

Perspectivas de una reforma

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR DE LA OBRA DE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Javier Barnés Vásquez

Mónica Liliana Ibagón Ibagón

Editores

Universidad
Externado
de Colombia

130
Años

PRESENTACIÓN

El derecho administrativo como ciencia <i>Hans Christian Röhl</i>	21
Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann <i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	27
I. El postulado de la ciencia de la dirección	29
II. La constitucionalización del derecho administrativo	30
III. La orientación de la parte especial del derecho administrativo	32

PRIMERA PARTE

EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN

La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann <i>Andrés Fernando Ospina Garzón</i>	35
Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann	38
Primera parte: <i>War</i> . El derecho administrativo clásico: un conjunto de obligaciones de medios	42
I. La validez, el único problema jurídico	43
II. La eficacia, un problema accesorio e implícito	44
III. La eficacia se reduce al control judicial	45
Segunda parte: <i>Sollen</i> . El derecho administrativo actual: obligaciones de resultado, no valiéndose de cualquier medio	47
I. Derecho administrativo frente a ciencia administrativa	48
II. El ordenamiento jurídico mismo introduce la eficacia	50
III. Un nuevo derecho administrativo	55
Tercera parte: <i>Sein</i> . Un diagnóstico de ineficacia que llama a cambios en el derecho administrativo colombiano	60
I. Los controles sobre la actividad administrativa	61
II. Los controles sobre el servidor público	67

Conclusión	70
Bibliografía	71
El dualismo jurisdiccional: una coexistencia pacífica <i>Jacqueline Morand-Deviller</i>	75
El dualismo jurisdiccional: una coexistencia pacífica	78
Preliminar: una herencia política	79
I. Independencia dentro de la interdependencia: un territorio con límites inciertos	83
A. En busca de un espacio reservado para el juez administrativo	83
B. Experiencia compartida	84
C. El existencialismo jurídico	85
D. El laberinto y el hilo de Ariadna	86
II. La defensa de los derechos fundamentales: concordancias y emulación	87
A. Mutaciones	88
B. Pos-posmodernismo	89
C. Mestizaje de derechos y de derecho público europeo	89
D. Constitucionalización	90
E. Reforma y unificación del derecho de las libertades	91
F. “Buena administración de justicia” y seguridad jurídica	92
Conclusión	93
Bibliografía	94
Reflexiones acerca del ciudadano y la Administración pública <i>Miriam M. Ivanega</i>	97
I. La Administración pública	100
A. La organización	100
B. Agentes públicos capacitados y motivados	104
C. El tiempo razonable como condicionante	105
II. El ciudadano y la Administración	112
III. El control de la Administración	114
A. La rendición de cuentas	114
B. El control público	116
Conclusión	119
Bibliografía	119

Hacia un derecho administrativo de garantías. Nuevas tendencias del derecho administrativo <i>Karlos Navarro</i>	125
Introducción	127
I. Privatización, liberalización y desregulación. El repliegue de la Administración pública en favor del sector privado	130
II. La Administración neutral: las administraciones independientes	137
III. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la Administración	145
Bibliografía	153
La ejecución de la sentencia en el proceso contencioso-administrativo <i>Juan Carlos Benalcázar Guerrón</i>	159
Introducción	162
I. Fundamentos constitucionales que rigen el proceso contencioso-administrativo y en particular la ejecución de sentencias	164
II. Crítica a algunos dogmas que entorpecen la ejecución de sentencias contencioso-administrativas	167
A. El privilegio de la autoejecución	167
B. El predominio de las medidas indirectas de ejecución	169
III. Algunas propuestas y recomendaciones para superar la problemática actual de la ejecución de sentencias	173
A. Reivindicación del poder ejecutivo de los jueces y tribunales frente a la administración pública	173
B. La noción de “interés público” y la ejecución de sentencias contencioso-administrativas	175
C. Sustitución de la Administración pública por el juez o por un tercero para forzar el cumplimiento de la sentencia	177
D. Previsión obligatoria de créditos presupuestarios para atender sentencias de carácter pecuniario. Coacción sobre el patrimonio público	184
E. Posibilidad de conciliación para resolver dificultades en el cumplimiento	185
Bibliografía	187

La terminación convencional del procedimiento sancionador:	
la Administración concertada en materia sancionadora	189
<i>Juan Carlos Morón Urbina</i>	
Presentación	192
I. La terminación convencional de los procedimientos administrativos como expresión de una Administración concertada en reemplazo de la Administración autoritaria	193
II. Los compromisos de cese como expresión de Administración concertada de la potestad sancionadora	198
A. Concepto	198
B. Las características jurídicas de los compromisos de cese	200
III. Las principales expresiones de la regulación de los compromisos de cese en el derecho administrativo sancionador peruano	203
IV. El desuso de los compromisos de cese en los procedimientos sancionadores que lo regulan. La neofobia administrativa y otras sinrazones	215
Conclusiones	218
Bibliografía	218

