

*Artículo de  
maestría*





# Organización administrativa necesaria para lograr el Estado social de derecho



**Julio Roballo Lozano\***

## INTRODUCCIÓN

**E**ste documento gira en torno del fenómeno de la *modernización del Estado*. Contiene un intento de reflexión acerca de las estructuras necesarias para el logro del nuevo perfil del Estado colombiano, y el rol que puede o debe jugar el derecho en la conformación de los perfiles de ese nuevo Estado.

Las mutaciones que afectan la vida de las sociedades contemporáneas han afectado todos los paradigmas de organización social y de la vida de las personas que las conforman. Es la expresión de la crisis generalizada de las instituciones, una parte de la cual es la crisis de las instituciones políticas o de gobierno, entendidas como las formas de las cuales se dotan las sociedades para el ejercicio del poder.

En tal sentido, es lugar común para los estudiosos de estas materias, tratar sobre la crisis del Estado, que puede aparecer como una cierta agitación o conmoción de las estructuras, previa a su desaparición. Pero también por crisis es dable entender, y esta acepción se ajusta a la raigambre etimológica del término, la agitación que prepara el cambio, el paso a una realidad que supera la anterior.



---

\* Estudiante de la maestría en derecho administrativo de la Facultad de Jurisprudencia y profesor de la Facultad de Ciencia Política y Gobierno de la Universidad del Rosario.

En este sentido, la calificación del Estado colombiano como *Estado social de derecho*, expresa el ideal de emanciparlo de las formulaciones simplemente jurídicas del tradicional Estado de derecho, para darle un contenido social, de efectiva vigencia de los principios seculares de igualdad y de participación, bases del sistema democrático.

La doctrina secular del Estado de derecho había desarrollado un complejo conjunto de instituciones que lo alimentaron y sostuvieron durante siglos. Parte importante de esas instituciones fueron las estructuras organizacionales del Estado, que ahora han sido puestas a prueba por el nuevo paradigma varias veces mencionado.

Este documento intenta reunir algunos elementos para tal reflexión, desde el punto de vista de las estructuras de organización que se requieren para este nuevo paradigma, pero también desde la óptica del derecho, y más concretamente, desde el derecho administrativo, disciplina jurídica particularmente afectada por los cambios que se están operando en el conjunto de las instituciones públicas.

#### **PRECISIONES SOBRE ALGUNOS TÉRMINOS**

Lo primero que se impone es una precisión semántica acerca del alcance del término *modernización*. La indagación puede resultarnos favorable si nos ayudamos de un término análogo, no exento de diferencias, pero lleno de significantes en las ciencias sociales de Occidente: *renacimiento*.

En el compendio de la gran obra del historiador inglés Arnold Toynbee, *Estudio de la historia* (Alianza Editorial, 5ª Edición, Madrid, 1981, Vol. III, pp. 151 y ss.), al inicio del capítulo de lo que él denomina "contactos de las civilizaciones en el tiempo", señala al escritor francés E.J. Delécluze (1781-1863) como el primero que empleó la palabra Renacimiento para designar el impacto de la civilización helénica sobre la cultura cristiana. Entiende este autor que entre esas dos civilizaciones existe una relación de paternidad y filiación, que permitió durante siglos que la cultura occidental haya conservado la tendencia de regresar a su ancestro cuando desea ponerse al día, es decir, modernizarse.

En ese sentido, y siguiendo al mismo autor, se mencionan con frecuencia las referencias constantes de la Revolución Francesa a figu-

ras de la antigüedad griega como Licurgo o Solón, en reminiscencias que no sólo prosperaron en el terreno de la teoría social o política, sino que se manifestaron en modas de vestir, en la arquitectura y en otros aspectos de la vida social.

No estaría de más señalar que entre nosotros, y siguiendo esa tendencia occidental, la gesta emancipadora fue fértil en referencias a la antigüedad griega y romana para inspirarse y establecer sus nuevos referentes, para modernizar la simbología de la sociedad granadina y ponerla a tono con sus nuevas realidades políticas antimonárquicas y republicanas. ¿Habrá un ejemplo más elocuente que el apelativo de Tribuno del Pueblo otorgado a uno de los próceres del primer día de la vida republicana?

Uno de los episodios generalmente aceptados en la cultura universal como claramente modernizadores, durante el siglo XX, ocurrió en la Iglesia católica, y su punto focal fue el Concilio Vaticano II, en cuya convocatoria el propio pontífice utilizó con efectos mediáticos sorprendentes el término italiano *aggiornamento*, para significar precisamente la necesidad de poner la formidable institución que es la Iglesia católica, a tono con los tiempos, es decir, modernizarla. Pues bien, a la par con la enseña mencionada, surgió otra, *redere ad fontes* (regresar a las fuentes), como expresión de la relatividad del término (Constitución Apostólica *Humanae Salutis*, diciembre 25 de 1961).

