

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI

*Gustavo Penagos**

RESUMEN

El siglo XXI se orienta a recuperar el prestigio de la ley, presupuesto básico para realizar la justicia material, aboliendo los círculos de inmunidad. No debe existir norma, ni acto administrativo que contradiga el estado social de derecho. El derecho administrativo del nuevo milenio, será fruto de la participación, el pluralismo y el respeto a la dignidad humana.

Las reformas administrativas del Estado en el siglo XXI, se orientarán por un derecho administrativo que corrija las desigualdades sociales, buscando una administración ágil y eficaz; armonizando las leyes internas de cada país, con las normas supranacionales, pues no deben existir poderes ilimitados, en un mundo globalizado.

La doctrina y la jurisprudencia del milenio que empieza, tendrán como misión hacer prevalecer el derecho sustancial, sobre las meras formalidades y tecnicidades procesales.

El juez del siglo XXI no deberá limitarse a declarar la nulidad del acto administrativo, sino que deberá hacer prevalecer en sus sentencias

Fecha de recepción: 25 de julio de 2003.

* Profesor titular de derecho administrativo. Profesor investigador. Doctor en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, con estudios de especialización en derecho público de la Universidad de París, Universidad Católica de Lovaina y Universidad de Roma. Profesor de derecho administrativo en la Universidad Santo Tomás de Bogotá, Cúcuta, Tunja, Medellín y Bucaramanga. Universidad Católica de Bogotá, Ibagué y Neiva, Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá y Colegio mayor del Rosario de Bogotá. Autor de 44 obras de derecho público. Magistrado, procurador y fiscal durante 20 años. Abogado consultor.

los derechos fundamentales, y el Estado debe ofrecer los mecanismos para que los tribunales hagan efectivo el derecho.

Finalmente, el nuevo derecho administrativo afianzará su independencia del derecho privado, fundamentado en la prevalencia de sus propios principios y el interés general, con el fin de corregir las injusticias sociales y extirpar la corrupción, judicializando toda actividad administrativa; eliminando las vías previas, los arreglos y pactos extrajudiciales, como requisito para acudir al contencioso.

El cambio de paradigma implica el tránsito de la mecánica a la utilización de los sistemas electrónicos, para agilizar la prueba y la forma escrita, con el fin de hacer realidad la justicia.

Palabras clave: derecho administrativo, siglo XXI.

ABSTRACT

NEW TENDENCIES OF THE ADMINISTRATIVE RIGHT AT THE BEGINNING OF THE CENTURY XXI

The Century XXI is oriented to recover the prestige of the Law, basic budget to carry out the material justice, abolishing the immunity circles. It does not have to exist norm, nor Administrative Act that contradicts the Social State of Right. The Administrative Right of the new millennium, will be fruit of the participation, the pluralism and the respect to the human dignity.

The administrative reforms of the State in the century XXI, will be oriented by an Administrative Right that corrects the social inequalities, looking for an agile and efficient administration; harmonizing the internal laws of each country, with the supranational norms, because unlimited powers do not have to exist in a globalized world.

The doctrine and the jurisprudence of the millennium that begins will have like mission to make prevail the Substantial Right, over the mere formalities and procedural technicalities.

The judge of the Century XXI, will not have to limit itself to declare the nullity of the Administrative Act, but will have to make prevail in its sentences the fundamental rights, and the State must offer the mechanisms so that the courts make the right effective.

Finally, the new Administrative Right, will strengthen its independence of the Private Right, supported in the prevalence of its own principles and the general interest, in order to correcting the social injustices and to eradicate the corruption, making judicial any administrative activity, eliminating the previous ways, the arrangements and extrajudicial pacts, like a requirement to respond to the contentious. The shift of paradigm implies the transit of the mechanics to the use of the electronic systems, to expedite the proof and the written form, with the purpose to doing reality the justice.

