la pena resaltar que en esa época dichos derechos no eran realmente reconocidos, pues se tenía la convicción de que la libre actuación del mercado sería suficiente para la garantía de tales aspectos.<sup>24</sup>

---

22. Véase a LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, cit., p. 34.

23. JUAN-CRUZ ALLI ARRANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, cit., p. 38.

24. Sobre la existencia de los derechos sociales, véase a ANTONIO BALDASSARE, *Los derechos sociales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 23 y ss.

### C. Las actividades administrativas con dimensión social en el Estado intervencionista, Estado social o Estado de bienestar

El Estado liberal resultante de la Revolución francesa, si bien tuvo un gran auge hasta el punto de haberse impuesto como modelo en el mundo occidental, no se conservó con su carácter original de corte individualista, sino que su concepción, en la mayor parte del siglo XX, se caracterizó por la presencia de las ideas sociales, que llevaron a la transformación de ese modelo de Estado hacia el conocido como Estado intervencionista, como una “consecuencia de los cambios sociales, de las críticas al modelo por su insuficiencia para resolver las necesidades sociales y del nuevo significado de la actividad administrativa”.<sup>25</sup>

Al respecto, debe señalarse que el concepto de Estado intervencionista hace relación, especialmente, a la idea de que el Estado comienza a ser un agente con influencia directa en la economía con el objetivo de salvaguardar los derechos de las personas y satisfacer las necesidades sociales. Es por ello que la doctrina, en términos generales, además de “Estado intervencionista” utiliza también las expresiones de “Estado de bienestar” y de “Estado social” para hacer referencia a la idea del modelo de Estado resultante del “crecimiento de las responsabilidades económicas del Estado” y del “paralelo incremento de las prestaciones de carácter social que ofrece a los ciudadanos, a través de un complejo sistema de servicios”,<sup>26</sup> el cual tuvo origen, especialmente, en la Constitución mexicana de 1917 y en la Constitución alemana de Weimar de 1919.<sup>27</sup>

Precisamente durante esta etapa se consolida en muchos países la idea de un régimen jurídico especial para regular la actuación de la administración pública, como una especie de contrapartida para garantía de los administrados frente al aumento progresivo del poder del Estado,

25. JUAN-CRUZ ALLI ARRANGUREN, *Derecho administrativo y globalización*, cit., p. 53.

26. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. I, La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al derecho, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, p. 1023. En el mismo sentido, véase a ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Valencia, Trotta, 2000, pp. 14 y ss, y a IVÁN VILA CASADO, *Fundamentos de derecho constitucional contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2007, pp. 412-413.

27. Sobre el origen del Estado de bienestar, véase a GASPAR ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 137-140.

que implicaba cada día un mayor desequilibrio en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, lo cual, por lo mismo, justificaba la creación de principios y normas especiales para regular esas relaciones, que no guardaban correspondencia con el principio ideal de la igualdad de las partes, propio del régimen jurídico tradicional. Ocurre así el paso del *Estado liberal* al *Estado de bienestar* o *Estado social*, que es “justamente el resultado de la adaptación del Estado surgido de las revoluciones liberales a la sociedad industrial y postindustrial, y consiste en un Estado que se preocupa por el bienestar de la colectividad, y se responsabiliza del mismo”.<sup>28</sup>

Como consecuencia lógica de esta perspectiva, el intervencionismo de Estado se constituyó, a su vez, en el gran propulsor del derecho administrativo, pues si el Estado ya no se limitaba solo a ejercer las funciones básicas propias del Estado individualista, que ya hemos reseñado, sino que, por el contrario, su misión se extendía cada día más a actividades de la vida social que antes le estaban vedadas, la consecuencia necesaria era la ampliación de la actividad administrativa y, por consiguiente, del campo de acción del derecho administrativo.

Es así como, teniendo en cuenta las constantes exigencias sociales y especialmente la crisis económica del primer tercio del siglo xx, así como la redefinición del papel del Estado y del concepto de servicio público, aparece el Estado intervencionista, Estado de bienestar o Estado social, transformación en la cual éste pasó de ser un simple garante del mercado a ser un agente del mismo, y quizás el agente más importante, ya que su intervención fue diseñada para reactivar la economía y para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales de los ciudadanos, cuyo reconocimiento apareció en las constituciones políticas de la misma época. Así comenzó a reconocerse al Estado ya no simplemente con la característica de “*Estado de derecho*” sino con la de “*Estado social de derecho*”.<sup>29</sup> En ese sentido, ha dicho la doctrina:

---

28. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, cit., p. 36.

29. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. I, cit., pp. 1021 y ss.

