



Volume 29

2023

## **Presidente Prudente/SP**

**ISSN 1516-8158**

### **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitor: Sérgio Tibiriçá Amaral  
Pró-Reitor Acadêmico: Igor de Toledo Pennacchi Cardoso Machado  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral  
Coordenadora Financeira: Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

#### **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade semestral

#### **EDITORES**

Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

#### **COMISSÃO EDITORIAL**

André Simões Chacon Bruno (USP)  
Alessandra Cristina Furlan (UEL)  
Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)  
Dennys Garcia Xavier (UFU)  
Daniela Braga Paiano (UEL)  
Felipe Rodolfo de Carvalho (UFMT)  
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)  
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador (UENP)  
Vladimir Brega Filho (UENP)  
Ana Carolina Greco Paes (PUC-PR)

#### **EQUIPE TÉCNICA**

Delaine de Oliveira (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

#### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

#### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

#### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

#### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe.coordenador@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 29 – 2023

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2023. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

**SUMÁRIO/CONTENTS**

**LEX MERCATORIA E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....05**

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira

**APUNTES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ESBOZO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA.....62**

MUÑOZ, Daniel E. Florez

BENÍTEZ, Melisa Caro

SALAS, Fernando Luna

**ADVERGAMES: CAPTURA ILÍCITA DO CONSUMIDOR INFANTIL POR MEIO DA TECNOLOGIA DOS JOGOS DE PUBLICIDADE .....75**

ALVES, Fabrício Germano

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues

OLIVEIRA, Felipe Lucas Medeiros de

**MULTICULTURALISMO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA INDIGENISTA BRASILEIRA.....91**

PEREZ, Giovanna Bolletta

LEITE, Leonardo Delatorre

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos

**DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS TRABALHADORES SOB OS ASPECTOS DAS POLÍTICAS NEOLIBERAIS.....112**

LIMA, Jordanna Roberta

REIS, Marcos Cristiano Dos

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO DE REUNIÃO: ANÁLISE DE SUA RELEVÂNCIA PARA A DEMOCRACIA E EVENTUAL LIMITAÇÃO.....130**

SOUZA, Marcelo Agamenon Goes de

ALVES, Lucas Mangolin

**ANÁLISE SOBRE A ARQUITETURA PRISIONAL E SEU IMPACTO NA REABILITAÇÃO SOCIAL DO APENADO.....155**

Camilla Yasmin Silva do Nascimento

Tiago José de Souza Lima Bezerra

**AGENDA URBANA 2030: IMPLICAÇÕES DA TUTELA AMBIENTAL SOBRE ÁREAS VERDES DE LAZER EM PRESIDENTE PRUDENTE – SP .....183**

FRÓIS, Marcos Rodrigues

PEREIRA, Júlia Fernandes Guimarães

**PROBLEMAS CAUSADOS PELA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA  
INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA.....197**

RODRIGUES, Fillipe Azevedo  
DONATO NETO, José Raimundo

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES EM FACE DO  
DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES SOCIAIS.....2**

PACIORNIK, Ravi Petrelli

**FUNDAMENTOS DA JUSTIÇA FISCAL SOB A ÓTICA DE KLAUS TIPKE...231**

MORAIS, Manuela Saker  
SANTOS, Lívio Augusto de Carvalho

**O LITÍGIO CLIMÁTICO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E DOS DIREITOS  
HUMANOS: A TENDÊNCIA DO SUL GLOBAL NO REGIME PÓS-PARIS....245**

BOGALHO, Thaline Giacon  
AMARAL, Sérgio Tibiriçá  
SANTOS, Lucas Octávio Noya dos

## **NOTA AO LEITOR**

A 29ª Edição da Revista Intertemas mais uma vez se propõe a apresentar temáticas de relevância jurídica nacional e internacional.

Convidamos cada leitor a se debruçar nos temas propostos pelos pesquisadores. É com enorme satisfação que esta edição é publicada, levando ao conhecimento de todos o melhor da nossa pesquisa científica.