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Estado de derecho, cooperación, juridicidad y proporcionalidad en el derecho administrativo. Reflexiones sobre el pensamiento de Eberhard Schmidt-Assmann	223
<i>Luis José Béjar Rivera</i>	
Introducción	225
I. Los principios y las reglas en el derecho	226
II. Los principios rectores del derecho administrativo en la obra del profesor Schmidt-Assmann	229
A. Principio de Estado de derecho	229
B. Principio de cooperación	232
C. Principio de juridicidad	234
D. Principio de proporcionalidad	240
Comentarios finales	242
Bibliografía	243

Exigencias éticas del nuevo derecho administrativo <i>Carlos E. Delpiazzo</i>	247
Propósito	250
I. Realidad antecedente	251
II. Proceder consecuente	252
III. Valoración ética	254
Conclusión	259
Bibliografía	259
Probidad y transparencia: valores fundamentales de las bases de la institucionalidad chilena <i>Gladys Camacho Cepeda</i>	263
Introducción	266
I. Antecedentes de la regulación de la probidad administrativa y de la transparencia pública	268
II. Sobre el concepto de probidad administrativa	279
A. La labor precursora de la jurisprudencia administrativa	279
B. El concepto de probidad introducido por la Ley 19.653	280
C. Sobre el principio de transparencia en la Constitución Política	283
Conclusión	292
Bibliografía	292
El derecho administrativo global: un derecho principal <i>Jaime Rodríguez-Arana</i>	297
Introducción	299
I. El derecho administrativo estadounidense y los principios del derecho administrativo global	309
II. El espacio jurídico europeo y los principios del Estado de derecho (las aportaciones de Schmidt-Assmann)	322
III. Los principios generales y el derecho administrativo	335
IV. Los principios y el derecho administrativo global	338
Reflexión conclusiva	351
Bibliografía	353

Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo	357
<i>Jorge Agudo González</i>	
Introducción	360
I. El espacio administrativo europeo. Apunte metodológico	363
II. Principios que ordenan la administración del espacio administrativo europeo	370
A. Compartición competencial y función administrativa	377
B. Determinaciones desde el punto de vista organizativo-procedimental	381
III. Caracterización de la administración del espacio administrativo europeo	385
A. La supranacionalidad de la actuación administrativa	385
B. Mecanismos jurídicos que articulan la actuación administrativa	390
Conclusiones	397
Bibliografía	398
Derecho administrativo constitucional y convencional: “constitucionalización” y “convencionalización” del derecho administrativo	405
<i>Ernesto Jinesta L.</i>	
Introducción	408
I. Derecho administrativo y derecho constitucional	410
A. Armoniosa interacción entre el derecho constitucional y el administrativo	410
B. Constitucionalización del derecho: aproximación conceptual y condiciones determinantes	412
1. Aproximación conceptual	412
2. Condiciones determinantes de la constitucionalización del derecho	413
a. Existencia de una Constitución rígida	413
b. Garantía jurisdiccional de la Constitución	414
c. Fuerza normativa directa e inmediata de la Constitución	416
d. Hermenéutica extensiva de la Constitución	417
e. Aplicación directa de la Constitución (<i>Drittwirkung</i>)	417
f. Interpretación de la Constitución conforme al derecho	418
3. Surgimiento de un “derecho administrativo constitucional”	420
II. Derecho administrativo y derechos fundamentales o humanos	422
A. Proyección, influjo e impulso en el derecho administrativo	422

B. Derechos fundamentales	426
C. Derechos humanos	429
1. Internacionalización de los derechos humanos	430
2. Incorporación constitucional del derecho internacional de los derechos humanos	431
Conclusiones	433
Bibliografía	434

TERCERA PARTE

LA ORIENTACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La contratación estatal a la luz de la teoría general del derecho administrativo como sistema <i>Juan Carlos Expósito Vélez</i>	443
Consideraciones previas. Perspectivas sobre el objeto de estudio y regulación en el derecho administrativo	446
I. Legitimación de la actividad administrativa: la constante batalla entre el derecho de <i>imperium</i> y las obligaciones frente a los particulares	449
II. El derecho administrativo como sistema: parte general y su correlación con la parte especial	455
III. La contratación estatal como “ámbito de referencia”: estudio sistemático de un subsistema	459
Conclusiones	464
Bibliografía	465
La función de regulación administrativa de resolución de conflictos. ¿Unas características distintas? Apuntes para su estudio <i>Édgar González</i>	467
I. La transformación y la dinámica de la actividad administrativa especializada y de sus autoridades	473
A. Rasgos distintivos de esta transformación	473
1. La flexibilización y liberalización de una estructura organizativa administrativa autónoma, con características, potestades y un mayor ámbito de actuación complejo y no limitado a un concepto de ejecución de ley	473