La época actual vive al mismo tiempo fenómenos aparentemente contradictorios de globalización y cosmopolitismo, por una parte, y por otra una creciente potenciación de los valores locales, en cuya base están los culturales ancestrales. El espectro institucional colombiano, afectado con frecuencia de una cierta ceguera respecto de la variedad étnica y cultural de la nación, ha tenido que abrir espacio a las diversas formas de organización social y política ancestral, en el proceso constituyente de 1991. En tal sentido, la modernización de las instituciones del país pasa por una resuscitación de lo antiguo, de lo ancestral.

Corolario de lo anterior es que el término *modernización* no es unívoco, sino equívoco, y en todo caso relativo. El autor inglés mencionado señala que modernización no significa exactamente desarrollo lineal, sino que, en un momento determinado de la historia de un pueblo, puede designar mirar atrás, en un fenómeno que el historiador denomina *encuentro con culturas muertas*.

En el terreno de *lo público*, modernizar es ante todo una opción política, que por reflejo genera otros términos llenos de significantes políticos: premoderno o postmoderno.

La significación del término *modernización* entre nosotros y en nuestra época, está afectada además por una serie de fenómenos geopolíticos que la influyen, tales como la virtual unipolaridad en las relaciones internacionales (otros hablan de la sustitución del orden mundial por el caos y, aun, del fin de la historia); la globalización, plagada de contenidos de circulación no rápida, sino inmediata, de capitales, bienes y, por supuesto, de conocimiento; apertura de mercados, como insignia de la moderna organización del comercio y la industria. Podríamos cerrar esta lista claramente corta, con los movimientos económicos e ideológicos que buscan generar ajustes en las estructuras del Estado desde fuera, y concretamente desde estructuras y organizaciones *no gubernamentales*. (El énfasis en la negativa a lo estatal es bastante sintomático del ideario de los tiempos que corren).

La precisión del alcance del término que nos ocupa es aún más compleja en la realidad colombiana, que por supuesto, no es ajena a las mutaciones del entorno internacional a las cuales he hecho referencia, pero a las cuales se añaden las incertidumbres propias de una sociedad como la colombiana, que vive crisis concurrentes y superpuestas, en pleno proceso de acomodamiento de sus fuerzas sociales y políticas. Al observar el panorama de las instituciones colombianas en la hora que corre, es fácil recordar la frase de Borges cuando calificaba al vivir como *esa gran confusión*.

Corresponde a los centros del saber, y a quienes en ellos actúan, intentar análisis que aporten clarificaciones conceptuales, y generar los elementos básicos para la construcción de estructuras pertinentes al desarrollo de las complejas realidades sociales.

### **LA DICOTOMÍA: ESTADO DE DERECHO - ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El texto constitucional de 1991 hizo una opción política llena de efectos en la teoría del Estado colombiano, en el perfil de nuestras instituciones y en la propia composición de la nacionalidad, al definir en el artículo 1° de la Constitución al país como un *Estado social de derecho*.

### **Alcance de las expresiones Estado de derecho y Estado social de derecho. Campo de tensiones antiguas y nuevas**

La reflexión sobre el alcance de las expresiones propuestas excede con mucho el ámbito jurídico y pertenece al terreno de la política (en el sentido prístino del término, como el estudio de las cosas que más convienen al gobierno de los pueblos) y al de la sociología. Implicará revisar los fundamentos filosóficos del Estado demoliberal, en abstracto, como una entelequia que ha alimentado durante siglos la institucionalidad universal, y que en el caso colombiano nos llevará prontamente a reflexionar sobre las normas de reciente vigencia, para saber si contribuyen o no al logro del *Estado social de derecho*, *desideratum* de nuestra Carta Política de 1991, y norte ineludible de toda inquietud intelectual sobre el quehacer del Estado.

El constituyente de 1991 varió la denominación básica de la organización estatal y del tradicional *Estado de derecho*, viejo de varios siglos; al tenor del mencionado artículo primero de la Carta, proclamó el *Estado social de derecho*. Conviene entonces detenernos a pensar en qué consiste esa variación, y si tiene efectos reales en la organización y funcionamiento del aparato estatal. O si, por el contrario, no pasa de ser una muestra del desbordamiento de la exuberancia tropical, de la cual tan buenas muestras ha dado el alma nacional.

La propia Corte Constitucional, en los albores de su jurisprudencia, señaló las justas proporciones de la cuestión, cuando en sentencia T-406 de 5 de junio de 1992, con ponencia del H. M. Ciro Angarita Barón, proferida en sede de tutela, señaló: "*Lo primero que debe ser advertido es que el término 'social', ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendida como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado*".

La cuestión, entonces, no es de poca monta, puesto que atañe claramente al núcleo de la institucionalidad colombiana, fundada a inicios del siglo XIX sobre la base de los dogmas que inspiraron las revoluciones americana y francesa. Uno de tales dogmas es la calificación del Estado, como *de derecho*.