Desejamos uma ótima leitura.

Cordialmente,

Carla Roberta Ferreira Destro  
Editora da Revista Intertemas

**APUNTES DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ESBOZO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN EN COLOMBIA**

**NOTES ON THE PROCESS OF CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW: OUTLINE OF THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE REGARDING THE CONCESSION CONTRACT IN COLOMBIA**

MUÑOZ, Daniel E. Florez<sup>1</sup>  
BENÍTEZ, Melisa Caro<sup>2</sup>  
SALAS, Fernando Luna<sup>3</sup>

**RESUMEN:** El presente artículo de reflexión presentará una visión panorámica del proceso de constitucionalización del derecho y realizará algunos comentarios en torno a las condiciones y dinámicas normativas que dicho fenómeno ha generado al interior del campo del derecho administrativo colombiano. Finalmente, presentará un análisis de los principales aspectos que se destacan al interior del tratamiento jurisprudencial que el contrato de concesión ha tenido al interior de la Corte Constitucional colombiana.

**PALABRAS CLAVES:** Contrato de concesión, derecho administrativo, constitucionalización del derecho, jurisprudencia constitucional.

**ABSTRACT:** This reflection article will present a panoramic vision of the process of constitutionalization of the law and will make some comments on the conditions and normative dynamics that this phenomenon has generated within the field of Colombian administrative law. Finally, it will present an analysis of the main aspects that stand out within the jurisprudential treatment that the concession contract has had within the Colombian Constitutional Court.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Cartagena (Colombia). Certificado en Estudios Afrolatinoamericanos por la Universidad de Harvard (EEUU) Especialista en Métodos y Técnicas de Investigación Social por CLACSO-FLACSO. Magister en Derecho por la Universidad de Cartagena. Docente investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Director del Semillero de Investigación en Derechos Humanos y Justicia Transicional de la Universidad de Cartagena. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1710-2850> Correo: [daniel.florez@hotmail.es](mailto:daniel.florez@hotmail.es)

<sup>2</sup> Abogada, Magister en Promoción y Protección de Derechos Humanos, especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Docente investigadora del programa de derecho de la Universidad de Cartagena (Col). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3892-9395> Correo: [mcarob1@unicartagena.edu.co](mailto:mcarob1@unicartagena.edu.co)

<sup>3</sup> Profesor investigador del Dpto. de Derecho Procesal y Probatorio de la Universidad de Cartagena y de la Universidad Libre sede Cartagena, Magíster en Derecho de la Universidad de Cartagena y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre. Doctorando en Derecho, Ciencias Políticas y Criminológicas de la Universidad de Valencia-España. Investigador Junior por Colciencias. Coeditor de la Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo, director del semillero de investigación Ciencia y Proceso y codirector del grupo de investigación Derecho Privado, Procesal y Probatorio. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal - Capítulo Bolívar. Director del Centro Internacional De Estudios Jurídicos y Políticos (CIEJP). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4574-6335> E-mail: [flunas@unicartagena.edu.co](mailto:flunas@unicartagena.edu.co)

**KEYWORDS:** Concession contract, administrative law, constitutionalization of law, constitutional jurisprudence.

## **INTRODUCCIÓN**

Existe un consenso al interior de la literatura iuspublicista en reconocer como los pilares principales del Estado de Derecho, los principios de legalidad, el control judicial de las actuaciones del Estado y la separación de poderes, todos éstos a su vez constituyen aspectos estructurales en la comprensión, aplicación y desarrollo del derecho administrativo moderno. Denotando así la profunda relación existente entre Derecho Administrativo y Estado de Derecho. Lo anterior implica que el advenimiento de una nueva realidad jurídica de orden constitucional, como el Estado Social, que se agrega a la fórmula de Estado de Derecho, no significa el desarrollo de un fenómeno completamente novedoso y diferente. Es necesario en ese sentido esclarecer el alcance del impacto de la nueva fórmula de Estado junto con los efectos normativos de la comprensión del texto constitucional como norma jurídica, en especial el efecto irradiador de la constitución política sobre la totalidad de la normativa estatal, en el marco del denominado proceso de constitucionalización del derecho.

