

# SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 5 ~ AÑO 2007

Separata



## LA RESPUESTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LAS TRANSFORMACIONES RECIENTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Manuel Alberto Restrepo Medina



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO  
Facultad de Estudios Sociales  
Villanueva de la Cañada

© Manuel Alberto Restrepo Medina

© Universidad Alfonso X el Sabio  
Avda. de la Universidad,1  
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

*Saberes*, vol. 5, 2007

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

## **LA RESPUESTA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LAS TRANSFORMACIONES RECIENTES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

**Manuel Alberto Restrepo Medina\***

### **CONSIDERACIONES PRELIMINARES<sup>1</sup>**

El Derecho Administrativo nace como disciplina jurídica después del advenimiento del Estado de Derecho en sustitución del Estado Absolutista, en la medida en que solamente con la fragmentación del poder y el encuadramiento jurídico de su ejercicio se dan los supuestos de existencia de un conjunto de órganos dentro del Estado, distintos de los encargados de legislar y juzgar, a los cuales se hace necesario dotar de un régimen jurídico propio, para preservar su sometimiento al principio de legalidad, que se erige como fundamento legitimador de la actuación estatal, diferente del régimen establecido para el cumplimiento de aquellas otras dos funciones básicas a cargo del Estado.

Al propio tiempo, el Derecho Administrativo desde su nacimiento se ha caracterizado por adaptarse al modelo de Estado vigente en cada época, de modo que, aunque su existencia solamente puede darse dentro del Estado de Derecho, sus contenidos han ido variando según el papel atribuido a la organización política de la sociedad en las distintas fases de su evolución dentro de ese Estado de Derecho, del Estado Gendarme al Estado Intervencionista y de este último al Estado Regulador.

En efecto, en el primer modelo la regulación jurídica de la estructura y actividad de la Administración está determinada por la prevalencia de las libertades individuales, principalmente en materia económica, con un protagonismo residual del Estado, al cual se le encarga de velar por la garantía del conjunto mínimo de condiciones que permitan el pleno desarrollo de esas libertades, sin entrar a interferir en su ejercicio y dejando su regulación al funcionamiento de las fuerzas del mercado. En ese orden de ideas, la estructura de la Administración es mínima y para regular el ámbito restringido de su actividad basta con aplicar las mismas reglas del derecho privado.

---

\* Doctor en Derecho de la Universidad Alfonso X el Sabio. Profesor de carrera académica de la facultad de jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

<sup>1</sup> Para una ampliación de la reseña de la evolución histórica del derecho administrativo que se efectúa en este acápite, a manera de ubicación contextual para abordar el tema principal de este escrito, véase el apartado sobre el origen histórico del derecho administrativo del capítulo 1º de la obra de ALLI ARANGUREN, Juan Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 27-93.

La crisis social que desata el culto al mercado y al libre cambio obliga a replantear al papel que le corresponde cumplir al Estado, pasando de ser un mero espectador a convertirse en protagonista de la vida de la sociedad, en la medida en que se le asigna la función de satisfacer las necesidades básicas demandadas por esa sociedad, teniendo en cuenta la falta de interés de los particulares en acometerlas, por no ser rentables o por requerir ingentes sumas de dinero para el montaje de la infraestructura requerida para su prestación. Al convertirse en un Estado prestador, se incrementa significativamente el tamaño de su estructura, y con ella, el número de actividades a su cargo, cuya prestación, para ser garantizada, se asume en forma monopólica, directamente o a través de concesiones.

En ese nuevo modelo de Estado, el derecho privado se muestra no sólo insuficiente sino también contrario a su finalidad, y por ello se impone un régimen creado *ex novo* para la Administración, cuya especialidad lo distinga del derecho común. A esa necesidad de adecuación del régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad de la Administración viene a dar respuesta la teoría del servicio público, cuyo nacimiento marca el momento de inflexión entre la existencia de un derecho aplicable a la Administración y el derecho administrativo como disciplina jurídica autónoma.

En el modelo del Estado intervencionista se produce la cualificación del Estado de Derecho como Estado Social del Derecho, de manera que la legitimación de la organización política de la sociedad ya no va a estar dada únicamente por la sujeción de las autoridades que detentan el poder al principio de legalidad, sino que, adicionalmente, pasa a exigírseles a las mismas que orienten su actividad a la realización de los fines esenciales de la persona humana, que le permitan realizarse como individuo y en su vida en sociedad.

Esa nueva condición del Estado acentúa el modelo intervencionista y lo lleva a un punto de crisis en cuanto a su sostenibilidad fiscal y al cumplimiento eficaz y eficiente de sus funciones, por lo cual el Estado se ve abocado a buscar un modelo de Administración que a la vez que garantice la realización de los postulados del Estado Social, a los cuales la ciudadanía no está dispuesta a renunciar, logre que las prestaciones demandadas por ella se satisfagan de manera eficaz y eficiente, dentro de un marco fiscal de sostenibilidad.