La creciente industrialización y tecnificación, la concentración de millones de personas en el reducido espacio de las grandes ciudades, el empobrecimiento de amplios sectores de la población producido durante periodos de guerra y de posguerra, la disolución de los vínculos y apoyos familiares y vecinales, aunque también, por otro lado, las crecientes necesidades y exigencias de los ciudadanos (el tránsito, en definitiva, hacia la sociedad industrial de carácter igualitario de nuestros días, con sus problemas), han llevado al Estado a desarrollar una actividad social cada vez mayor. El Estado debe cuidar de la seguridad social de los individuos, prestar toda clase de servicios de tipo económico, social y cultural (como, por ejemplo, agua, gas y electricidad, transportes públicos, alcantarillado y recolección de basuras, medicina preventiva, hospitales y residencias de ancianos, escuelas, universidades y demás centros educativos, teatros, museos, instalaciones deportivas, etc.) e intervenir en los ámbitos social y económico para lograr la reducción de las diferencias sociales y el mantenimiento y promoción de la prosperidad económica.<sup>30</sup>

De esta manera, el Estado comienza a ser el principal prestador de diversos servicios públicos y el titular y garante de los mismos, por lo cual el papel de los particulares dentro del mercado pasó a estar claramente subordinado a las decisiones e intervenciones del Estado en la economía, sin que ello significara que en este período desapareciera la función de policía y de garantía del buen funcionamiento del mercado por parte del Estado, aunque sí se cambiaron los mecanismos utilizados para esos propósitos. Así, *“el Estado asume la cualidad de empresario productor de bienes y servicios destinados al mercado, ya sea por razones estratégicas – la defensa nacional, la independencia exterior, el desarrollo regional– para salvar y reflotar empresas en crisis, o para suplir carencias de la iniciativa privada”*.<sup>31</sup>

En estas circunstancias, la ampliación de la actividad del Estado y, por lo mismo, del derecho administrativo, se reflejó principalmente en la adopción de mecanismos de garantía de los derechos de contenido económico y social

30. Véase a HARTMUT MAURER, *Derecho administrativo alemán*, cit., p. 18.

31. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 58.

reconocidos por las constituciones políticas de la época, mecanismos cuya ejecución se encontraba en cabeza de la administración pública, previa definición del legislador. Así, la administración pública se convierte en un auténtico garante de los derechos de contenido social hasta el punto de que es en esta época cuando se desarrollan los llamados servicios sociales como una parte de los servicios públicos administrativos, dotándolos de un régimen jurídico especial que ha venido creciendo paulatinamente, hasta el punto de haberse comenzado a identificar como un sector concreto del derecho administrativo especial, con la citada y pretendida denominación de derecho administrativo social o derecho de la administración social.

### **III. EL ALCANCE DE LAS ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS CON DIMENSIÓN SOCIAL DENTRO DE LOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE ESTADO**

Cuando hablamos de los modelos contemporáneos de Estado queremos hacer referencia a aquellos que han venido apareciendo en tiempos más recientes y hasta la actualidad, concretamente a partir del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, pero especialmente a partir de los años setenta del siglo XX. Estos modelos de Estado, a diferencia de lo que ocurre con los modelos clásicos, no reflejan estrictamente una sucesión histórica, sino que, en realidad, coexisten y, en muchas ocasiones, mezclan sus elementos entre sí y con las características propias de los Estados clásicos, dando lugar a una cierta confusión de los modelos y a una mayor o menor preponderancia de las actividades administrativas con dimensión social. En este contexto, nos referiremos a la forma como dichas actividades administrativas se presentan en los Estados que han venido adoptando las tendencias conocidas como neoliberalismo (A) y neoconstitucionalismo (B).

#### **A. Las actividades administrativas con dimensión social en los Estados neoliberales.**

El auge del Estado intervencionista, Estado de bienestar o Estado social empezó hace algunos años a ser objeto de cuestionamientos, especialmente por su evolución hacia un estatismo considerado exagerado, por asfixiante y por invadir hasta aspectos muy sensibles e íntimos de la vida privada, así

como por la debilidad de los presupuestos públicos para asumir las cargas propias de dicho modelo de Estado.<sup>32</sup> Esta situación, que se ubica en la última parte del siglo XX, ha servido para plantear como respuesta la promoción del llamado neoliberalismo, cuya idea fundamental, en su concepción más radical, es la de volver, en cierto modo, al Estado liberal y abstencionista del siglo XIX, aunque reconociendo, con cierta reticencia, algunos ajustes necesarios para corregir los problemas más graves evidenciados en dicho modelo de Estado.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que el exagerado avance del Estado intervencionista ha tenido como respuesta en las últimas décadas un movimiento que propugna por la reducción del campo de acción del Estado, a través de la privatización de muchas de sus actividades y empresas, lo cual trae como consecuencia necesaria la búsqueda de la disminución del tamaño del aparato estatal y el regreso al libre juego de la iniciativa privada, todo lo cual se enmarca dentro de la corriente político-económica que se conoce como neoliberalismo. El Estado, entonces, volvería a ser un simple garante del funcionamiento de la economía, aunque sin desconocer de manera absoluta el papel fundamental que el Estado desarrolla como agente económico.