Corresponde a su estructura básica la sujeción de las autoridades públicas a las leyes, entendidas según la clásica formulación de San-

to Tomás, como la "Ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada solemnemente por quien cuida la comunidad".

El texto constitucional, de manera reiterada, concreta este principio. Es del caso relieves dos normas cardinales al respecto: los artículos 4° y 6°, que en su orden establecen la primacía de la Constitución y la sujeción del orden jurídico a sus postulados, y el carácter reglado de la actuación de los agentes públicos, medida no sólo de sus competencias, sino de sus responsabilidades. Vale la pena recordar que se ha visto en el artículo 4° de la Carta Fundamental, una suerte de profesión de fe de nuestro constituyente en el credo de la teoría pura del derecho, vale decir, en la kelseniana.

Tenemos, entonces, una organización estatal sujeta a las normas que se expiden para regular su actuación, encargada de cumplir y hacer cumplir las leyes. Cabe preguntar entonces, ¿qué añade el término *social* a la denominación de nuestro Estado, para que no se convierta en la pretendida superflua muletilla de que hablara la Corte Constitucional?

El abogado Ramón Eduardo Madriñán Rivera escogió esta pregunta para realizar su tesis de grado en la Universidad Javeriana, obra en la cual, tras recordarnos la larga tradición de los términos correspondientes en la teoría política de Occidente, sin omitir la apropiación que del término *social* hizo una forma de poder nacida, florecida y acaso marchita en el siglo XX, termina caracterizándola como el principio nuclear del ordenamiento en relación con principios, valores y derechos fundamentales. Caracterizar a un Estado como *social de derecho*, lejos de ser un adorno en el título de la república, significa una decisión política, cargada de consecuencias inmediatas para la sociedad y especialmente para el Estado (Ramón Eduardo Madriñán R., *El Estado social de derecho*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997).

Es del caso referir una de tales consecuencias, que atañe al estudio de la hermenéutica jurídica, y que es la inmediatez en la aplicación del texto constitucional, más precisamente en lo concerniente con los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en la Carta para los ciudadanos. Durante la vigencia de la Carta de 1886 los textos constitucionales no se entendían reguladores de la conducta y

de las relaciones de las personas en forma inmediata y efectiva, sino que siempre necesitaron la mediación de la ley. Todo principio constitucional debía ser desarrollado por la ley para tener vigencia y fuerza ejecutoria.

Al respecto, la Corte Constitucional fijó en el fallo antes mencionado un principio ampliamente ilustrativo de lo que significa la expresión de la cual nos ocupamos. Señala al respecto:

*“...el dilema que se impone es el siguiente: ante la falta de intervención legislativa que desarrolle los derechos de prestación del capítulo segundo, título segundo de la Constitución, ¿debe el juez permanecer a la espera de que se produzca dicho desarrollo, y en tal caso, considerar los textos que consagran tales derechos como desprovistos de fuerza normativa, o por el contrario, debe el juez definir el contenido de tales derechos, anticipándose al legislador y aplicándolos de manera directa a partir del propio texto constitucional?... La Constitución es una norma jurídica del presente y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa... Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo, título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia, pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos en ausencia de la ley” (Corte Constitucional, sentencia antes citada).*

No está de más, y para lograr un panorama completo del marco ideológico-histórico en que se mueve esta parte de la disertación, que la fórmula del Estado de derecho aparece como la resultante de siglos de evolución, que llega a su madurez en la filosofía europea de los siglos XVII y XVIII, y que produce sus frutos sazonados en las revoluciones y refaccionamientos de los Estados y las sociedades durante el siglo XIX.

El ideario que sostiene este Estado reclamó para sí, con vehemencia, la calificación de *racionalista*, pero también la característica de *moderno*. La Revolución Francesa estigmatizó toda una larga y compleja época de la historia institucional que le precedió, con el nombre de

*Ancien Régime*, como término de contraste con el nuevo orden revolucionario. (Al respecto es ilustrativo el trabajo denominado "Los fundamentos históricos del derecho administrativo en Francia y en Alemania", de José Eugenio Soriano García, *Temas de Derecho Público*, N° 35, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994). A las instituciones basadas en la sumisión del tercer Estado a la nobleza y al clero, y de todos a la figura cuasidivina del monarca, se sustituye la figura del individuo, que nace igual a los demás ante la ley, y que es depositario de unos derechos que andando el tiempo se llamarán de primera generación.

Las ciencias, por su parte, vivieron en forma concomitante su propia revolución, al dotarse de estatutos básicos fundados en la razón, circunstancia que permea también al derecho, y especialmente al derecho procedimental, que comienza a abandonar el expediente de recurrir a medios probatorios suprasensoriales, no fenoménicos, de rai-gambre religiosa, para entregar los resultados de los procesos a la balanza de las tarifas probatorias, puestas en manos de magistrados formados en el derecho positivo, conocedores y aplicadores de la ley positiva, y pronunciantes de sentencias en derecho, no en justicia.