Key words: *administrative right, century xxi*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. Transformación del derecho administrativo bajo el estado social
2. La doctrina del estado social implica un cambio permanente del derecho administrativo
3. Las nuevas tendencias políticas y sociales exigen nuevos deberes de la administración y cambios en el derecho administrativo

CAPÍTULO II. JUSTICIA Y PODER PÚBLICO AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD Y NO DE LAS FORMAS JURÍDICAS

1. Justicia y poder público al servicio de la comunidad
2. Nueva tendencia del derecho administrativo al acoger fuentes supranacionales
3. El siglo xxi se revela contra las tecnicidades e invoca la primacía del derecho sustancial
4. Los medios electrónicos, equivalentes funcionales del documento sobre papel

CAPÍTULO III. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SIGLO XXI

1. La crisis del derecho administrativo y las privatizaciones
2. Tendencia a independizar el derecho público del privado
3. La nueva tendencia del derecho administrativo a comienzos del siglo XXI exige el cambio de paradigma

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La jurisdicción contenciosa administrativa, originada en el año de 1799 con la creación del Consejo de Estado francés, a través de sus fallos ha creado la doctrina del derecho administrativo moderno.

El fundamento histórico, es necesario buscarlo en la revolución francesa al instituir “una forma de gobierno que puso a la ley por encima del hombre”, era el querer de ROUSSEAU y LOCKE. Nadie puede mandar la comunidad, sino en virtud de la ley y no por cualquier hipotética superioridad moral.

La ruptura del antiguo régimen que se fundamentaba en el querer de la propia razón del gobernante, fue remplazado por un gobierno sometido a la ley. Los siglos XIX y XX se preocuparon más por el imperio puro de la ley. El siglo XXI se orienta más que por el imperio de la ley, por realizar la justicia material, los contenidos sociales, para lograr la armonía de la comunidad política (artículo 228 de la Constitución Política).

La tendencia del siglo XXI es someter todos los actos del gobierno al control judicial. En el siglo XX se lograron romper los grandes círculos de inmunidad como observa el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA¹:

“...la demolición sistemática de esos círculos de inmunidad será la gran obra del siglo XX. Tres han sido sobre todo tales círculos: el poder reglamentario, los llamados actos políticos o de gobierno y la potestad discrecional...”.

Fue una lucha dura y persistente de la jurisdicción contenciosa administrativa, al tratar de judicializar todos los actos del gobernante, lo cual cristalizó en Colombia con el decreto ley 01 de 1984 sobre Código Contencioso Administrativo, al establecer la competencia del Consejo de Estado para conocer de los actos políticos o de gobierno (art. 82, inciso 2º del CCA).

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Problemas del derecho público al comienzo del siglo, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 2001, pág. 40. (La lucha del contencioso administrativo contra las inmunidades del poder).

I. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1. Transformación del derecho administrativo bajo el estado social

Siendo la Constitución Política la base fundamental del ordenamiento jurídico de un estado, indiscutiblemente, su orientación influye en la concepción jurídica y en el manejo de los asuntos públicos.

En Colombia el artículo primero de la Constitución dice:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de Estado unitario, descentralizado, con autonomía de las entidades territoriales, democrático, participativo y pluralista, fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran y en la prevalencia del interés general”.

Del estudio atento del postulado jurídico plasmado en el artículo primero de la Constitución, observamos que no debe existir ninguna norma que se separe de las directrices que constituye el Estado social de derecho, para lograr la armonía social, de una república unitaria, que propende por la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales.

El derecho administrativo, del nuevo milenio, será fruto de la participación de la comunidad, buscando el pluralismo y el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas sin discriminaciones conforme lo estipula el artículo 13 de la Constitución al decir:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación...”.

El Estado social como dice el profesor FERNANDO GARRIDO FALLA, determina el surgimiento de:

“Una concepción de la administración evidentemente nueva, de una radical novedad frente a esa administración abstencionista que se basaba, sobre todo, en la preocupación de respetar la libertad de los particulares”. En el Estado social, “La sociedad, en su conjunto, se convierte en objeto mismo de la actividad administrativa”².

2 DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo, privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, 190 págs., cita que hace al profesor Fernando Garrido Falla, pie de página 50.

2. La doctrina del Estado social implica un cambio permanente del derecho administrativo

Como el derecho administrativo tiene por objeto regular la actividad administrativa, necesariamente, debe evolucionar con las necesidades económicas y sociales, con la finalidad

“De corregir y eliminar la desigualdad social, que obstaculiza el acceso de todos los ciudadanos a un efectivo disfrute de los derechos y libertades”³.