Se pasa, entonces, de un Estado intervencionista a un llamado “Estado regulador”, en el cual la función económica principal del Estado ya no será la de cumplir un papel activo como agente predominante en la economía de mercado, sino la de regular los mercados para evitar las fallas que se puedan presentar en los mismos y garantizar a los particulares el respeto por sus derechos, con el objetivo de lograr que el Estado dé cumplimiento a los fines constitucionales para los cuales fue instituido.<sup>33</sup>

En palabras de la doctrina, la crisis del Estado social intervencionista se proyecta sobre la administración pública en tres formas: “1ª. *La reducción de*

---

32. Sobre la crisis del Estado de bienestar, véase a GASPARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., pp. 152 y ss.

33. Sobre esta evolución, véase a EVA DESDENTADO DAROCA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación y administraciones independientes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 67 y ss.

los medios personales, económicos y materiales disponibles y, paralelamente, la exigencia de productividad, economía y celeridad; 2ª. El replanteamiento crítico del número y características de las funciones y cometidos de la administración pública, y 3ª. El cuestionamiento del concepto básico de dirección de la sociedad, que hasta ahora se reconocía sin problemas en favor del Estado y de la administración pública, por entender que las técnicas administrativas clásicas (orden, prohibición, etc.) son insuficientes y emergen técnicas de actuación administrativa de carácter formal o cooperativo”.<sup>34</sup>

Así, el llamado neoliberalismo implicaría, naturalmente, una reducción del campo de acción de la administración pública y del derecho administrativo, especialmente en lo que tiene que ver con el cumplimiento de cometidos sociales y en la prestación de servicios sociales. Lo anterior, en la medida en que, si el Estado tiene un menor número de actividades, de empresas, de recursos y de funcionarios, dicha reducción se traduciría en una correlativa disminución de sus actividades.

Sin embargo, la realidad de las primeras décadas de presencia del llamado neoliberalismo nos muestra que su aplicación no ha logrado el éxito en la proporción que sus promotores pretendían y, por consiguiente, el efecto sobre la acción de la administración pública y sobre el derecho administrativo no ha sido tan catastrófico como podría haberse pensado inicialmente. En efecto, a pesar de la pretensión de algunos de sus ideólogos y promotores más radicales, la práctica nos muestra que el auge del neoliberalismo no ha llegado, ni parece acercarse, al que parecía su gran objetivo: el desaparecimiento del Estado intervencionista y el regreso simple y llano al Estado liberal clásico. Por el contrario, la aplicación de las ideas neoliberales extremas se ha visto limitada por la acérrima oposición de muchos sectores de las sociedades de diversos países hasta el punto de que las constituciones de la época neoliberal, como la española o la colombiana, expedidas ya en la época de auge de dichas ideas, califican al Estado como “social de derecho”.<sup>35</sup>

34. LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Lecciones de derecho administrativo*, cit., pp. 40-41.

35. Sobre el significado contemporáneo del Estado social de derecho, véase a ERNST BENDA, “El Estado social de derecho”, en KONRAD HESSE y ERNST BENDA, *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 487 y ss.

Con mayor razón, en los países en desarrollo el auge del neoliberalismo radical es visto con cierta desconfianza en la medida en que propugna por imponer en la mayor proporción posible la privatización y el libre juego del mercado dentro del contexto de globalización de las diferentes actividades, contexto en el cual las naciones económicamente más débiles sienten el justificado temor de solo poder participar en condiciones de desequilibrio, como simples suministradoras de mano de obra y de materias primas y como consumidoras, mientras que los países desarrollados, en un escenario generalizado de esas características, podrán obtener inmensas ventajas gracias a la explotación de los grandes capitales y de los avances tecnológicos.