En el terreno de la teoría política, ausente el soberano de derecho divino, otrora sacralizado hasta alimentar el mito de curar a los viandantes, es sustituido por otro mito: la soberanía que reside en el pueblo, quien la ejerce por medio de la democracia representativa, expresión de la voluntad general rousseauiana.

Es de este ideario de donde deriva la larga tradición del derecho público occidental (más propiamente deberíamos decir, del sistema romano-germánico, siguiendo la clásica obra del profesor David René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Editorial Aguilar, Madrid, 1973). El derecho público así entendido, conformaría un sistema coherente de normas que regulan la actividad del Estado en general y de sus órganos en particular, y de las relaciones de éstos con los ciudadanos, que han tomado la connotación de *súbditos*.

En esta ecuación político-jurídica, el derecho público es la expresión de la *potestas* que ejerce el Estado, y de la cual surge el derecho administrativo como expresión del carácter inegalitario del aparato estatal frente al ciudadano. Es el derecho de lo excepcional, el intento de regular el ejercicio del poder político mediante el derecho. Está allí

expresada la tensión fundamental de nuestra disciplina: ejercicio del poder público vs. principio de legalidad.

Norberto Bobbio, en su obra *Estado, gobierno y sociedad* (Breviarios del Fondo de Cultura Económica de México, 1ª reimpresión, Colombia, 1997), aborda varias veces el tema, desde la perspectiva del conjunto de las instituciones, para marcar una diferencia o contraste entre democracia política y democracia social (pp. 218 y ss.). El mencionado autor señala que *"si se debe hablar hoy de un desarrollo de la democracia, éste no consiste tanto, como frecuentemente se dice por error, en la sustitución de la democracia representativa por la democracia directa (sustitución que de hecho es imposible en las grandes organizaciones), sino en el paso de la democracia en la esfera política, es decir, en la esfera en la que el individuo es tomado en consideración como ciudadano, a la democracia en la esfera social, en la cual el individuo es tomado en cuenta en la multiplicidad de sus estatus... En otras palabras, en la ampliación de las formas de poder ascendente que había ocupado hasta ahora casi exclusivamente el campo de la gran sociedad política, al campo de la sociedad civil en sus diversas articulaciones, desde la escuela hasta la fábrica"*. El apartado correspondiente de la obra a la cual hago referencia, termina con la verificación de la existencia de un verdadero indicador de avance democrático, expresado en la pregunta, no de *¿quién vota?*, que correspondería más a los desarrollos políticos del siglo XIX y buena parte del XX, sino a los contenidos sociales que hoy por hoy se exigen a las organizaciones estatales, contenido en el interrogante: *¿dónde vota?*, como expresión de la apertura al ciudadano de espacios tradicionalmente reservados a los factores que incidían en el devenir político de las sociedades.

Hemos mencionado en el acápite que el asunto del cual nos ocupamos es un campo fértil en tensiones. En consecuencia, cabe mencionar algunos aspectos conflictuales que expresan bien estas tensas relaciones. En la actividad contractual del Estado, los regímenes especiales no logran desplazar el gran telón de fondo normativo compuesto por las normas tradicionales romanas que señalan el carácter sinalagmático de los contratos, y la intangibilidad de las estipulaciones libremente pactadas. Ahora bien, el principio del ejercicio del poder público impone estipulaciones exorbitantes a favor de la administración, que hacen del contrato estatal una relación *sui generis*, en la cual el principio de igualdad de las partes ante las obligaciones es apenas parcialmente valedero.

Igual tensión se pone de manifiesto en el estatuto de los servidores públicos. Los enormes y vacilantes esfuerzos hechos por las democracias occidentales para profesionalizar sus cuadros burocráticos, y en últimas asegurar una cierta *asepsis* en el ejercicio de las funciones públicas, se manifiesta en los regímenes de carrera administrativa que, sin embargo, tienen que compartir el espacio con los cargos de responsabilidad política y de direccionamiento gerencial, en los cuales cuenta mucho el estatuto de la confianza, en últimas, el ejercicio de las potestades unilaterales del Estado.

Aun otro campo de expresión de la tensión mencionada: la actuación de los ciudadanos frente a las autoridades. Los viejos principios de la actuación administrativa ya contemplados en el Código Contencioso-Administrativo de 1984 pasaron a "constitucionalizarse" en el artículo 209 de la Carta Política, y fueron garantizados adicionalmente con los mecanismos de preferencia como la acción de tutela, la de cumplimiento y las acciones populares o de grupo. Si esto fuera poco, se promulga el cada vez más complejo estatuto antitrámites, y el atomizado estatuto de la participación ciudadana completa este cuadro idealmente garantista. La tensión entre el poder estatal unilateral e irresistible y la sumisión del Estado al derecho parece conservarse.