Las necesidades sociales, los cambios económicos y políticos exigen una legislación apropiada, a la par de reglamentos que desarrollen las normas sustanciales “Legislación motorizada” y

“aparecen, así, las carencias, la inestabilidad permanente y los problemas de conocimiento y aplicación de la profusa regulación”⁴.

3. Las nuevas tendencias políticas y sociales exigen nuevos deberes de la administración y cambios en el derecho administrativo

Para transformar la realidad social, se requiere un cambio estructural del Estado social, con la finalidad de lograr los objetivos estatales, como son los señalados en el artículo 2º de la Constitución Política, que dice:

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

3 DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo, privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pág. 52.

4 DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo, privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, cita que hace a los profesores Luciano Parejo Alfonso, Crisis y renovación en el derecho publico, cec, Madrid, 1991, pág. 43; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, pág. 72.

Citas que aparecen al pie de la página 56.

A realizar el querer político del texto constitucional está encaminada la Ley 790 de 2002⁵. Se trata de una ley de facultades, que pretende colocar a la administración pública a tono con los cambios que exige el estado colombiano, para cumplir con los deberes sociales. Para tal fin se autoriza al gobierno a renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, conforme a los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política y desarrollados en la Ley 489 de 1998.

Para realizar el mandato de la Ley 790 de 2002, se tendrán que modificar las normas administrativas, para dar cumplimiento a los criterios de:

“a) Subsanan problemas de duplicidad de funciones y de colisión de competencias entre organismos y entidades;

b) Para procurar una gestión de resultados, lo cual implica establecer indicadores de gestión que permitan evaluar el cumplimiento de las funciones de la entidad y de sus responsables:

c) Se deberán expedir normas para garantizar la efectiva participación ciudadana, en el seguimiento y evaluación en la ejecución de la función pública”.

Agrega la ley, (790 de 2002, artículo 1) que se deben fortalecer los principios de solidaridad y universalidad de los servicios públicos; se profundizará el proceso de descentralización administrativa, trasladando competencias del orden nacional hacia el orden territorial, etc.

El artículo 2 de la Ley 790 de 2002 autoriza al presidente de la República para disponer la fusión de entidades u organismos administrativos del orden nacional.

El artículo 3 de la Ley 790 ordena la fusión del Ministerio de Interior y el Ministerio de Justicia y del Derecho; el artículo 4 establece la fusión del Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico, y conforma el Ministerio de Comercio Industria y Turismo. El artículo 5 de la citada ley, determina la fusión del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud, y conforma el nuevo Ministerio de la Protección Social.

La Ley 790 de 2002 en el artículo 16, confirió precisas facultades extraordinarias, al presidente de la República, para:

5 Ley 790 de diciembre 27 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República. *Diario Oficial*, n° 45.046, Bogotá. D.C., viernes 27 de diciembre de 2002.

- a) Suprimir y fusionar departamentos administrativos, determinar su denominación, número y orden de precedencia.
- b) Determinar los objetivos y estructura orgánica de los ministerios;
- c) Reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional;
- d) Escindir entidades u organismos administrativos del orden nacional creados o autorizadas por ley;
- e) Señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones y los de aquellas entidades u organismos a los cuales se trasladen las funciones de las suprimidas;
- f) Crear las entidades u organismos que se requieran para desarrollar los objetivos que cumplan las entidades u organismos que se supriman, escindan, fusionen o transformen, cuando a ello haya lugar;
- g) Determinar la adscripción o la vinculación de las entidades públicas nacionales descentralizadas.

La finalidad de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República, dice el párrafo primero del artículo 16 de la Ley 790 de 2002, tiene el propósito de racionalizar la organización y funcionamiento de la administración pública o con el objeto de garantizar las sostenibilidad financiera de la nación.

Se observan cambios fundamentales en la estructura y funcionamiento de la administración pública, lo cual implica cambios en el derecho administrativo, tanto en su orientación como en su aplicación.

Para lograr el ideal del Estado social se requiere, como observa el profesor LUCIANO PAREJO ALFONSO:⁶

“...Decisiones democráticamente legitimadas y a través de las formas y los valores del derecho (lo que aporta una segunda relativización derivada de las exigencias del Estado de derecho). Estas dos relativizaciones privan a las exigencias del Estado social de todo absolutismo y determinación en cuanto al cuándo y al cómo...”.