En esas condiciones, puede decirse que la promoción efectiva del neoliberalismo, en su concepción radical, no ha sido totalmente exitosa hasta el momento ni parece tener posibilidades de imposición absoluta en el inmediato futuro. Por lo mismo, el Estado neoliberal no ha llevado en la realidad a la desaparición absoluta de las actividades administrativas con dimensión social, pues lo cierto es que esa realidad revela que la administración pública sigue siendo la responsable en muchos aspectos de diversos servicios sociales, de la seguridad social, de las ayudas públicas y de la atención de población vulnerable, entre muchas otras actividades con alcance social.

En concordancia con lo anterior, debe observarse también que el desprendimiento de actividades que han venido siendo desarrolladas por el Estado y que en virtud del proceso de privatización han pasado a ser manejadas por los particulares, no implica el desprendimiento total de las funciones por parte del Estado respecto de aquellas, pues una característica de este proceso consiste en que en esos casos el Estado no solo se reserva sino que fortalece su función reguladora de la respectiva actividad, lo cual se traduce en el fortalecimiento de la normatividad aplicable a la misma, llegando en algunos casos a ampliar su actividad de inspección y vigilancia, respecto de la actividad total o parcialmente privatizada, inclusive con la creación de nuevos órganos administrativos, como es el caso de las autoridades independientes de regulación económica.<sup>36</sup>

---

36. Sobre las autoridades administrativas independientes, véase a GUY BRAIBANT et BERNARD STIRN, *Le droit administratif français*, 7ª ed., Paris, Presses de Sciences Po-Daloz, 2005, pp. 82 y ss.; a CHARLES DEBBASCH et FRÉDÉRIC

En suma, a pesar de la aplicación de políticas económicas neoliberales por algunos Estados, ello no ha implicado la absoluta desaparición del Estado de bienestar o Estado social, sino más bien su morigeración y su transformación.<sup>37</sup> En efecto, en la medida en que muchos de los Estados contemporáneos se califican ellos mismos o reciben el calificativo de “Estado social de derecho”, aún en la época en que se propugna por la aplicación de las políticas neoliberales, es evidente que en ellos se mantiene y predomina la preocupación del Estado por resolver los problemas de inequidad y de diferencias sociales. Por ello, la doctrina ha dicho que “*el final del protectorado ejercido por el Estado sobre la vida social, en particular bajo presión de la mundialización, no significa sin embargo el final del Estado o el retorno al Estado minimalista: el Estado continúa dotado de un papel esencial, como da prueba en los países liberales la ausencia de reducción del volumen de los gastos públicos y del peso de los gravámenes obligatorios*”.<sup>38</sup>

En conclusión, a pesar de la aplicación de políticas neoliberales, continúa existiendo la idea un Estado que busca mejores condiciones para todos los habitantes, por lo cual puede afirmarse que también dentro del llamado Estado neoliberal continúan existiendo y teniendo trascendencia las actividades administrativas con contenido social.

## **B. Las actividades administrativas con contenido social en el llamado Estado neoconstitucional**

La noción de neoconstitucionalismo, a pesar de lo difusa que puede llegar a ser,<sup>39</sup> en términos generales se refiere a una nueva concepción jurídica

---

COLIN, *Droit administratif*, 11ª ed., Paris, Economica, 2014, pp. 181 y ss.; a ENRIQUE GARCÍA LLOVET, “Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 131, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1993, págs. 61 y ss.; a RAMÓN PARADA, *Derecho administrativo*, t. 1, 26ª ed., Madrid, Uned, 2017, pp. 349 y ss., y a JUAN CARLOS CASSAGNE, *La intervención administrativa*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 166 y ss.

37. En ese sentido, véase a IVÁN VILA CASADO, *Fundamentos de derecho constitucional contemporáneo*, cit., pp. 406-407.

38. JACQUES CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, traducción de la 3ª ed. francesa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 89.

39. Sobre el carácter polivalente de la noción de neoconstitucionalismo, véase a LUIS PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, p. 201: “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos

en la cual el centro de todo el régimen jurídico se encuentra en la primacía de la Constitución Política y de los derechos fundamentales, de tal manera que se produciría una sustitución del tradicional Estado legal de derecho por un supuesto nuevo Estado constitucional de derecho, en el cual la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico deben hacerse a partir de los principios constitucionales.<sup>40</sup>

El llamado Estado constitucional de derecho y el neoconstitucionalismo tienen origen en las Constituciones Políticas de la segunda posguerra, especialmente las de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978), pero han sido particularmente desarrollados en el derecho alemán e italiano a partir de los años setenta del siglo XX, en donde se han construido las bases teóricas para la construcción de esta nueva visión del constitucionalismo.<sup>41</sup> A su vez, puede decirse que en América Latina la corriente del neoconstitucionalismo ha venido adquiriendo cada vez una mayor ascendencia como consecuencia de nuevos textos constitucionales adoptados en diferentes países como Brasil (1988), Colombia (1991) y Venezuela (1999).