### **1 El fenómeno de constitucionalización del derecho**

A partir de la Segunda Guerra Mundial, buena parte de los países de Europa y América Latina emprenden procesos de transformaciones constitucionales que repercutirán directamente tanto en la comprensión de los límites al poder público, como en el lugar de la Constitución y del poder judicial al interior del sistema de fuentes y los procesos creación del Derecho. Esta nueva forma de comprender el constitucionalismo, se encontró asociado, entre otras cosas, con la materialización de los textos constitucionales a través de la dogmática principalista y con la revaloración del rol del poder judicial a partir de la garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional<sup>4</sup>, esta última ya no supeditada al frío examen de los procedimientos y modelos de competencias, sino cualificada a partir de contenidos en términos de deberes positivos, libertades y garantías fundamentales, las cuales se experimentaran

---

<sup>4</sup> Un detallado estudio sobre el desarrollo del poder judicial al interior del Estado de Derecho moderno, en: Florez (2010b)

no solo como límites materiales a la actividad del Estado y de los particulares, sino que condicionantes al interior de los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho ordinario.

Al interior de esta nueva realidad normativa, adscrita al naciente Estado Constitucional de Derecho, el fenómeno llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico, cobra un especial lugar, como resultado de la redefinición de los textos constitucionales en términos de norma jurídica sustantiva con capacidad irradiadora, la profundización de las técnicas interpretativas y argumentativas al interior del razonamiento judicial, y la cualificación de las técnicas jurisprudenciales asociadas con la garantía jurisdiccional de la integralidad y supremacía constitucional, típicamente asociadas con fallos modulatorios y la construcción jurisprudencial del derecho. Este fenómeno heterogéneo y fragmentario impactará las bases de buena parte de las áreas del derecho ordinario, redefiniendo el alcance de su normatividad y supliendo algunas de sus más tradicionales instituciones. El derecho constitucional se establece como fundamento de la validez de la totalidad de las ramas del derecho (Bernal, 2005), y más que eso lleva la fuerza irradiadora de las cláusulas que consagran derechos fundamentales a escenarios históricamente reservados para principios tales como la autonomía de la voluntad en el campo del derecho privado.

Sin embargo, aún siguen siendo muy pocos los estudios que sobre el fenómeno de la constitucionalización se han publicado, la mayor parte de la literatura hasta el momento se ha ocupado de analizar y evaluar el impacto que dicho fenómeno ha tenido sobre determinadas áreas o sobre los riesgos que dicho fenómeno supone para la preservación del orden democrático, sin embargo, salvo contadas excepciones, son extraños las investigaciones que apunten a la comprensión del fenómeno en tanto tal, precisando sus categorías, sus presupuestos y avanzando en una analítica de su funcionamiento. En este punto, podríamos preguntarnos ¿en qué sentido hablamos de “constitucionalización del derecho”?

Ricardo Guastini (2017, p. 175), en un reciente trabajo precisa que bajo la expresión “constitucionalización del ordenamiento jurídico” se pueden estar empleando por lo menos tres significados.

1. En un primer sentido –y este es, quizá el significado intuitivo más común- se puede hablar de constitucionalización para referirse a la introducción de una primera constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente carecía de ella.

2. En un segundo sentido, se habla en ocasiones de constitucionalización para referirse a aquel proceso histórico que (entre los siglos XVII y XVIII) ha transformado en jurídica la relación política entre el soberano y el súbdito. Este fenómeno, nótese, es diferente del precedente, ya que no siempre el proceso en cuestión se ha resuelto en una *codificación* constitucional, esto es, en la adopción de una constitución escrita.
3. En un tercer sentido se habla hoy en día de constitucionalización para referirse a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente penetrante, invasiva, desbordante.