6 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, catedrático de derecho administrativo, Universidad Carlos III, Madrid, *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá D.C., 1998, 140 págs. Citado en la pág. 60. *Precisiones finales sobre la eficacia del principio de Estado social.*

II. JUSTICIA Y PODER PÚBLICO AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD Y NO DE LAS FORMAS JURÍDICAS

1. Justicia y poder público al servicio de la comunidad

El derecho administrativo del Estado social, debe estar al servicio de la justicia, y del poder público como mecanismo para realizar los fines del Estado, lograr el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366 de la Constitución Política).

Compartimos las atinadas observaciones del profesor español PAREJO ALFONSO, al decir⁷:

“El deber constitucional de que se viene hablando impone al poder público únicamente la permanente y positiva inspiración de su acción en el valor superior de la justicia (entendida ahora ésta como queda dicho: libertad en el contexto de la mayor igualdad, reales y efectivas ambas), en modo alguno la constante y continuada mejora de las conquistas históricamente alcanzadas en cada momento. En otro caso, el Estado social no sólo se transformaría en una suerte de —Estado de derechos adquiridos—, de nuevo cuño, sino que lesionaría indebidamente parte importante del contenido de otro principio del mismo rango, el Estado democrático, que postula la posibilidad de la alternancia en el poder de opciones políticas con concepciones diversas acerca de los términos de realización de los valores aquí implicados”.

2. Nueva tendencia del derecho administrativo al acoger fuentes supranacionales

El derecho administrativo moderno ha rebasado las normas internas, en consideración a la permanente interdependencia con otros países por motivos económicos, sociales y políticos a lo cual se suma la globalización de la economía, el florecimiento de las empresas transnacionales y la adhesión a tratados y a jurisdicciones internacionales, por ejemplo la Corte Penal de Roma. Lo anterior como explica el profesor AGUSTÍN GORDILLO⁸:

“...se comprenderá que el orden de comprensión de las normas supranacionales escapa a nuestro poder de determinación si queremos movernos dentro de la economía mundial...”.

7 PAREJO ALFONSO, LUCIANO, catedrático de derecho administrativo, Universidad Carlos III, Madrid, *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá D.C., 1998, 140 págs., citado en la pág. 61.

8 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo: parte general*, 1ª ed. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1998, cap. 6º - 11. 16 capítulos con numeración separada de páginas.

La doctrina anterior es recogida por la Constitución Política de Colombia en el artículo 93 que establece:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La tendencia de las fuentes supranacionales es una realidad en el derecho público moderno. Acogemos las enseñanzas del profesor AGUSTÍN GORDILLO al decir⁹:

“...la convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado: el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo”.

“No hay más poderes nacionales ilimitados, en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual, y menos aún los habrá en el futuro...”.

3. El siglo XXI se revela contra las tecnicidades e invoca la primacía del derecho sustancial

La doctrina y la jurisprudencia del siglo XXI, han recogido la tendencia de finales del siglo XX de hacer primar el derecho sustancial sobre las meras formalidades y tecnicidades procesales como bien lo observa el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, al decir¹⁰:

“...relativizar todas las viejas *technicalities* de una jurisdicción lastrada por un torturado desarrollo histórico”.

Permítaseme citar para concluir una sentencia entre muchas de nuestro Tribunal Constitucional, la 238 de 1992, de 17 de diciembre:

9 GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo: parte general*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1998, cap. 6º, pág. 24.

10 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 2001, pág. 60.

“Los instrumentos procesales han de articularse de tal modo que aseguren, *sin inmunidades del poder*, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas... [en virtud] del mandato de plena justiciabilidad del actual administrativo...”.

La Corte Constitucional de Colombia en varias sentencias ha reconocido la primacía del derecho sustancial sobre las meras formas, dice la Corte¹¹ :

“...a la luz de tales directrices jurisprudenciales y legales, cuando el medio teóricamente previsto es apenas formal y no goza de la idoneidad e inmediatez indispensables para el fin perseguido por la Constitución con miras a la prevalencia del derecho sustancial, no puede esgrimirse la posibilidad del proceso ordinario como suficiente para excluir la procedencia de la tutela...”.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha sostenido la prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formas jurídicas, para prevenir la arbitrariedad y proteger el derecho sustancial¹².