Concretamente, la idea de neoconstitucionalismo se basa en unas características que se atribuyen a la Constitución Política, en el sentido de ser: material, por estar provista de un denso contenido sustantivo; garantizada, en tanto que su protección se encomienda a los jueces; omnipresente, en cuanto que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico, y de regulación principalista, por tener un contenido basado en principios antes que en reglas, aplicables mediante la técnica de la ponderación.<sup>42</sup> Además, con frecuencia se hace referencia,

---

de una presuntamente nueva cultura jurídica. Creo que son tres las acepciones principales. En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando, por tanto, el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada”

**40.** En ese sentido, véase a LUIGI FERRAGOLI, “Pasado, presente y futuro del Estado de derecho”, en MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 14 y ss, y a PAOLO COMANDUCCI, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en: MIGUEL CARBONELL (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 245 y ss.

**41.** Véase a LUIGI FERRAGOLI, “Pasado, presente y futuro del Estado de derecho”, cit., pp. 16-17.

**42.** Sobre las características del neoconstitucionalismo, véase a CARLOS BERNAL PULIDO, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 80-81.

como otra característica de la idea de neoconstitucionalismo, al hecho de que el texto constitucional es de aplicación inmediata y directa, esto es, que su desarrollo legal no es requisito indispensable para su vigencia efectiva.

Las anteriores características del neoconstitucionalismo conllevan una serie de implicaciones novedosas que, en su buen entendimiento, pueden considerarse concordantes con la teoría general del derecho y que, por lo mismo, pueden contribuir positivamente a la evolución natural y necesaria de esta ciencia y al mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad estatal y de sus miembros. Entre estas implicaciones podemos destacar las siguientes:

a) Se reconoce a la Constitución un mayor valor del que se le reconocía tradicionalmente, en el sentido de que, mientras las constituciones clásicas se consideraban una especie de norma orientadora de las actividades sociales, sin una fuerza efectiva por sí misma, con el neoconstitucionalismo se le reconoce valor y fuerza efectivos como centro de toda la actividad jurídica, hasta el punto de que impacta todo el orden jurídico, de tal manera que, como ha expresado alguna doctrina, “*no hay un problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado*”.<sup>43</sup> Por lo mismo, se habla de la constitucionalización del derecho o constitucionalización del ordenamiento jurídico, fenómeno que, en términos generales, se traduce en el debilitamiento de la idea de soberanía absoluta de la ley que en el régimen tradicional implicaba que las soluciones a los diversos problemas jurídicos provenían básicamente de su aplicación, para dar paso a una concepción en la cual la Constitución es el instrumento fundamental para lograr las soluciones a los problemas jurídicos.<sup>44</sup>

b) Como consecuencia de lo anterior, se relativiza el papel del legislador y de la ley, así como el de todas las autoridades competentes para tomar decisiones, pues todas ellas deberán someter sus actuaciones al marco de la Constitución, que se considera directamente aplicable, esto es, sin necesidad de ley que la desarrolle. Al respecto, se habla del paso de un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho.

43. *Ibidem*, p. 81.

44. Véase a SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, t. I, cit., p. 410.

c) Adquieren notoria y especial importancia los derechos fundamentales, pues el carácter vinculante de la Constitución que los contiene da lugar a que la aplicación de los mencionados derechos condicione el contenido de todas las normas y actuaciones jurídicas, tanto del legislador como de la administración pública, para quienes se han generado nuevas obligaciones derivadas de ese deber de respeto de los derechos fundamentales.

d) En relación con las actividades administrativas de contenido social, que constituye la principal preocupación de este trabajo, ellas adquieren especial importancia y generan nuevos retos para el Estado, pues dentro del modelo de Estado del neoconstitucionalismo se transforman valores liberales tradicionales como la libertad, la propiedad, la igualdad, la seguridad y la democracia, en el sentido de que se convierten en derechos con contenido material reforzado y con la exigencia al Estado de garantizar unas condiciones mínimas que permitan su ejercicio real. Así, se impone una función social a la propiedad, se generan obligaciones de garantía de igualdad material o real y no meramente formal, se exige una seguridad material que garantice condiciones económicas de vida suficientes y se amplían los espacios de participación ciudadana.<sup>45</sup>

e) Como consecuencia de todo lo anterior, adquiere especial importancia el control de la constitucionalidad de las decisiones y actuaciones de todas las autoridades, con el fin de garantizar la vigencia práctica y efectiva de la Constitución. Este control se radica en cabeza de los jueces y se propicia la creación de cortes especializadas en dicho control constitucional.

f) Así mismo, se plantea la necesidad de aplicar un nuevo sistema de interpretación, tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico, en el cual, de una parte, se dota al juez constitucional de un mayor alcance en sus poderes de interpretación y, de otra, se utilizan técnicas distintas a las tradicionales como las de la ponderación y la proporcionalidad, así como la de los precedentes jurisprudenciales vinculantes.