Ante este reto, la respuesta dada por el Estado contemporáneo ha sido la de atribuir al Estado el deber de garantizar la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberándolo de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas monopolísticas de abuso de posición dominante en defensa de los derechos de los usuarios.

Así, se produce un proceso progresivo de desestatización de funciones a favor del mercado, que se manifiesta en forma correlativa en un repliegue de la actividad estatal, principalmente empresarial, que llevan a la reducción del tamaño del Estado y del gasto público, mediante procesos concurrentes de liberalización, privatización, contractualización y fomento.

La liberalización se presenta mediante la desmonopolización de actividades que antes gozaban para el Estado del privilegio de la *publicatio*, permitiendo la prestación concurrente de las mismas a los particulares; la privatización lleva la liberalización a un mayor grado de desestatización al trasladar la propiedad de los activos públicos a los particulares, reservándose el Estado la potestad de imponer cargas de servicio público a los nuevos prestadores.

Por su parte la contractualización implica que si bien no hay un desprendimiento ni de la prestación de los servicios ni de su titularidad, su ejercicio deja de hacerse a través de personal vinculado laboralmente con el Estado y pasa a desarrollarse a través de terceros, que lo descargan de los costos de la permanencia a lo largo del tiempo del mismo personal. Ello se traduce en que la reducción del tamaño del Estado no se da solamente mediante la fusión o la supresión de entidades, sino también por la vía de la reestructuración de sus plantas de personal.

Mediante las actividades de fomento, el Estado en lugar de desarrollar directamente actividades industriales y comerciales a través de empresas o sociedades de su propiedad, crea las condiciones económicas, mediante estímulos crediticios o tributarios, para que los particulares se hagan cargo de las mismas.

Tal es el estado de cosas presente, frente al cual el propósito del presente escrito es presentar la manera en que los contenidos del Derecho Administrativo clásico, que responden a la teoría del servicio público del Estado intervencionista, se han adaptado para responder al modelo de Estado vigente, que ha pasado a ser un Estado regulador, que de prestador del servicio se ha convertido en garante de la prestación.

Para tal efecto, debe considerarse que el modelo de Estado regulador tiene que resolver las tensiones que se presentan entre los intereses del mercado, propio de la prestación de los servicios ya no a cargo del Estado sino de los particulares, y los intereses de la ciudadanía, que responden a su papel activo como protagonista de su desarrollo en el Estado Social de Derecho, y por ello las respuestas dadas por el Derecho Administrativo a ese nuevo modelo de Estado en muchas ocasiones pueden resultar contradictorias.

Efectuada esa necesaria precisión, puede señalarse que el Derecho Administrativo, entendido como el régimen jurídico aplicable a la estructura y organización de la Administración Pública y a las relaciones entre esta y los ciudadanos, se ha venido adaptando a ese cambio del modelo de Estado, de

Estado intervencionista a Estado regulador, determinado, por una parte, por la reducción del tamaño del aparato público y la desregulación de sus actividades, y por otra, por la búsqueda de mecanismos que le den mayor gobernabilidad y legitimidad a la Administración.

Jurídicamente, esa adaptación encuentra su manifestación en distintas tendencias, cuyo desarrollo en el plano normativo pone todavía más en evidencia esa tensión entre los intereses del mercado y los fines del Estado Social de Derecho. Debe considerarse también que dichas tendencias no son producto exclusivo de una auto-reformulación de los contenidos de la disciplina, sino que se presentan como una influencia inevitable de otras disciplinas jurídicas sobre los contenidos del Derecho Administrativo, cuya condición de ser un derecho de frontera lo hace especialmente permeable a su incidencia.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y sin perjuicio de que puedan existir otras, las tendencias que principalmente ponen de presente la respuesta del Derecho Administrativo al modelo contemporáneo de Estado son:

### **Constitucionalización**

La tendencia de constitucionalización del Derecho Administrativo se enmarca dentro de una tendencia más amplia de constitucionalización del Derecho, generada en virtud del reconocimiento de la Constitución ya no solamente como valor político de creación y organización del Estado sino también como norma jurídica, de aplicación directa e inmediata sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley.

Ello implica que la definición legal de la organización y la actividad de la Administración Pública empiece a estar condicionada por los valores que la Constitución reconoce y declara y, en virtud de ese condicionamiento, se efectúa el control judicial tanto de validez jurídica de las reglas legales que positivizan el Derecho Administrativo como de las actuaciones de la Administración<sup>2</sup>.