El sentido en el que utilizaremos la expresión será el tercero de los reseñados, justamente como expresión de un renovado concepto de Constitución y el acompañamiento de éste con un conjunto de diseños teóricos e institucionales que hacen posible su capacidad de irradiación normativa.

## **2 La constitucionalización del Derecho Administrativo**

Comenta el profesor Montaña, que en el Estado Social muchas de las características que había adquirido la administración pública en los modelos precedentes continúan solo que adquieren una dirección distinta y en algunas ocasiones sufren algunas transformaciones (2010, p. 81), la misma suerte podría predicarse en ese sentido de la idea de Derecho Administrativo.

En palabras de Juan Carlos Henao (2014, p. 137), las transformaciones que ha sufrido el derecho administrado en el modelo del Estado Social de Derecho no son solo las mínimas y necesarias para adaptarse al ambiente nuevo. Van más allá, al llegar hasta los genes del fenómeno, que ante la supremacía constitucional han transformado incluso sus bases. No se trata de un fenómeno completamente nuevo, pero sí de uno que se ha transmutado de manera radical respecto a su predecesor. El derecho administrativo en la actualidad no es el derecho administrativo del Estado de Derecho en un Estado Social, sino el Derecho administrativo del Estado Social de Derecho. Esta situación que se señala no es un juego de palabras: se pretende resaltar con ello que es algo mucho más complejo que el simple cambio de una institución a una realidad constitucional.

La división de poderes y el principio de legalidad se han modificado en gran medida y sin desaparecer –lo que permite hablar del mismo fenómeno–, tienen una lectura diferente. El contenido del derecho administrativo, pero también la forma de su

producción ha variado de manera definitiva. Los poderes no contribuyen de la misma manera, ni en la misma proporción en la construcción del régimen jurídico administrativo; la lectura estricta del principio de legalidad ha variado para transformarse en una lectura morigerada del principio de juridicidad en el cual los derechos fundamentales tienen un papel neurálgico (2014, p. 148).

El proceso en mención ha sido ampliamente discutido en la academia alemana y francesa durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX, para la primera, la constitucionalización del Derecho administrativo es uno de los más considerables derroteros del desarrollo iusadministrativo contemporáneo. No obstante, en palabras de Eberhard Schmidt-Aßmann (2014), el mismo puede ser objeto de por lo menos cuatro críticas:

1. “Mediante la constitucionalización el derecho administrativo pierde su propio perfil”. Para el autor, en Francia, la constitucionalización tropieza con críticas, porque el Consejo de Estado –ante todo con los principios generales– ha desarrollado un derecho administrativo autónomo que es creado por la jurisprudencia. En Alemania, la misma crítica fue formulada ante todo por representantes comprometidos del derecho privado y el derecho procesal que ven amenazados sus propios entendimientos de la disciplina.

2. “¿El proceso de la constitucionalización del derecho administrativo no debe ser tarea del legislador democráticamente elegido?” Al respecto, señala el autor, que muchos preceptos de una Constitución están compuestos de conceptos formulados de forma muy amplia que ganan claros contornos primero mediante decisiones políticas. Las decisiones políticas –agrega Schmidt-Aßmann– son, primero, una tarea del legislador. La constitucionalización de debe desplazar de su función al legislador. Ella tampoco requiere esto. En poquísimos casos le prescribe al legislador una regla determinada. La mayoría de los casos se trata de insinuar impulsos de desarrollo, directrices y una dirección.

3. “Riesgo de cimentación del derecho administrativo ante el carácter rígido de los textos constitucionales”. Al respecto, se pregunta Schmidt-Aßmann (2014), ¿acaso el derecho administrativo es inflexible? La constitucionalización no significa, sin embargo, que el Derecho ordinario, comprendido por las irradiaciones de la Constitución repentinamente sea elevado a rango constitucional. Permanece, en esencia, como Derecho ordinario y puede ser reformado por el legislador y ser desarrollado por tribunales judiciales. Solo allí, donde se trate, en cada caso y en toda la extensión, de un mandato vinculante del derecho constitucional, el Derecho administrativo adquiere el rango y la estabilidad de Derecho constitucional. Pero –aclara Schmidt-Aßmann (2014)- estos son proporcionalmente solo pocos puntos específicos.