Observa el profesor AGUSTÍN GORDILLO¹³ :

“...el geométrico aumento de documentación escrita lleva inexorablemente a que el acto escrito en papel vaya pasando a la categoría de acto denominado “de primera generación”, que a veces el derecho tiende a sustituir y a eliminar...”.

“...nos parece que el acto que consta en una base de datos o *server*, sitio *web*, o lo que fuere en el futuro cumple con el requisito de la forma escrita aunque no esté también asentado en papel...”.

Observa más adelante el profesor GORDILLO¹⁴ :

“...existen allí actos administrativos de administración y notificación virtual o electrónica, cuya validez pensamos no tiene óbice, pues en verdad también serían válidos si fueran emitidos verbalmente...”.

11 Colombia, Corte Constitucional, Bogotá, sentencia de junio 3 de 1996 (T-246), referencia expediente T-87716.

12 Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 0242 del 15 de marzo de 1991, reiterada en sentencia de junio 6 de 1991, expediente 303, MP Dr. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

13 GORDILLO, AGUSTÍN, *El acto administrativo*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1999, cap. 10º, pág. 10. 13 capítulos con numeración separada de páginas.

14 GORDILLO, AGUSTÍN, *El acto administrativo*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1999, cap. 10º, pág. 34. 13 capítulos con numeración separada de páginas.

4. Los medios electrónicos, equivalentes funcionales del documento sobre papel

Se observa que la doctrina en general, se orienta por la libertad de formas, para no sacrificar los derechos del ciudadano. El proceso debe tender a realizar el ideal de justicia en cada caso concreto. A propósito, enseña el profesor español VICENTE ESCUIN PALOP¹⁵:

“...como regla general, una forma determinada no es elemento necesario para que exista acto administrativo, pero, para algunas categorías o especies de actos administrativos, las leyes obligan al sujeto titular del poder administrativo a declarar su voluntad de una forma determinada...”.

Un ejemplo por medio de la cual se obliga a una forma determinada para emitir un acto administrativo, se encuentra en el artículo 10º de la Ley 489 de 1998 al establecer los requisitos de la delegación:

“En el acto de delegación, *que siempre será escrito*, se determinará la autoridad delegataria y las funciones o asuntos específicos cuya atención y decisión se transfieren”.

Finalmente la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional establece¹⁶:

“...Equivalentes funcionales. El proyecto de ley, al igual de la Ley modelo, sigue el criterio de los “equivalentes funcionales” que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas”.

Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel...”.

Observamos con el profesor ESCUIN PALOP¹⁷:

15 ESCUIN PALOP, VICENTE, *El acto administrativo implícito*, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 1999, págs. 75 y 77. 117 págs.

16 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Bogotá, D.C., sentencia 8 de agosto de 2001, referencia expediente D-3371, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º de la Ley 527 de 1999, MP Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.

17 ESCUIN PALOP, VICENTE, *El acto administrativo implícito*, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 1999, pág. 83. 117 págs.

“...no debe olvidarse que detrás de cualquier exigencia formal se encuentra la protección de los derechos o intereses, de forma que no es admisible, ni siquiera imaginable la atribución de preeminencia a los aspectos formales sobre los bienes e intereses jurídicos que protegen...”.

Agrega el profesor ESCUIN PALOP en el texto citado, recordando la sentencia del Tribunal Supremo de España (30 de septiembre de 1996 —A.6531—) al afirmar que:

“...Las irregularidades en el curso del procedimiento administrativo sólo pueden dar lugar a la anulación cuando hacen imposible conocer los elementos indispensables que la actividad administrativa debe reunir para alcanzar el fin que le es propio...”.

III. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN EL SIGLO XXI

1. La crisis del derecho administrativo y las privatizaciones

La mala política, la corrupción, la ineficacia del Estado y el gigantismo estatal han conducido a la crisis y a la creencia de la inutilidad del derecho administrativo, para regular los asuntos del Estado. Se ha llegado a considerar que es más fácil lograr la finalidad social con el derecho privado.

La situación de ingobernabilidad, generada por las demandas crecientes de provisiones materiales de la sociedad y la capacidad del sistema para hacer frente a las mismas, como observa el profesor N. BOBBIO¹⁸, ha provocado crisis en las instituciones del Estado moderno.