En ese orden de ideas, se pasa de un institucionalismo constitucional a un antropocentrismo constitucional, donde el referente deja de serlo la Administración Pública y pasa a serlo la persona humana, en razón de cuya realización es que se justifica la existencia de aquella. Ello implica un replanteamiento del régimen jurídico de prerrogativas y potestades excepcionales que se reconocía como

---

<sup>2</sup> Parte del reconocimiento y del avance en el control de la discrecionalidad de la actividad administrativa del Estado se logra gracias a la constitucionalización del derecho administrativo. Al respecto véase SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

propio de la Administración para pasar a muy claras limitaciones y controles al ejercicio de la discrecionalidad.

Ahora bien, el Derecho Administrativo tiene una dimensión adicional de su constitucionalización, que se produce por la incorporación de categorías propias de esa disciplina al texto de las Constituciones Políticas de los Estados, de manera que se genera una apropiación normativa del derecho administrativo por el derecho constitucional.

Esta forma específica de constitucionalización genera varios efectos:

- En primer lugar, se produce un desplazamiento de la construcción doctrinaria del Derecho Administrativo de los jueces y tribunales administrativos a los tribunales constitucionales, en cuya definición a veces se suscitan decisiones encontradas entre ellos.
- En segundo lugar, se establece una conexión del mismo nivel entre los derechos humanos y las reglas de organización y actividad de la Administración, conduciendo a que cada vez más la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la Administración se decida merced al ejercicio por parte de aquellos de acciones constitucionales de protección y no de las acciones ordinarias contencioso administrativas.
- En tercer lugar, se subordina la antigua libertad de configuración del legislador del régimen jurídico aplicable a la Administración a las reglas detalladas determinadas al respecto por el constituyente, cuya interpretación y determinación de su alcance, en virtud del primer efecto señalado, corresponde a los tribunales constitucionales.

### **Internacionalización**

La inserción de los Estados en la comunidad internacional y el acceso a los recursos de la cooperación técnica vuelven imperativa la adopción y aplicación interna de los tratados de derechos humanos, los cuales, en el ámbito que atañe al Derecho Administrativo, promueven la extensión de las garantías que conforman el derecho al debido proceso en los trámites judiciales a las actuaciones administrativas, de manera que cada vez con mayor intensidad las regulaciones y controles de los procedimientos administrativos tienden a asemejarse a los de los procesos judiciales.

Ahora bien, a esa tendencia se llega concurrentemente por la preocupación de los actores no estatales no sujetos a la potestad normativa de cada Estado de buscar una seguridad jurídica que disminuya los costos de transacción que su ausencia genera para el intercambio comercial. Es decir, tanto desde el frente de la realización del Estado Social presionada por agentes externos, como desde la perspectiva de la satisfacción de los intereses del mercado también promovida

externamente, el Derecho Administrativo se ve abocado a adoptar normas y prácticas garantistas que les permitan a los administrados ejercer formal y materialmente el derecho a la defensa frente a la Administración.

Por otra parte, la internacionalización también se manifiesta en la creciente apertura y transnacionalización de los mercados de materias primas, productos manufacturados, capitales, finanzas y consumo, que ha generado una drástica movilidad de las actividades económicas y empresariales y una mayor interdependencia económica de los distintos países, que en materia jurídica se ha traducido en una pérdida creciente de la soberanía estatal para elaborar las normas que conforman el ordenamiento jurídico.

En efecto, ese fenómeno de globalización económica ha implicado una pérdida efectiva de poder del Estado Nación, que ha sido asumido ya sea por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales<sup>3</sup>.

En el primer caso esa cesión ha operado porque las relaciones jurídicas entre ellas y los Estados no se rigen por los derechos nacionales sino por la *lex mercatoria*, porque los conflictos derivados de esas relaciones jurídicas ya no se ventilan ante las jurisdicciones nacionales sino ante tribunales arbitrales designados por las partes y porque a través de distintos mecanismos de presión o cabildeo aquellas han logrado que se introduzcan en su favor modificaciones de la legislación interna.

En el segundo caso, la dinámica de la integración internacional ha llevado en forma pragmática a los Estados a renunciar voluntariamente a sus potestades normativa y jurisdiccional y cederlas para su ejercicio por parte de organismos internacionales carentes de legitimidad democrática y de órganos judiciales supranacionales, o aún de los propios jueces nacionales quienes para resolver los conflictos no deben aplicar el derecho nacional sino las reglas definidas mediante los tratados<sup>4</sup>.

En razón de ambas situaciones, el Derecho Administrativo está dejando de ser una creación del Estado y al empezar a serlo por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales produce como consecuencia un menoscabo del principio democrático porque quien crea el derecho carece de legitimidad

---

<sup>3</sup> En relación con las características de la globalización económica y sus efectos sobre el derecho administrativo, véase MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 25-75.