---

45. Al respecto, véase a ERNST BENDA, "El Estado social de derecho", cit., pp. 528-529.

Sin embargo, la aplicación de esta concepción de neoconstitucionalismo ha venido mostrando, en la práctica de algunos países y en la presentación de algunos autores, posiciones radicales y excesivas, que desbordan las implicaciones naturales y racionales del concepto, lo cual ha llevado a cuestionar esta tendencia por algunas de sus implicaciones conceptuales y prácticas que desvirtúan los aspectos positivos que hemos mencionado. Entre esas posiciones radicales y cuestionamientos sobresalen los siguientes:

a) En primer lugar, se ha pretendido mostrar al neoconstitucionalismo como una revolución en el campo del derecho, como si esta ciencia haya sido una antes del neoconstitucionalismo y otra después de su aparición, cuando en realidad se trata de una etapa más en la natural evolución de la ciencia jurídica, de igual o mayor importancia que otras en su respectivo momento histórico.

b) De otra parte, la concepción del juez constitucional, de tal manera que este aparece como el supremo órgano del Estado, superior en la práctica a todos los demás, infalible y no sometido a control, lo cual es claramente contrario a los principios básicos del Estado democrático de derecho, en cuya concepción el único órgano superior a los demás es el constituyente. En virtud de esta idea, en algunos países se ha llegado a buscar por parte de los estamentos políticos la forma de dominar al juez constitucional para tratar de garantizar a través de él la imposición de las políticas legislativas y administrativas.

c) A su vez, en otros casos, en virtud de esa pretendida superioridad, el mismo juez constitucional ha propiciado una especie de menosprecio de los demás órganos y de las normas que ellos producen con fundamento en las competencias que les otorga el mismo ordenamiento jurídico, lo cual ha llevado al absurdo de creer que el juez constitucional puede reemplazar en sus funciones a dichos órganos, en contravía del principio fundamental de la separación de poderes y de funciones. Al respecto, debe hacerse notar que la evolución del Estado de derecho ha permitido excepcionalmente, pero con mucha reticencia, que un órgano pueda ejercer funciones que

naturalmente corresponden a otro, pero siempre en virtud de autorización expresa y con especiales garantías, y no en virtud de interpretaciones, por beneficiosas que ellas sean. Esta pretensión ha llevado, paradójicamente, incluso a menospreciar el texto y la intención clara y expresa del Constituyente, con la aplicación de un eslogan según el cual *“la Constitución no es lo que dice ser sino lo que dice el juez constitucional”*, camino que ha servido, en algunas ocasiones, para que el juez resulte modificando el texto de la Constitución, que según no solo el constitucionalismo tradicional sino, especialmente, la misma concepción neoconstitucional, es la Norma Fundamental del Estado, cuya vigencia y cumplimiento deben estar garantizados precisamente por el juez constitucional.

d) Así mismo, la aplicación excesiva del concepto de neoconstitucionalismo se ha reflejado en la relativización, menosprecio o desvalorización de otros principios también consolidados en la tradición jurídica de occidente y que se han considerado fundamentales para el orden jurídico, como los de legalidad (que claramente, aun desde antes del neoconstitucionalismo, se ha entendido que comprende en primer lugar a la Constitución), la seguridad jurídica y la democracia. En efecto, a partir de la comprensión de la Constitución que han expresado algunos jueces constitucionales y bajo la excusa de la garantía de los derechos fundamentales, en muchas ocasiones han resultado desconociendo que el legislador es el órgano democrático por excelencia, y es quien tiene la función de establecer las políticas públicas, obviamente dentro del marco de la Constitución, a pesar de las muchas críticas de las que pueda ser objeto, y que no es el juez el legítimamente competente para ello, por su especialidad, por su escasa representatividad, por la naturaleza de sus funciones y porque el ordenamiento jurídico así lo ha previsto.