### ***Formación y estructura de la expresión Estado social de derecho***

La expresión *Estado social de derecho* aparece en la *Grundgesetz* alemana de 1949, como significante del Estado con configuración social; el que se ocupa de específicas situaciones de urgencia social, relacionadas casi directamente con la seguridad social, en las cuales interviene con el fin de corregir desigualdades (*Perspectivas del derecho administrativo para el próximo milenio*, Alfonso Luciano Parejo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998).

Pero el concepto está muy lejos de ser unívoco, y muy por el contrario, la teoría alemana evidencia por lo menos cuatro sentidos posibles y acaso no concurrentes, debidamente referenciados en la obra citada:

- *El Estado social* como expresión descriptiva o resumen del conjunto de acciones públicas de intervención.
- *El Estado social* como estado o situación de bienestar, que por de-

más corresponde a la idea política del *welfare state*.

- *El Estado social* como política social y sistema de seguridad social.
- *El Estado social* como función, mandato de orden constitucional sustantivo, relativo al orden social.

No obstante lo anterior, esa disección de los términos deja por lo menos dos aspectos claros:

- La idea de *Estado social* conlleva la referencia a una imbricación y compromiso social del Estado.
- La caracterización del *Estado social*, más que por su naturaleza, según lo ordenaba la técnica de las definiciones heredada de la lógica aristotélico-tomista, por sus fines y por la consecución y conservación de resultados socialmente relevantes.

La disputa teórica al respecto es bien indicativa, y a su exposición se dedica alguna parte del escrito que acabo de mencionar.

Una corriente expresada por Ipsen, señala que la fórmula del Estado social de derecho versa sobre el contenido concreto del derecho, y está compuesta del compromiso del Estado en la configuración del orden social, lo cual implica de inmediato una nueva dimensión del Estado desde los derechos fundamentales.

Por su parte la otra corriente, caracterizada por W. Grewe, afirma sin ambages que la fórmula de Estado social de derecho es vacía, carente de sustancia y de sentido.

El Congreso de profesores de derecho público celebrado en Bonn en 1953, habría sido el gran día de las tesis contrapuestas. Forsthoff expresó la teoría de la diversa naturaleza del Estado social y del Estado de derecho, siendo el primero de raigambre legal y administrativa, y el segundo, de naturaleza constitucional.

No pretende este escrito referir la ya larga disputa sobre los alcances de la expresión, por lo cual se referirá en seguida una suerte de "Estado del arte" en esta materia:

En la época actual parece haber consenso en algunos alcances de la expresión Estado social de derecho, que podrían expresarse así:

- La definición constitucional del Estado se da en razón de un conjunto de principios estructurales entre los cuales no hay jerarquía.
- La igualdad de principios propios del Estado de derecho y del Estado social genera un campo de tensión, de antagonismo y contradicción, cuya solución es el reto del nuevo Estado, con perfiles aún por definirse.
- El fundamento del nuevo Estado social no será unívoco y estático, sino pluralista y abierto, con base en una doble dimensión:

1. Vinculación social del Estado (*Sozialpflichtigkeit*).

2. Referencia social de los derechos fundamentales, entendida como la garantía para todos los individuos, de disfrutar de una medida más o menos igual de libertad.

Pero desde el punto de vista de la teoría, el Estado actual es confuso. En su reciente obra *Principios de derecho público económico*, el profesor Gaspar Ariño Ortiz (Editorial Comares, Granada, 1999), al ocuparse del tema menciona sin matices que “...todo esto está hoy en crisis, no porque el derecho se haya impuesto al Estado social, sino porque el Estado social está en quiebra: no puede pagar sus compromisos. También en quiebra conceptual, de sus pensadores y teóricos” (p. 103).

La visión desalentadora del autor sobre los lineamientos del Estado, tanto del de derecho como del social, le hace derivar, quizá acorde con su lectura marcadamente economicista de las instituciones estatales, hacia la identificación de tendencias nuevas en la estructura del Estado, que en la literatura inglesa denominan *Market testing*, que básicamente asigna al Estado la potestad reguladora, ejercida de acuerdo con modernas técnicas, sobre la base de resguardar para el ciudadano la potestad de elegir sus prestadores de servicios. De esta manera, se adelanta en el pulimiento de la enseñanza: solidaridad social y subsidiariedad estatal (Gaspar, *op. cit.*, pp. 110 y ss.)

### **CRISIS DEL ESTADO Y CRISIS DEL DERECHO**

Puesto que los campos problemáticos antes mencionados pertenecen a otro más amplio dentro de las ciencias sociales, necesario resulta hacer una corta y puntual referencia a la llamada crisis del Estado y a una de sus manifestaciones, la crisis del derecho. Pero, como en todos los campos, es necesario precisar qué se entiende por crisis.