<sup>4</sup> El ejemplo más dicente es la Unión Europea, como se ilustra en CASSESE, Sabino. La Globalización Jurídica. Trad. Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 115-127.



democrática, así como una alteración en el sistema de fuentes al transitar del derecho de la imposición al derecho de la composición, a la par con una paradójica convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales<sup>5</sup>.

Esta última se produce porque los intereses de las corporaciones transnacionales han llevado a que los Estados adopten leyes de procedimientos administrativos en las cuales se reconocen principios comunes de la actuación de la Administración (deber de motivación, proporcionalidad, derecho de audiencia y defensa) y, como se verá más adelante, se prohija la adopción del derecho privado como régimen propio de la actividad administrativa del Estado.

### **Regionalización**

Uno de los efectos generados por la globalización económica en el interior de los Estados ha sido la conformación de bloques regionales para poder asumir la competencia proveniente desde el exterior y para convertirse en actores competitivos en el mercado internacional. Así, paradójicamente, la respuesta estatal a la globalización ha sido la “glocalización”, que, en el ámbito jurídico, implica un traslado de funciones, competencias y recursos del Estado Nacional a los entes territoriales.

La glocalización, que es el correspondiente económico de la descentralización territorial, vista desde aquella perspectiva busca la promoción de un ambiente favorable para la inversión y para el intercambio, pero al hacerlo, genera otros efectos que guardan correspondencia con los objetivos pretendidos con la realización del Estado Social, como son el acercamiento de la Administración al ciudadano, en procura de atender de manera eficaz y eficiente sus demandas por servicios, y la prevención de la corrupción, al situar la gestión de los recursos públicos al alcance de la veeduría ciudadana.

Desde el derecho administrativo, la glocalización<sup>6</sup> hace más complejos sus contenidos, en la medida en que cada centro de poder local dispone de un aparato administrativo propio que es auto-regulado y genera reglas diferentes para el ejercicio de las funciones administrativas, en temas de gran importancia y valor estratégico como el ordenamiento del territorio, los usos del suelo y el derecho urbanístico.

---

<sup>5</sup> Esta convergencia pone en evidencia la existencia de una globalización jurídica, caracterizada en CASSESE, Sabino, op. cit., *passim*.

<sup>6</sup> En su obra citada, MIR PUIGPELAT sitúa el debate clásico entre centralización y descentralización en el escenario actual de la globalización económica. Véase MIR PUIGPELAT, Oriol, *ibidem*, p. 75-93.

En ese orden de ideas, la devolución de funciones públicas ha dado una nueva dimensión cualitativa y una nueva actualidad al antiguo debate entre centralización y descentralización. El nuevo interrogante alude a cuáles son los mecanismos apropiados para implementar los desplazamientos de las funciones públicas hacia niveles inferiores de gobierno<sup>7</sup>.

**La pertinencia de ese interrogante surge porque la descentralización por sí misma no hace que la gestión de la Administración sea más eficiente ni que con ella se logre descongestionar los órganos superiores del Estado, acercar la actividad en cuestión al ciudadano y disponer de mayor especialización en la materia de que se trate, si no se complementa con otras medidas que, de no tomarse, frustrarán tales propósitos<sup>8</sup>.**

### **Participación Ciudadana**

Uno de los elementos articuladores de la realización del Estado Social de Derecho es el involucramiento como sujeto activo de la actividad pública del ciudadano, quien a la par que titular de derechos inalienables, también es responsable por el cumplimiento de un conjunto de deberes que se derivan de la aplicación del principio de solidaridad.

En esa medida, el Derecho Administrativo establece escenarios vinculantes de participación para imprimirle validez jurídica a las actuaciones de las entidades que ejercen funciones administrativas y crea espacios para la intervención de los ciudadanos en la configuración de la estructura de las mismas, como la designación en sus juntas directivas de representantes de los usuarios o beneficiarios del servicio prestado por la entidad<sup>9</sup>.

Adicionalmente, y es en lo que más énfasis se ha puesto, la participación ciudadana se ha enfocado en efectuar veedurías sobre el buen uso de los recursos públicos, acompañando principalmente los procesos de contratación para

---

<sup>7</sup> Esta pregunta refleja la preocupación por la relación entre la organización territorial y la gestión pública. Sobre esta conexión, véase DE DIEGO ANGELES, Pablo. *Gestión Pública y Organización Territorial* en GONZÁLEZ, María Concepción. *La Acción y los Retos del Sector Público. Una Aproximación*. Madrid: Delta Publicaciones, 2004. p. 181-217.

<sup>8</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General, 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. p. 14-16.