2.	La nueva relación de la Administración con los particulares en la construcción de la actuación y decisión administrativa, hasta la autorregulación regulada	474
3.	La motivación reforzada como justificación de la actuación administrativa, un elemento básico del control de legalidad, y como contrapartida de la discrecionalidad habilitada por la ley	476
4.	La Administración especializada, distinta del modelo weberiano, hacia un modelo “fractal” y descentralizado funcionalmente en las potestades y en la autonomía de la decisión. Las relaciones de cooperación horizontal y vertical	478
5.	El ejercicio de nuevas atribuciones y funciones calificadas como administrativas. Las funciones cuasijudiciales de agencias reguladoras en el derecho anglosajón y recogidas en el derecho administrativo	482
B.	Las autoridades administrativas especializadas con funciones de regulación en sectores en competencia y de interés general	483
1.	Apuntes sobre las agencias reguladoras en el derecho anglosajón	483
2.	Apuntes sobre las autoridades nacionales de regulación y de reglamentación en el derecho europeo. El sector de las comunicaciones electrónicas	485
a.	La independencia del órgano regulador	487
b.	El derecho de recurso	488
II.	Apuntes para el análisis de la función de resolución de conflictos atribuidos a autoridades administrativas especializadas	489
A.	La función administrativa de resolución de conflictos como una actividad cuasijudicial de la Administración, con elementos similares a un proceso contencioso. Las garantías del proceso judicial	490
B.	La garantía de la independencia como requisito para el ejercicio de la función administrativa de resolución de conflictos	491
C.	La finalidad de la función de resolución de conflictos: ¿promover la competencia?	493
D.	El alcance de la competencia de las autoridades administrativas de regulación para resolver conflictos	494
E.	Los efectos de la decisión en la resolución del conflicto	497
	Conclusiones	499
	Bibliografía	499

Lego tiene baterías: descentralizar y restaurar el Estado por medio de sus partes. Un estudio comparado de Chile, Brasil y Argentina <i>Tarcila Reis</i>	505
Introducción	508
I. Renunciando a un Estado uniforme y coherente	518
A. Razones para el desencanto	518
B. Articulación entre el centro y las unidades descentralizadas	530
II. La política pública es sobre implementación, implementación e implementación	541
Consideraciones finales	548
Bibliografía	550
Posición jurídica de los municipios frente al Estado en la República Federal Alemana y en la República de Colombia: contribuciones de la doctrina de Eberhard Schmidt-Assmann <i>Mónica Liliana Ibagón Ibagón</i>	557
I. Condiciones marco del derecho de municipios	562
A. La valoración de la posición del municipio en la comunidad	562
B. El contenido de las normas jurídicas	564
1. La garantía jurídico-subjetiva institucional	564
2. La garantía de posición jurídico-subjetiva	566
3. La garantía jurídica objetiva	568
a. El campo de garantía	568
b. Los límites del poder discrecional del legislador	571
II. Las tendencias de recentralización administrativa	581
A. Interpretación de las condiciones marco	582
B. Principio de proporcionalidad y la recentralización administrativa	584
Conclusiones	589
Bibliografía	590

INTRODUCCIÓN

El método integrador de Schmidt-Assmann invita a superar la compartimentación disciplinar atendiendo las previsiones constitucionales acorde al fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho¹. De este modo, discurrir sobre las disposiciones constitucionales relacionadas con probidad y transparencia como valores que sirven de base de nuestro ordenamiento jurídico va en la línea de lo que nuestro ilustre homenajado identifica como *ese anclaje en los referentes constitucionales que permite progresar y construir el derecho administrativo*².

Si bien en la sociedad de la información actual existe gran confianza en el poder de la tecnología para impulsar el desarrollo y la transformación de la sociedad, ello no debe hacernos olvidar un elemento básico para una verdadera transformación social signada por un servicio objetivo al interés general; esto es, que gobernantes y funcionarios actúen de acuerdo con valores ético-jurídicos desplegando una conducta íntegra y ejemplar en el ejercicio de los poderes del Estado, dando cuenta permanente del encargo recibido.

La preocupación que manifiesta la introducción de obligaciones de carácter ético en la Norma Fundamental está conectada con la necesidad de contrarrestar la desafección de los ciudadanos con las instituciones públicas y en especial con los partidos políticos, la política y los agentes políticos en general, lo que debilita seriamente nuestra institucionalidad. Parece que ello nos llevara de nuevo a plantearnos el dilema antiguo sobre si lo más acertado es el gobierno de los hombres o de las leyes, pregunta a la que se ha respondido de manera distinta en la historia. Los modernos dieron una solución opuesta a los clásicos, confiados en la racionalización del poder junto al rechazo a la arbitrariedad y caprichos de los gobernantes con poderes soberanos: determinaron que era preferible que rigiera la ley al hombre, pues la ley “es razón sin apetito” que expresa una regla impersonal y objetiva. Así, el brocardo “government of law not of men” constituyó la máxima jurídica que mejor expresaba a los nuevos ciudadanos. Por su parte, los antiguos (Platón y Aristóteles), desde su perspectiva antropológica, encontraban que no era necesario legislar sobre todo, pues

1 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003.

2 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “La necesidad de reformar el derecho administrativo”, en Javier Barnés (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2006, p. 50.