4. Finalmente la cuarta crítica sostiene: “la constitucionalización parte de un modelo jerárquico que no compagina con la pluralidad de los ordenamientos jurídicos actuales”. Al respecto, se responde afirmando la estrecha relación que existe entre la seguridad jurídica y la jerarquización de los ordenamientos jurídicos, en ese sentido, lejos de ser una desventaja la misma constituye una condición de posibilidad para asegurar el respeto y la prevalencia de una serie de principios rectores necesarios para asegurar la coherencia de la totalidad

del derecho. En palabras de Schmidt-Aßmann, una Constitución configurada de forma amplia que comprenda muchos campos de la vida social motiva a reflexionar sobre las relaciones entre los particulares campos del Derecho. La constitucionalización es idónea para garantizar orientación y transparencia. Lo anterior, concluye Schmidt-Aßmann (2014), no representa un peligro para el carácter plural de los ordenamientos jurídicos modernos.

La penetración del Derecho Constitucional en el Derecho Administrativo –para Cassese (2008)- produce muchas consecuencias. La más importante es la de atribuir mayor fuerza a los principios del derecho administrativo, que viene a encontrar sus *tetes de chapitre* en la Constitución. Y agrega, que dicho proceso de constitucionalización no sucede sin un efecto de retroacción, en el sentido de que el derecho constitucional reacciona, conquistando el Derecho constitucional. Considérese, de facto, que el primero es mucho más regulado que el segundo; y que aquel constriñe a los jueces constitucionales a adentrarse en campos antes ignorados, contagiando los principios constitucionales mismos.

Esto corresponde a la tendencia general de asegurar el principio de efectividad: los principios constitucionales se quedan como *law in books*, mientras no formen parte del Derecho administrativo, es decir, de realidad efectiva, *law in action*, Derecho viviente. Y concluye Cassese, que la constitucionalización del derecho administrativo se ha desarrollado a través de tres fases, la última de las cuales se encuentra todavía en curso. La primera fase es la de la distinción entre ejecutivo y administración, que incide sobre la constitución material. La segunda es la de la inclusión en las constitucionales formales de algunos principios del Derecho administrativo.

La tercera es la de la penetración en los derechos administrativos nacionales de los principios propios del derecho constitucional supranacional. Señalando así el autor, la forma en la que la constitucionalización supone la base sobre la cual es posible pensar el proceso de internacionalización del derecho administrativo, en términos de aplicación del bloque de convencionalidad principalmente (Santofimio, 2014), redefiniendo a su paso las condiciones y límites en los que usualmente se aplicaba e interpretaban las reglas conducentes a regular las relaciones entre el Estado y sus asociados, dichas tendencias encuentran en materia de servicios públicos domiciliarios, derecho sancionatorio y responsabilidad estatal especiales espacios de configuración doctrinal y jurisprudencial.

La idea constitucional y convencional de Derecho Administrativo, supone la comprensión expresa de que el mismo es un subsistema normativo diferenciado de los otros, pese a que en buena medida comprende una réplica de situaciones y relaciones jurídicas del Derecho común, que sin embargo encuentran tratamiento especial y claramente diferenciado.