<sup>9</sup> En relación con el rol contemporáneo del ciudadano frente a la Administración, véase ELENA CÓRDOBA, Amador. *Fortalecimiento de la Posición del Ciudadano* en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*. Madrid: INAP, 2004, p. 131-144.

la ejecución de las obras públicas y la evaluación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de manera que a partir de sus informes, se activen los mecanismos institucionales de control en los órdenes penal, disciplinario y patrimonial<sup>10</sup>.

Este último énfasis de la participación ciudadana, adicionado a la tendencia de regionalización, ha propiciado una preocupación por la vigencia de la ética pública<sup>11</sup>, que han contribuido a la reducción de los niveles de corrupción, impulsando la elaboración, adopción y aplicación de Códigos de Ética, cuya lógica apunta más a la prevención que a la represión, que sigue siendo propia de los estatutos penales y disciplinarios<sup>12</sup>.

Ahora bien, debe considerarse que la globalización económica ha traído aparejado el incremento de la movilidad internacional de las poblaciones, aumentando en forma rápida y significativa el porcentaje de residentes que corresponde a grupos de inmigrantes legales e ilegales, que indistintamente se van incorporando a las sociedades receptoras, convirtiéndose en importantes impulsores de las economías locales, aparte de la significación que por transferencia de divisas tiene su nueva situación para la economía de sus países de origen.

No obstante, esa incorporación, que por una parte implica el acceso a los beneficios del Estado Social y por otra significa la sujeción a la potestad de dominación jurídica de los Estados receptores, no ha reconocido en los inmigrantes ciudadanos de pleno derecho, en la medida en que para los fines de la tendencia de participación ciudadana ellos no cuentan, dada su exclusión de la ampliación a ellos de los derechos políticos. De esta manera, los inmigrantes deben acatar el orden jurídico del Estado que los acoge y padecer las consecuencias por su inobservancia, pero a ellos les está vedado participar en los

---

<sup>10</sup> En ese orden de ideas, resultan relevantes las disposiciones que permiten el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos. Sobre el particular consúltese SÁINZ MORENO, Fernando. Secreto y transparencia en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004, p. 165-177.

<sup>11</sup> Fiel reflejo de ello es la positivización o normativización de la ética pública. Al respecto, SÁINZ MORENO, Fernando. Ética Pública Positiva en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004, p. 517-530.

<sup>12</sup> Sobre la adopción de los códigos de ética como mecanismo de moralización y transparencia de la Administración Pública, puede consultarse TERMES I ANGLÉS, Ferran. El Código de Ética. Normas básicas para su diseño en la Administración Pública. Barcelona: Planeta de Agostini, 2005.

procesos democráticos encaminados a la escogencia de quienes han de definir el contenido de ese orden jurídico al cual se encuentran sometidos<sup>13</sup>.

### **Despublificación o iusprivatización**

La búsqueda de hacer más ágil la actividad administrativa y de equilibrar la posición del particular frente al sitio de privilegio en que en el derecho administrativo clásico se colocaba a la Administración Pública, propició el abandono de las categorías con base en las cuales se había configurado esta disciplina jurídica y su sustitución por los contenidos del derecho privado.

A ese abandono se le ha denominado “huida del derecho administrativo” y su alcance es el de aplicar como régimen propio de la organización y actividad de la Administración el derecho civil y mercantil, partiendo de considerar que ese cambio de régimen permitirá que la Administración alcance la eficacia y la eficiencia que con el estatuto de prerrogativas propio de la teoría del servicio público no se logró alcanzar<sup>14</sup>.

Dentro de esta tendencia de iusprivatización o despublificación se identifican dos modalidades empleadas para concretar la huida del derecho público, a saber, la adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del derecho civil y mercantil y la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho público, ya sea en función de la naturaleza de la actividad desarrollada, de la fórmula institucional adoptada o de la determinación constitucional o legal de regímenes especiales<sup>15</sup>.

La adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del derecho civil y del derecho comercial, como primera modalidad de huida del derecho administrativo, se ha concretado en la práctica en

---

<sup>13</sup> La paradoja que para el Estado Democrático ha significado la inmigración como correlato de la globalización es descrita por MIR PUIGPELAT en la obra ya citada, p. 136-138.

<sup>14</sup> Sobre la caracterización del fenómeno de la huida hacia el derecho privado y algún repliegue de esta tendencia, véase MIR PUIGPELAT, Oriol, op. cit., p. 158-184

<sup>15</sup> Esta clasificación está desarrollada en TAFUR GALVIS, Alvaro. La Huida de la Administración Hacia el Derecho Privado en Colombia en TAFUR GALVIS, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 93-129.

la utilización de las formas societarias propias del derecho privado, cuyo régimen de organización y capacidad jurídica está sujeto, por principio, a las normas reguladoras de ese mismo derecho privado, con ciertas salvedades derivadas, precisamente, de la participación estatal en esos entes, que tienen que ver, por ejemplo, con la dirección y administración de la sociedad, las relaciones de trabajo o la contratación.