e) La utilización de los poderes de interpretación del juez constitucional, en los términos excesivos que hemos mencionado, genera un alto riesgo de arbitrariedad, por principio y conceptualmente rechazable en el seno de las sociedades democráticas de nuestra cultura jurídica, en la medida en que decisiones de gran importancia y sensibilidad social se adoptan por un órgano conformado por apenas unas cuantas personas, calificadas en los

aspectos jurídicos, pero sin los conocimientos, competencias y elementos de juicio suficientes para valorar las connotaciones económicas, sociales y de otra índole que deben tenerse en cuenta para la adopción de las grandes decisiones del Estado.

f) Todo ello ha llevado a una sensación de inseguridad jurídica según la cual, por el camino de la interpretación, nada es completamente predecible, pues el poder de interpretación del juez, omnímodo y sin límites, permite cualquier resultado, aun contrario a la voluntad expresa del órgano competente para expedir la decisión y que pueda considerarse acorde con las normas superiores, pero que no coincide con la visión estricta del juez encargado del control. En este sentido se ha llegado al extremo de considerar que aun en el caso de que una decisión, legal o administrativa, pueda enmarcarse dentro de los límites de la generalidad de la norma que le sirve de sustento, si esa generalidad permite varias interpretaciones, será declarada inconstitucional si su contenido no coincide con la interpretación del juez constitucional.

Como consecuencia de estas exageraciones y excesos, algunos analistas han expresado que pareciera que el neoconstitucionalismo pretende modificar y menospreciar hasta el concepto elemental de “ordenamiento jurídico”, pues no parece inquietarse con el resultado de sus concepciones, que han llevado a muchos miembros de las comunidades estatales a la sensación de encontrarse en una etapa de “desordenamiento jurídico”.

La respuesta a esta situación pareciera sencilla para algunos: se trataría simplemente de regresar a la etapa del constitucionalismo tradicional, bastante más decantada en virtud del tiempo. Sin embargo, creemos que esa actitud tampoco contribuye en buena manera a la natural y necesaria evolución de la ciencia del derecho. Nos parece que no es necesario desconocer los aspectos positivos que nos brinda la concepción básica del neoconstitucionalismo sino encauzarlos y no propiciar sus efectos cuestionables.

Al respecto, nos parece que resulta necesario, en primer lugar, insistir con claridad en la idea elemental de que la Constitución Política es el estatuto fundamental que regula las actividades de los miembros de una sociedad y de sus autoridades, incluidas todas ellas, aun la que tiene la función de garantizar su vigencia, de tal manera que esta última no puede desbordar los límites que la propia Constitución ha impuesto, por lo cual, si se considera que dichos límites deben ser otros, debe reconocerse que es necesaria la modificación de las normas, reglas y principios contenidos en ella, modificación que debe realizarse por los medios institucionales previstos en la misma Constitución, pero que de ninguna manera dicha modificación puede ser el producto de una interpretación por parte de un órgano, mucho menos por el encargado de garantizar su aplicación y vigencia.

Por lo mismo, si se quiere que los principios que se han considerado fundamentales en un ordenamiento jurídico y que están consagrados en la Constitución sean modificados en su contenido o en sus aplicaciones y excepciones, como podría ser el caso de modificación del principio de separación de poderes en los términos previstos en la actualidad, o lo que es lo mismo desde otra perspectiva, la modificación de las competencias de los diferentes órganos del Estado, o aun la modificación de la jerarquía normativa, del concepto de seguridad jurídica o de las nociones de propiedad y de derechos adquiridos, no puede ser el órgano de control el encargado de llevar a cabo esos ajustes por vía de interpretación, sino que debe procederse a rediseñar los mismos por medio de los mecanismos previstos en la Constitución, que garanticen que dichas modificaciones sean el fruto del consenso social, directo o a través de los órganos de representación que tengan la función constituyente, y no simplemente de la visión o perspectiva que tengan los miembros de uno de los órganos del Estado.

#### **IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES**

Como resultado de los análisis y comentarios realizados en las páginas anteriores, podemos expresar las siguientes conclusiones y reflexiones:

1. Algunos autores ubican la actividad que se caracteriza por tener una dimensión o contenido de carácter social como una subrama del derecho administrativo denominada “derecho de la administración social” o “derecho administrativo social”, pero lo cierto es que las finalidades de dicha actividad se encuentran en diversos sectores del derecho administrativo como el derecho ambiental, el derecho urbanístico e, incluso, la actividad económica de la administración. En efecto, las actuaciones de la administración con unas finalidades u objetivos de carácter social no constituyen estrictamente una tipología específica de la actividad administrativa y del derecho administrativo, sino que, más bien, son una categoría transversal presente en buena parte de las actividades administrativas.