En palabras del profesor Alberto Montaña (2012: 73), esta situación encuentra asidero claro en la Constitución Política, fundamentalmente en el artículo 6, que muy de la mano del artículo 121, establece un mandato inequívoco de tratamiento jurídico diferenciado entre lo público y lo privado. Público y privado frente al ordenamiento jurídico no son ni pueden ser lo mismo, y esto, sin lugar a duda, más que en atención a consideraciones formales, obedece a la constatación de los fines de uno y otro. Y agrega el profesor Montaña, que cabe observar que, si bien el texto político sigue una orientación personalista de lo público, ya que centra su atención en los “servidores” – el artículo 121 sí elude a “autoridades”-, no por ello puede dejarse de entender dicho aspecto con una visión más amplia, en atención, entre otras, a los vínculos también constitucionales que existen entre la organización del Estado, y en especial la administrativa, con los servidores públicos. Concluyendo así, que es la distinción entre tratamiento jurídico de lo público y lo privado, más que el principio de legalidad a secas, el norte metodológico de una idea constitucional –y también convencional- de Derecho administrativo en Colombia.

### **3 Esbozo del contrato de concesión en la jurisprudencia constitucional colombiana**

El Estado en su interés de buscar el mejoramiento en la calidad de vida de sus asociados, cumplir plenamente con los fines sociales, satisfacer las necesidades públicas y garantizar la eficacia al momento de la prestación de los servicios públicos, ha optado por la celebración y ejecución de contratos donde los particulares puedan ser contratados por éste para llevar a cabo una serie de actividades (obras, prestación de servicios, asesoramientos, etc.) las cuales generarían un impacto positivo al interior del entorno y vida de sus asociados (Schmidt-Assmann, 2003: 143-150). Permitiendo así encontrar al interior de la comunidad política instancias de ejecución, asesoría y prestación de servicios que contribuyan de forma sustantiva a la plena garantía de las

aspiraciones sociales de la misma en el marco de los deberes legal y constitucionalmente establecidos para el Estado en favor de sus asociados.

Este ánimo de vincular a los particulares en la realización de actividades que están –en principio- en cabeza del Estado, también asegura el desarrollo de la más loable aspiración de democratizar y hacer más eficiente la función administrativa (Schmidt-Assmann, 2003: 128), posibilitando una sinergia administrativa en la que el Estado encuentra al interior de la sociedad civil agentes capacitados para la ejecución de actividades sin que dichas actividades salgan de la órbita de vigilancia y control del mismo (Manrique, 2010: 385). Esta realidad ha servido como insumo material para el inicio de un proceso legislativo al interior de la historia del Derecho Público, conducente a establecer una normatividad especial, la cual, si bien en principio tiene una gran influencia de la tradicional concepción de contratos entre particulares, no es menos cierto, que este tipo de contratación, denominada “estatal”<sup>5</sup>, contiene una serie de características y particularidades que la diferencia de la tradicional idea contractual privada

La contratación estatal se ha convertido en uno de los principales mecanismos con que cuenta la administración pública para cumplir con sus fines, del contrato estatal se desprenden diversas figuras contractuales en las cuales se encuentra la de Contrato de Concesión, el cual es definido por la Ley 80 del 1993 en su artículo 32 como:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Desde una perspectiva doctrinal podemos entender por contrato de concesión en el derecho administrativo, como aquel que consiste en la sesión que hace una entidad de derecho público a un particular para la gestión de un servicio público o el

---

<sup>5</sup> En relación al concepto y evolución de la contratación estatal, ver: (Schmidt-Assmann, 2003).

disfrute exclusivo de un domicilio público. El contrato de concesión posee dos características esenciales; la bilateralidad, puesto que se crean obligaciones mutuas entre el estado y el concesionario, aunque no siempre en la mismas condiciones de igualdad (Ospina, 2.011). Otra característica que posee es las ventajas económicas o ganancias, las cuales hacen referencia a la facultad de explotación o de obtener rentas de la función que realiza el concesionario.

El fundamento constitucional del contrato de concesión se encuentra en el artículo 356 de la Constitución Política cuando establece que el Estado puede prestar directa o indirectamente servicios públicos que son consustanciales a su finalidad social y mejoramiento en la calidad de vida de los asociados.

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido en diversos pronunciamientos lo que desde una perspectiva constitucional significaría el contrato de concesión, en la Sentencia C-225 del 1996 sostuvo lo siguiente:

Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

En la sentencia C-711 de 1996 sostendría que su naturaleza es “Para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración”.