La segunda modalidad de huida del derecho administrativo consiste en la aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales de derecho público, la cual ha estado referida a la naturaleza de la actividad desarrollada o a la fórmula institucional del organismo encargado de ejecutarla, y en algunos casos más recientes ha resultado de la expedición de regímenes especiales correspondientes al reconocimiento de la existencia de órganos autónomos o verdaderas autoridades independientes que cumplen funciones administrativas.

Esa búsqueda de la eficiencia a través de la huida del derecho administrativo y el refugio en el derecho privado, ha propiciado la pretermisión de controles en el empleo de los recursos públicos afectos al cumplimiento de la función administrativa, generando espacios para la corrupción, en contra de la preocupación evidenciada al respecto en la tendencia de participación ciudadana.

Ello ha derivado en un replanteamiento de la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado, buscando el necesario equilibrio entre limitaciones y prerrogativas de la Administración, adaptado a las necesidades de la sociedad globalizada contemporánea y dejando de lado las pretensiones de intervención maximalista de antaño.

### **Cambio de los Mecanismos de Intervención**

Las anteriores tendencias han minado los contenidos clásicos del Derecho Administrativo, ya que al estarse definiendo las reglas de su prestación por el derecho privado, en la medida en que la misma ha sido asumida por los actores del mercado, el papel de la Administración ha pasado a consistir en autorizar al particular su ingreso al mercado como prestador del servicio, inspeccionar y vigilar que la prestación se haga de acuerdo con la regulación y especialmente en defensa del derecho a la libre competencia y de los derechos de los usuarios como consumidores, y sancionar al prestador por la trasgresión de la regulación.

Como se advierte, el Derecho Administrativo tiende a ser de contenido policial, aunque no equiparable al del Estado Gendarme, en la medida en que su alcance en este último era el de la regulación de intereses mínimos mediante la intervención para garantizar el mantenimiento del orden público, mientras que en el Estado Regulador, a pesar de la desestatización de la función administrativa, la intervención del Estado permanece para regular los intereses generales, tales como el mercado, el ambiente o los derechos de los consumidores<sup>16</sup>.

En esta nueva forma de derecho administrativo policial la regulación se basa en un ordenamiento jurídico caracterizado por la simplificación normativa y procedimental, cuya instrumentación ya no corresponde a la potestad reglamentaria del Gobierno sino a la potestad reguladora de autoridades regulatorias independientes, que más que utilizar mecanismos impositivos de intervención, acuden a la aplicación de instrumentos propios del derecho reflexivo, como las recomendaciones, los convenios y los mecanismos de resolución alternativa de los conflictos, ampliando los espacios de autorregulación y autocontrol por parte de los sujetos vigilados<sup>17</sup>.

El surgimiento y ampliación de las autoridades regulatorias independientes aparece justificado por la necesidad de garantizar la independencia de la regulación frente a la influencia de los intereses de corto plazo de la política, que tiende a alterar las condiciones de mercado y libre competencia, así como por el propósito de garantizar la competencia técnica de quienes están encargados de mantenerlas. No obstante, ello deriva en que el ejercicio de este ámbito de la potestad normativa estatal carece de legitimidad democrática, dado que los reguladores no son elegidos popularmente ni su designación emana directamente de los órganos de elección<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> En ese orden de ideas, siguen existiendo parámetros de control de la actividad administrativa, cuya vigencia se encuentra ilustrada en PAREJO ALFONSO, Luciano. Interés público como criterio de control de la actividad administrativa en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (dir). Constitución y Control de la Actividad Administrativa. Serie Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 125-148.

<sup>17</sup> Sobre el surgimiento de la autorregulación y la necesidad de regularla, véase DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercé. Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

<sup>18</sup> Dentro de la numerosa literatura sobre las autoridades regulatorias independientes, véase dentro de lo más reciente FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Administraciones instrumentales en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004, p. 341-364.

Lo anterior implica el riesgo de caer en una especie de despotismo ilustrado contemporáneo, frente al cual debería procurar recuperarse el papel del decisor político, sin perder de vista la importancia que tiene el conocimiento técnico del experto<sup>19</sup>. En otras palabras, para evitar el riesgo de la tecnocracia no puede caerse en el vicio de la demagogia, de manera que debe buscarse un equilibrio entre la legitimidad democrática de la cual están provistas las decisiones políticas y el soporte técnico que los expertos están en capacidad de proveer a las mismas.