Alguna ideología ha señalado que la crisis del Estado es sinónimo de su superación como forma social, y allí se esconde el mito del hombre viviendo en el estado de naturaleza, una suerte de *Arcadia* política. Otros podrían desear que la llamada crisis del Estado signifique su desaparición, su destrucción.

Pero aparece la visión dialógica de esta realidad, que quiere ver el fenómeno como un estadio de transición entre una forma que acaso dio sus frutos, pero que requiere de nuevos paradigmas para reforzar su pertinencia como ordenador de la vida social.

No es del caso mencionar el detalle de los elementos que expresan en el ideario contemporáneo la crisis del Estado: irrelevancia de las formas de representación popular, abandono de nociones cardinales como la soberanía, desarraigo de formas estatales a favor de formas paraestatales o claramente no gubernamentales, etc.

Este complejo campo problemático se observa en la realidad colombiana, debidamente complementado con fenómenos que si bien no son únicamente producto nacional, sino vicios de todas las sociedades, en nuestra realidad toman visos dramáticos: los problemas sociales y, en últimas, el problema de la exclusión. La deslegitimación de las instituciones, y por supuesto, el surgimiento de núcleos de poder distintos del Estado, que le disputan *de facto* amplias franjas del territorio.

El campo problemático que acabo de enunciar, excede en mucho el propósito de este escrito, para el cual solamente fijaré la atención en la llamada crisis de las instituciones estatales, especialmente de la justicia, y más precisamente, de la ley.

Con el título *Crisis del Estado*, la Editorial Fontanella, de Barcelona, publicó en 1977 un volumen en el cual, bajo la batuta de Nicos Poulantzas, se recogieron escritos de diversos y connotados académicos y políticos sobre el gran tema enunciado.

Las cuatro partes del mismo se dedican sucesivamente a expresar el alcance del fenómeno, desde sus elementos de análisis, su interacción con la crisis económica, la de la sociedad, y las relaciones internacionales. En el tercer acápite, es decir, el que dedica a analizar las crisis del Estado y la de la sociedad, el magistrado Dominique Charvet se ocupa de la de la ley.

Tras señalar que salvo el Bajo Imperio romano, ninguna época ha sido más jurídica que la nuestra, pone en evidencia la insuficiencia creciente de esas formas normativas para aportar verdaderas soluciones a los problemas de las sociedades contemporáneas. Evidencia la creciente brecha entre la generalidad totalizante de estatutos modelo como el Código Civil, y la eclosión de particularismos que reclaman estatutos particulares, surgidos como respuesta a problemas locales o de segmentaciones sociales, y que se expiden a veces consultando técnicas no sólo disímiles, sino acaso contradictorias.

El problema de la pertinencia del derecho, de su impacto real como ordenador de la vida social, es el núcleo de la actual disputa entre iusfilósofos acerca del papel del juez, como creador o decidor del derecho. La jurisprudencia colombiana, a impulso de algunos fallos de la H. Corte Constitucional, y de varias decisiones de tutela, no ha sido ajena a este conflicto, del cual, por supuesto, falta mucho por observar.

El autor que se comenta menciona una intervención emblemática del presidente de Francia, Giscard d'Estaing, quien al inaugurar solemnemente el Tribunal de Cuentas en 1975, señaló: *"En la sociedad más libre, más instruida, más homogénea, más responsable que la nuestra, el juez, menos todavía que en otro tiempo, no puede contentarse con la autoridad que le da la ley, para imponer su decisión. También debe hacerla comprender y, en la medida de lo posible, aceptar por el cuerpo social y, en definitiva, por el propio justiciable"* (op. cit., p. 296).

No dudo en afirmar que el requerimiento del presidente francés hacia las decisiones de los jueces resulta de recibo frente a las normas que regulan la actividad de la administración, es decir, respecto del derecho administrativo moderno.

Muchos documentos, estudios e investigaciones, ha producido el tema de la crisis del Estado, en todas las latitudes. La verificación de tal realidad ha llevado a que forme parte de las agendas nacionales e internacionales, tal como se puede constatar al revisar el ideario de cualquier campaña electoral en todos los niveles de la vida pública.

El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, cuya misión es la de colaborar con la difusión y el debate de las ideas y las prácticas sobre la reforma del Estado, presentó al III Congreso Internacional sobre Reforma del Estado y de la Administra-

ción Pública, celebrado en Madrid del 14 al 17 de octubre de 1998, el documento denominado "Nueva gerencia pública: ¿qué tomar y qué dejar?" (*Revista del CLAD*, N° 13).