Resulta importante señalar, que para un autor como José Calafell los desacuerdos existentes entre diversos tratadistas que sostienen diversas concepciones en torno a la concesión, se deriva del hecho de que la misma tiene varias naturalezas las cuales podemos dividir en términos generales en tres; la concesión como contrato, como acto unilateral y como acto mixto. (Calafell, 1999).

En relación a la naturaleza del contrato de concesión, tenemos que para la Corte Constitucional, la misma es incompleta debido a la dificultad que existe en predecir cuáles son todas las consecuencias que dicho contrato trae consigo en el

momento de su ejecución. No obstante, es posible admitir que el mismo comprende un conjunto de elementos desde el punto de vista de su desarrollo que incluyen, por una parte, la necesidad de recuperar el equilibrio económico en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, así como la de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico.

Otra categoría transversal de la presente investigación, la constituye concepto de Orden Público, el cual se asumirá como la armonía y expectativa que debe mantenerse en un Estado Social de Derecho, la cual pretende garantizar el interés general sobre el interés particular y especialmente la convivencia pacífica entre los asociados. Estos elementos constituyen ideales regulativos del Orden Público, y para ello el poder Ejecutivo hará lo posible para mantenerlos y restablecerlos. En el presente trabajo entenderemos por Orden Público Económico (OPE), como una emanación del Derecho público que responde a todo interés general de tipo patrimonial y por lo tanto económico, considerado como un objeto jurídico de tipo tutelable y protegido por todos aquellos principios constitucionales y legales; el OPE será visto como aquel orden estatal para la guía al progreso, producción y distribución de las riquezas.

Para la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1999, el OPE se refiere al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país. Precizando que si bien en Colombia, no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. Haciendo de dicho sistema un objeto de protección legal y garantía constitucional.

Añade la Corte Constitucional en la Sentencia referenciada, que la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente

sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (Arts. 333, 334 C.P.)

Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. En este mismo orden de ideas, en Sentencia 233 de 1997 la Corte Constitucional precisó:

(...) al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CARO BENÍTEZ, M. (2022). Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una mirada desde el enfoque Basado en Derechos Humanos y Goce Efectivo de Derechos. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 155–179. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3814>

CARRILLO DE LA ROSA, Y. ., Carrillo Velásquez, A. F. ., & Cano Andrade, R. A. . (2022). Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(28), 475–495. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3986>

CUBIDES CÁRDENAS, J., Navas Camargo, F., Caballero Palomino, S. A. ., Lozano Parra, J. S. ., & Bello Estrada, G. A. . (2022). Principio de equilibrio y economía contractual: análisis a partir de las teorías de la imprevisión y el hecho del príncipe. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 83–103. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3810>

FLÓREZ MUÑOZ, D. . (2022). Análisis sociopolítico de los orígenes, desarrollos y modelos de la justicia transicional. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(27), 104–120. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3811>

GARCÍA-ENTERRÍA, E. (1985) **La Constitución como Norma**. Madrid: Editorial Civitas.

GUASTINI, R. (2003). **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano** en Carbonell, M. Neoconstitucionalismo(s) Madrid: Trotta.

GUASTINI, R. (2007). **Sobre el concepto de Constitución.** en Carbonell, M. (Ed.) Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid: Trotta.

GUASTINI, R. (2017). **La Sintaxis del Derecho.** Madrid: Marical Pons.

HABERLE, P. (2003). **El Estado Constitucional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México.

HESSE, K. (1983). **Escritos de Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PARDO MARTÍNEZ, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. **Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo**, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>

SANTOFIMIO, B. (2010). **El contrato de concesión como de servicios públicos.** Coherencia con los postulados del Estado social y Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Tesis Doctoral. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, M (2003) **Teoría general del derecho administrativo como sistema.** Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons.

SCHUEMANN O, M. (2006). Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica. **Revista Derecho y Humanidades** (Nº 12), 217-229.