2. Las actividades administrativas de contenido o dimensión social son aquellas que corresponden a una función de la administración que incluye la prestación de bienes y servicios de importancia vital para la población, de aquellos que son necesarios para una existencia humana plena en condiciones de dignidad e igualdad y con una remuneración suficiente para atender las necesidades más importantes de las personas.

3. Dichas actividades administrativas de contenido o dimensión social, la mayoría de las veces, son una expresión de la administración prestacional. Sin embargo, ellas no se agotan en la idea de los servicios públicos o de los servicios sociales, sino que se extienden también a la actividad administrativa de fomento, lo cual permita explicar, de mejor manera, el régimen jurídico aplicable a ciertas actividades asistenciales a cargo de la administración pública.

4. En el Estado absolutista, pueden encontrarse algunas expresiones de actividades públicas de contenido o dimensión social, en tanto que el Estado asumió la función de cuidar del bien de la colectividad y de la felicidad de los individuos, aunque a través de actividades aisladas que dependían de la voluntad exclusiva del monarca y que no estaban sometidas a reglas específicas.

5. A su vez, en el Estado liberal clásico, caracterizado porque las actividades del Estado se limitaban a la defensa de la soberanía, al mantenimiento del orden público interno y a la administración de justicia, las necesidades sociales no eran objeto de mayor preocupación y, por ello, las actividades administrativas con dimensión social eran muy escasas.

6. En contraste, en el Estado intervencionista que corresponde, en términos generales, al Estado de bienestar o Estado social, el poder público comenzó a ser un agente económico con la idea de salvaguardar los derechos de las personas y satisfacer las necesidades sociales, especialmente los derechos sociales. En este modelo de Estado, este no solo es prestador sino garante de los servicios públicos, lo cual permitió un especial desarrollo de las llamadas actividades administrativas de contenido o dimensión social.

7. Por su parte, el llamado Estado neoliberal ha tenido como idea fundamental volver al Estado liberal y abstencionista del siglo XIX, aunque con algunos ajustes que pretenden corregir sus problemas originales, con la consecuente disminución del tamaño y las actividades desarrolladas por la administración pública, especialmente la de contenido social. No obstante, la aplicación de las políticas neoliberales radicales no ha tenido el éxito esperado por sus promotores, pues lo cierto es que los Estados continúan preocupados por resolver los problemas de inequidad y de diferencias sociales, lo cual permite que continúen desarrollándose las llamadas actividades administrativas de contenido o dimensión social.

8. Finalmente, el llamado Estado neoconstitucional ha pretendido imponer como idea fundamental que el centro de todo el régimen jurídico se encuentra en la primacía de la Constitución Política y de los derechos fundamentales, norma a la cual se atribuyen como características las de ser de aplicación directa e inmediata y de tener un contenido material, omnipresente y de regulación principalista. Esta idea de neoconstitucionalismo implica que la Constitución adquiere un valor superlativo y, con ello, se produce la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico; que se relativiza el papel del legislador y de la ley, así como de todas las autoridades competentes para tomar decisiones; que los derechos fundamentales y el

control de constitucionalidad adquieren una notoria y especial importancia; que las actividades administrativas de contenido social adquieren especial importancia y notoriedad, dando lugar a nuevos retos y obligaciones para el Estado, y que se comienza a utilizar un nuevo sistema de interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

9. No obstante, esta concepción de neoconstitucionalismo se ha desbordado a través de posiciones radicales y excesivas, que han llevado a cuestionarlo por sus implicaciones conceptuales y prácticas. Dentro de esas posiciones radicales y sus críticas se destacan el hecho de que se ha pretendido presentar al neoconstitucionalismo como una revolución en el campo del derecho, cuando se trata simplemente de una evolución más de la ciencia jurídica; la sobrevaloración del juez constitucional como superior de todos los demás órganos del Estado, lo cual ha llevado a una especie de subvaloración de los demás órganos y de sus decisiones, a desvirtuar el contenido esencial del principio fundamental de separación de poderes y de funciones, así como de otros principios jurídicos consolidados como la legalidad, la seguridad jurídica y la democracia, con el riesgo de arbitrariedad por la amplitud de los poderes de interpretación del juez constitucional, los cuales, incluso, han sido utilizados para modificar el texto mismo de la Constitución Política. Sin embargo, la existencia de esas críticas no debe tomarse como pretexto para pretender eliminar pura y simplemente la nueva visión del constitucionalismo ni regresar al constitucionalismo tradicional, sino para morigerar las posiciones radicales y excesivas y evitar que los poderes del juez constitucional se conviertan en un ejercicio arbitrario que resulte contrario a los principios y valores mismos que se desprenden del texto constitucional.

Bogotá, septiembre de 2019