Llama la atención de este documento la contundencia con la cual se desecha el recurso a los dogmas o modas en este campo de la reforma del Estado, para recomendar en su lugar un enfoque pragmático, que implica la construcción del llamado *new public management* considerando las circunstancias nacionales y locales, y tomando en cuenta la diversidad organizacional en el interior de cada país. Esta recomendación, que es la primera de las cinco que aparecen en las conclusiones del mencionado documento, contiene en el caso de las instituciones colombianas un desafío particularmente grande, habida cuenta del momento histórico convulsionado de nuestra sociedad, y de la tendencia atávica a una desbordada mimesis institucional. Necesario es realizar un esfuerzo serio de imaginación conjunta, que nos lleve a la superación del estado de crisis de nuestra nación, mediante la adopción de instituciones acordes con nuestra historia, pero también adecuadas para una solvente presencia de nuestros ciudadanos en el mundo moderno.

El conjunto de principios que inspiran documentos como el anteriormente señalado, expresa otro campo de tensiones generado por el movimiento modernizador, y que atañe al derecho administrativo:

En artículo publicado en la *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, de la Universidad del Rosario, N° 2, Bogotá, mayo de 1999, el doctor William Zambrano C. se ocupó del tema en un artículo titulado "Panorama reciente de los principios generales del derecho administrativo francés".

El autor parte de la constatación de la crisis que afecta al derecho administrativo, y recuerda que el profesor Gerard Marcou señala tres elementos que afectan la disciplina: un clima ideológico dominado por el neoliberalismo, la globalización e integración económica que reduce los márgenes del intervencionismo clásico, y el hecho de que el juez administrativo ya no sea en su campo el único juez supremo. De manera sistemática el autor avanza en la exposición de dos vertientes de análisis, bajo sendas denominaciones: los principios de permanencia y los de adaptación. Engloba en los primeros tres formulaciones ampliamente conocidas por quienes cultivan la disciplina, a saber: la sumisión de la administración al derecho o el for-

talecimiento del principio de legalidad, la dualidad jurisdiccional, y la especificidad del derecho administrativo. A los segundos señala tres paradigmas especialmente fértiles en desarrollos prácticos, así: la descentración del poder, la apertura, y la renovación del servicio público por la competencia.

Puede pensarse que en el marco de la experiencia contemporánea del derecho administrativo francés en la cual nos ilustra el autor mencionado, subyace un mensaje de integración entre los principios clásicos antiguos, largamente aclimatados en muchas de nuestras instituciones, debidamente puestos al día como parte de los procesos de modernización, para que expresen y respondan a las complejas realidades de la sociedad que pretenden regular.

Se plantea de esta manera el tema de saber qué papel le corresponde jugar al derecho y concretamente al derecho administrativo en los procesos de modernización del Estado.

Al respecto cabe mencionar que en el documento denominado "Nueva gestión pública para América Latina", preparado por el Consejo Científico del CLAD y adoptado por el Consejo Directivo el 14 de octubre de 1998, se evidencia que pertenece a la tradición iberoamericana hacer de las reformas del Estado la creación de un extenso y detallado muestrario de reglas jurídicas, cuyos resultados han sido perversos, puesto que han llevado a la creación de un derecho administrativo extremadamente rígido, que obstaculiza la flexibilización de la administración pública.

En el mismo sentido debe hacerse referencia al escrito de Joan Prats Català denominado "Derecho y *management* en las administraciones públicas", aparecido en *Ekonomiaz*, N° 26, 2º cuatrimestre, 1993, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz. El autor llama la atención sobre la mutua influencia de los fenómenos del *management* público y del derecho administrativo, de los cuales señala se encuentran en relaciones no muy bien avenidas, pero de ineludible ejecución.

En la crisis que afecta a una y otra realidad pareciera, a juicio del autor, que el avance ha sido superior en el campo de la gestión pública, no sólo en el aspecto teórico, sino en el desarrollo de mecanismos, esquemas operativos, sistemas y soluciones a complejos problemas

del manejo del Estado, o mejor, de las administraciones públicas (en plural, como se estila en el medio español, para significar una realidad sociopolítica).

El autor evidencia tres hipótesis de trabajo para adelantar un nuevo acuerdo entre las dos realidades mencionadas: 1) *“Derecho y management, racionalidad legal y racionalidad gerencial de las administraciones públicas, no sólo no son antinómicos, sino que se implican y superponen mutuamente, como consecuencia de la asunción por ambos de unos mismos supuestos, valores, problemas y métodos”*. 2) *“Tanto el paradigma tradicional del derecho administrativo como del management se hallan en crisis, aunque la renovación del paradigma gerencial vaya por delante”,* y 3) *“La renovación del management público, por un lado, y la del derecho administrativo, por otro, está sentando las bases claras y precisas (valores, supuestos, problemas y métodos) para una interacción fecunda, tanto a nivel académico como de la práctica profesional de la dirección pública”*. El desarrollo secuencial obvio de esta interesante visión de los fenómenos mencionados, es la formulación de las líneas en las cuales debería avanzar esa reformulación de paradigmas.