### **Cambio del Modelo de Administración Pública**

**La búsqueda de resultados en la actividad de la Administración Pública, adicionando a la legalidad pretendida con el Estado de Derecho, la eficacia y la eficiencia en su gestión, ha llevado a que el modelo de organización se adapte a esos propósitos de orden gerencial, con el fin de superar las disfuncionalidades del modelo burocrático-weberiano<sup>20</sup>.**

**Frente a una Administración sobrecargada de tareas difíciles de gestionar en muchos casos y con una notoria incapacidad para una gestión eficaz, se propende por un modelo de administración institucional despolitizada y tecnificada, con estabilidad institucional y continuidad en sus gestores, protegida por un estatuto jurídico que le dé continuidad, profesionalidad, coherencia y fidelidad a sus propios fines institucionales<sup>21</sup>.**

**Este modelo gerencial tiene su inspiración en las transformaciones organizacionales ocurridas en el sector privado, las cuales modificaron la forma burocrático-piramidal de administración, flexibilizando la gestión, disminuyendo los niveles jerárquicos y, por consiguiente, aumentando la autonomía de decisión de los gerentes. Con estos cambios, se pasó de una estructura basada en normas centralizadas a otra sustentada en la responsabilidad de los administradores, avalados por los resultados efectivamente producidos.**

---

<sup>19</sup> Sobre los riesgos de la regulación, véase CASSESE, Sabino, op. cit., p. 149-164.

<sup>20</sup> Una síntesis sobre el cambio del modelo de gestión de la Administración Pública del burocrático al gerencial, puede encontrarse en el capítulo segundo de BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. Manual de Ciencia de la Administración. Madrid: Editorial Síntesis, 2005.

<sup>21</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999, p. 83-84.

**Así, esa reforma de la Administración Pública está asociada a la sustitución del esquema centralizado de toma de decisiones por un modelo de mecanismos descentralizadores, el tránsito de la formulación unilateral de las decisiones de la administración a la participación de los ciudadanos-usuarios en los procesos decisorios, la contractualización de las relaciones interadministrativas y de la administración con los asociados, y la complementación de los sistemas de control de legalidad con evaluaciones integrales de la gestión y procesos de rendición de cuentas en función de los resultados.**

El riesgo que se corre con la reivindicación de mayor libertad de actuación para los gestores públicos, desde el argumento de hacerles iguales a los gestores privados, es que si bien se produce la anulación de los antiguos sistemas de control, no se les sustituye por un nuevo y verdadero sistema de rendición de cuentas y de responsabilidad y fácilmente se puede caer prisioneros del gerencialismo y de su conocida falacia tecnocrática<sup>22</sup>.

En efecto, tras la aplicación de la llamada Reforma Gerencial, la medición de sus resultados indica que los gobiernos y las administraciones son menos responsables y no más eficaces que antes. Ello obedece a la imposibilidad de separar la formulación de las políticas de su implementación, lo que conlleva a que los órganos principales de la Administración se terminen inmiscuyendo en la gestión de las entidades ejecutoras, así como a la dificultad de lograr la coordinación y colaboración interadministrativa y con los sectores empresariales y sociales requerida para la obtención de los resultados deseados.

Por ello, la más moderna corriente dentro del Estado Regulador propende desde mediados de los noventa por el modelo de la Gobernanza<sup>23</sup>, que consiste en el gobierno relacional por medio de redes de interacción público-privado-civil a lo largo del eje local/global<sup>24</sup> y que guarda correspondencia con las nociones de gobierno interactivo, emprendedor o facilitador, que no anula los modelos

---

<sup>22</sup> PRATS I CATALÁ, Joan. Administración Pública y Desarrollo en América Latina. Un enfoque neoinstitucionalista en [www.clad.org.ve/fulltext/0030104.pdf](http://www.clad.org.ve/fulltext/0030104.pdf)

<sup>23</sup> Acerca de la gobernanza y la organización en redes, véase ALLI ARANGUREN, op. cit., p. 314-362.

<sup>24</sup> Cassese efectúa una adecuada síntesis de las redes como figura organizativa de la colaboración en el capítulo segundo de su obra, en la cual destaca la referencia bibliográfica sobre el tópico. Véase CASSESE, Sabino, op. cit., p. 33-39.



anteriores sino que procura integrar los intereses de los actores no estatales como factor contributivo para la atención y solución de los problemas sociales<sup>25</sup>.

### **CONSIDERACIONES FINALES**

El derecho administrativo clásico, propio del Estado intervencionista y articulado alrededor del concepto del servicio público ha dejado de existir. En efecto, la reformulación contemporánea de los contenidos del régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad de la Administración y a sus relaciones con los administrados/ciudadanos para adaptarse al nuevo modelo de Estado ha dejado de lado las características originarias de la disciplina.