Para corregir el desgobierno, la inseguridad y los grandes desfalcos del Estado, se ha recurrido a las privatizaciones, lo cual ha sido una falsa solución, por cuanto el Estado social debe establecer un equilibrio en la comunidad, distribuyendo equitativamente los bienes y las cargas públicas, sin crear las expectativas de ofrecer más al que tiene menos. Lo anterior provocaría un aumento en el gasto público y un engaño a la nación.

El Estado social de derecho se encuentra en crisis porque la clase política ha creado una situación de injusticia social. Las desregulaciones y las privatizaciones son soluciones cuando consultan el interés de la comunidad, mas son equivocadas

18 N. BOBBIO, “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985, pág. 14.

cuando se pretende desregular y privatizar fines y bienes, que por mandato constitucional y legal corresponden al Estado.

Es necesario delimitar la actividad que corresponde al Estado y a la sociedad, como acertadamente observa el profesor, JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA¹⁹:

“Si se privatiza un sector ha de ser eliminado todo elemento de poder monopólico e introduciendo competencia, de forma que los particulares beneficiados por el proceso de privatización no sustituyan el Estado, que es el único que ha de tener el poder por definición.

En definitiva, la privatización supone una delimitación de los campos propios del Estado y de la sociedad, devolviendo a cada uno sus responsabilidades y descargando al Estado de la pesada carga de ser empresario y autoridad a la vez. De ahí que los estudiosos del tema hayan teorizado inclusive esta técnica dentro de lo que denominan el Estado subsidiario”.

2. Tendencia a independizar el derecho público del privado

El siglo XX se caracterizó por aplicar, casi todos los principios del derecho privado a los asuntos públicos, lo cual es un error. Es cierto que el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 267 establece:

“En los aspectos no contemplados en este código, se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que corresponden a la jurisdicción a lo contencioso administrativo”.

La doctrina ha entendido que la aplicación de los principios del derecho privado, debe hacerse de forma restrictiva, y en los casos de remisión legal, por cuanto en derecho público no rige la analogía civil.

Se observa que el derecho público tiene principios diferentes del privado, sirva de ejemplo la presunción legal de los actos administrativos, la ejecutoriedad, la firmeza, la primacía de los principios, etc. Así que debe abandonarse la idea de un “proceso jurídico”, como institución común a todas las funciones del Estado, olvidando las importantes diferencias que existe entre ambos derechos.

19 SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Cometa, S.A. Zaragoza, 1993, 226 págs. Citado en la página 14.

Compartimos a propósito las atinadas observaciones de la profesora CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, quien enseña²⁰ :

“Estos son, en síntesis, los términos de un debate un tanto olvidado, como se ha dicho, por los cultivadores del derecho administrativo de los últimos años, en los que prima, no obstante, el reconocimiento de la existencia de un <<proceso jurídico>> como institución común a todas las funciones del Estado, pero sin dejar de advertir paralelamente sobre las importantes diferencias existentes entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial y de llamarse la atención, por consecuencia, acerca de la extraordinaria cautela con la que ha precederse a la hora de trasplantar las reglas propias de éste al ámbito de aquél”.

3. La nueva tendencia del derecho administrativo a comienzos del siglo XXI exige el cambio de paradigma

El derecho administrativo resultado de la lucha del pueblo contra el despotismo a través de la historia, y que dio como resultado el cambio del llamado régimen antiguo, por un Estado enmarcado en la Constitución y en la Ley, ha hecho crisis, por cuanto el invento mágico de ROUSSEAU de considerar que la ley era la expresión de la voluntad general, en el mundo moderno no corresponde a ese ideal, pues en ocasiones la ley es fruto de pactos e intereses de grupos sociales, políticos o económicos, y por lo tanto ha perdido su generalidad.

Para lograr el ideal de justicia, es necesario fortalecer los tribunales, dándoles nuevas competencias y mecanismos de total independencia de las otras ramas del poder público.

La tendencia en el siglo XXI debe ser la de judicializar toda la actividad administrativa, eliminando las vías previas, y los arreglos y pactos extrajudiciales que retardan la justicia, y son factores de corrupción, haciendo primar el derecho sustancial sobre las formalidades que impiden realizar la justicia material, conforme al artículo 228 de la Constitución.

Compartimos lo expresado por el profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quien enseña lo siguiente²¹ :

20 BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, profesora titular de derecho administrativo, Universidad de Sevilla, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, España, 2001, 440 págs. Cita de la pág. 58 numeral 5.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*, Editorial Civitas, Madrid, España, 1ª edición 2001, 122 págs., citado en la pág. 59.

“Básico para ello han sido: la judicialización completa de los órganos de resolución de los recursos, la eliminación de todos los sucesivos círculos de inmunidad al juez que la administración ha venido oponiendo al postulado de su total sometimiento al control judicial para hacer efectivo su sometimiento a la Ley y al derecho, la subjetivización definitiva del proceso, resueltamente configurado hacia la insatisfacción de la tutela efectiva de los derechos (sustantivos o reaccionales) de los ciudadanos, con la admisión normal de sentencias de condena a hacer o no hacer, con la atribución definitiva al propio juez de la facultad de ejecutar las sentencias, con la previsión de una amplia gama de medidas cautelares incidentales o autónomas, en protección preventiva de dichos derechos, de suspensión o positivas, la eliminación, o al menos neutralización, dándoles efecto suspensivo del acto recurrido, de vías administrativas previas que obstaculizan, y en todo caso retrasan, la intervención del juez”.

CONCLUSIONES

1. La jurisdicción contencioso administrativa ha creado la doctrina del derecho administrativo moderno por vía jurisprudencial.
2. El siglo XX fue el siglo del proceso al aspecto formal del acto administrativo, el siglo XXI será el siglo que realizará la justicia material y los contenidos sociales.
3. En el siglo XXI se realizará el ideal del Estado social de derecho.
4. El derecho administrativo cambiará según las nuevas tendencias políticas y sociales y los nuevos deberes de la administración pública.
5. El Estado tendrá que modernizar sus instituciones y estructuras para lograr sus fines.
6. La justicia y el poder público estarán al servicio de la comunidad para lograr la armonía social dentro del orden jurídico.
7. El derecho administrativo moderno debe superar las normas nacionales y acoger las fuentes supranacionales.
8. El siglo XXI será el de la primacía del derecho sustancial contra las puras tecnicidades.
9. Se adoptarán los medios electrónicos como equivalentes funcionales del documento sobre papel.
10. Tendencia a independizar el derecho público sobre el privado.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, CONCEPCIÓN, *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, España, 2001, 440 págs.
- BOBBIO, N., “La crisis de la democracia y la lección de los clásicos”, en *Crisis de la democracia*, Barcelona, España, 1985, pág. 14.
- Colombia, Congreso de la República, Ley 790 de diciembre 27 de 2002, Bogotá, Colombia, *Diario Oficial*, n° 45.046, 2002.
- Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia 0242 del 15 de marzo de 1991, reiterada en sentencia de junio 6 de 1991, expediente 303, MP Dr. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.
- Colombia, Corte Constitucional, Bogotá, sentencia de junio 3 de 1996 (T-246), referencia expediente T-87716.
- Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Bogotá D.C., sentencia 8 de agosto de 2001, referencia expediente D-3371, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6° de la Ley 527 de 1999, MP Dr. ÁLVARO TAFUR GALVIS.
- DESDENTADO DAROCA, EVA, *La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación, y administraciones independientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, 190 págs.
- ESCUIN PALOP, VICENTE, *El acto administrativo implícito*, 1ª ed., Civitas, Madrid, España, 1999, 117 págs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Problemas del derecho público al comienzo del siglo*, 1 ed., Civitas, Madrid, España, 2001, 122 págs.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *El acto administrativo*, 1ª ed., Biblioteca Jurídica Díké, Medellín, Colombia, 1999, 13 capítulos con numeración separada de páginas.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo: parte general*, 1ª edición, Biblioteca Jurídica Díké, Medellín, Colombia, 1998, 16 capítulos con numeración separada de páginas.
- Ley 790 de diciembre 27 de 2002, por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República. *Diario Oficial*, n° 45.046, Bogotá. D.C., viernes 27 de diciembre de 2002.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Ediciones Jurídicas Ibáñez, Bogotá, Colombia, 1998, 140 págs.
- SORIANO GARCÍA, JOSÉ EUGENIO, *Desregulación, privatización y derecho administrativo*, Cometa, Zaragoza, España, 1993, 226 págs.