Así, su definición ya no corresponde al Estado Nación, sino que se ha trasladado en buena medida a instancias supra e infraestatales, en razón de la internacionalización y la regionalización, como formas de respuesta a la globalización, y en muchas ocasiones su creación ni siquiera corresponde a órganos con legitimación democrática.

La Administración ha venido perdiendo su posición de privilegio y prerrogativa, en función de la adopción como régimen propio del derecho privado, el cual se basa en la posición de equilibrio entre las partes en las relaciones jurídicas, cuya regulación cada vez más se basa en un derecho de composición y menos en uno de imposición.

Además, y en parte por ese cambio en el sistema jurídico de regulación de las relaciones entre la Administración y los administrados, la especialidad para el juzgamiento de los conflictos ha venido desapareciendo, en la medida en que para resolverlos se recurre cada vez más a los mecanismos alternativos de resolución y a la justicia arbitral y cada vez menos a la jurisdicción especializada.

El nuevo rumbo que ha tomado el derecho administrativo contemporáneo debe considerar los riesgos que entraña el repliegue del Estado y de la Administración como respuesta a los imperativos del mercado en una sociedad globalizada, abandonando las categorías propias y refugiándose en el derecho privado.

Sin embargo, a pesar de que los cambios generados por la globalización han roto el paradigma clásico del derecho administrativo, la misma ha producido en el campo jurídico una aproximación de los derechos nacionales, que se ha hecho evidente con la constitucionalización de principios generales que tienen que ver

---

<sup>25</sup> En relación con esta evolución reciente del modelo de gestión de la Administración Pública, consúltese PRATS CATALÁ, Joan. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004, p. 27-102.

con la democratización de la Administración y la garantía de los derechos de los administrados frente a la Administración.

Por ello, aunque el balance de las transformaciones recientes del derecho administrativo para adaptarse a los cambios contemporáneos del Estado Social de Derecho podría presentarse como sombrío, pues en muchos casos evidencian un retroceso de las conquistas del Estado Social y Democrático, o al menos las ponen en riesgo, vistas con una mayor perspectiva pueden verse como propias del proceso de cambio de modelo, sin olvidar que, en todo caso, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN, pese a las transformaciones de los instrumentos y las formas de regulación estatal, el Estado sigue siendo titular de una responsabilidad general de garantía y por tanto el derecho administrativo continuará teniendo por ello una posición central en el sistema jurídico<sup>26</sup>.

### **BIBLIOGRAFÍA**

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. Derecho Administrativo y Globalización. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. Manual de Ciencia de la Administración. Madrid: Editorial Síntesis, 2005.

CASSESE, Sabino. La Globalización Jurídica. Trad. Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego. Madrid: Marcial Pons, 2006.

DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercé. Autorregulación y Derecho Público: la Autorregulación Regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

DE DIEGO ANGELES, Pablo. Gestión Pública y Organización Territorial en GONZÁLEZ, María Concepción. La Acción y los Retos del Sector Público. Una Aproximación. Madrid: Delta Publicaciones, 2004.

ELENA CÓRDOBA, Amador. Fortalecimiento de la Posición del Ciudadano en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004.

---

<sup>26</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El Derecho Administrativo General desde una Perspectiva Europea en Justicia Administrativa, num. 13, octubre de 2001, p. 24-25.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Administraciones instrumentales en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General, 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Interés público como criterio de control de la actividad administrativa en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (dir). Constitución y Control de la Actividad Administrativa. Serie Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.

PRATS CATALÁ, Joan. Administración Pública y Desarrollo en América Latina. Un enfoque neoinstitucionalista en [www.clad.org.ve/fulltext/0030104.pdf](http://www.clad.org.ve/fulltext/0030104.pdf)

PRATS CATALÁ, Joan. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004.

SÁINZ MORENO, Fernando. Ética Pública Positiva en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004.

SÁINZ MORENO, Fernando. Secreto y transparencia en SÁINZ MORENO, Fernando (dir). Estudios para la Reforma de la Administración Pública. Madrid: INAP, 2004.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel. El Control de Proporcionalidad de la Actividad Administrativa. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El Derecho Administrativo General desde una Perspectiva Europea en Justicia Administrativa, num. 13, octubre de 2001

TAFUR GALVIS, Alvaro. La Huida de la Administración Hacia el Derecho Privado en Colombia en TAFUR GALVIS, Alvaro. Estudios de Derecho Público. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.

TERMES I ANGLÈS, Ferran. El Código de Ética. Normas básicas para su diseño en la Administración Pública. Barcelona: Planeta de Agostini, 2005.