Es esta tendencia flexibilizante la que ha llevado a hablar de un derecho neomoderno, que se presenta como una alternativa al derecho moderno (o clásico), y que no teme presentarse como la antítesis, o por lo menos como la alternativa de las características del derecho clásico, esto es, la pretendida generalidad, objetividad y coherencia. Por contraposición, esta tendencia afirma que el derecho en la época actual (que no se quiere llamar postmoderna, sino neomoderna), debe construir su propio derecho, que en principio tendría características como la flexibilidad, una cierta indefinición, y por supuesto, una marcada complejidad inter e intrasistémica. Al respecto es de marcado interés la obra denominada *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, escrito por Charles-Albert Morand, y publicada por la LGD[, París, 1999.

No debe pasar inadvertido que la nueva visión que se propone para el derecho, surge como una alternativa a la caracterización de la normatividad clásica, o moderna, que respondía a calificaciones de la norma jurídica del siguiente tenor: derecho general y abstracto, jerarquizado, concebido sobre la base de la división entre derecho público y privado y según el principio de la separación de poderes, carente de finalidades particularizantes y con pretensión sistémica.

Estas visiones del derecho, en buena forma enfrentadas, y que corresponden a visiones filosóficas diferentes del Estado y aun de la sociedad, influyen sin duda alguna en el papel que se asigne al derecho en los procesos de modernización de las instituciones.

Parece que entre nosotros el estudio del papel del derecho como instrumento de la modernización en sí mismo, está en ciernes. Se parte de la base de que como herramienta para la expresión de una política, responde a formas suficientemente solidificadas, que no son otras sino las del derecho clásico, y como tal se maneja la producción de normas, con resultados obviamente aleatorios, en razón de lo que el profesor Carnelutti, en el ciclo de conferencias denominado "¿Cómo nace el derecho?", mencionaba como la obra de obreros calificados y no calificados (Editorial Temis, Bogotá, *Monografías*, N° 54, 1997).

El papel de la norma jurídica como expresión del poder público para dar la estructura al Estado o reformarla en un momento dado, es tema que puede quedar planteado como susceptible de estudio, correspondiéndole al campo de la política legislativa y de la técnica jurídica. (Sobre este último tema es interesante el estudio monográfico de Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Ed. Civitas, Madrid, 1997).

En resumen, como resultado de la crisis del Estado en su conjunto, como expresión de la crisis de la sociedad, también el derecho tiene su propia crisis, que afecta al derecho administrativo como manifestación de formas políticas que no acaban de definirse, y como técnicas de gestión en estado de transformación.

En este sentido, surge un nuevo campo problemático y de estudio en cuanto a la modernización del Estado y de sus instituciones, que es el de saber cuál es el papel del derecho en los procesos de reforma y adecuación del aparato estatal a los requerimientos sociales y políticos. Este tema se deja simplemente enunciado, como corresponde al carácter de seminario en cuyo entorno se produce este escrito.

### **MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

La modernización del Estado se inscribe, pues, en el campo de una de las grandes dicotomías de las ciencias sociales: tradición-modernidad, en la cual hay siempre un contenido político, de donde surge el

carácter variable de las decisiones que al respecto tome una sociedad en un momento determinado.

El profesor mexicano Omar Guerrero, en su obra *El Estado en la era de la modernización* (Ed. Plaza y Janés, México, 1992), sostiene el carácter claramente político de los procesos de modernización del Estado, en cuya lógica es del caso destacar tres elementos que son comunes a tales procesos:

1. Búsqueda de una ampliación de la participación ciudadana
2. Desarrollo político como índice de la capacidad del sistema político
3. Racionalización de los procesos administrativos.

De más está mencionar que él recuerda muy precisamente que la expresión *desarrollo político* es de contenido variable, según cada país y cada momento.

Allí surge una nueva tensión o dicotomía entre la dinámica del desarrollo político, por una parte, que implica una suerte de *mouvement perpetuel* de las formas organizativas de la sociedad, entre ellas el Estado; y por la otra, el deseo, tendencia y necesidad de crear instituciones que, de acuerdo con la clásica definición de Cicerón en su tratado *La república*, son el símbolo de la estabilidad, la regularidad y la permanencia.

En este contexto, la modernización es un fenómeno múltiple, que busca poner en duda las instituciones, hacer su juicio, y proceder, de acuerdo con una ideología y la política pública correspondiente, a cambiar, suprimir y crear nuevas formas organizativas, que a su vez, tendrán por meta convertirse en instituciones, para renovar el ciclo de cambio y permanencia que parece ser la constante de las sociedades humanas.

Pero los procesos de modernización son únicos y abiertos. No se pueden aplicar fórmulas o lugares comunes, puesto que los procesos sociales al interior de cada sociedad son irrepetibles. Por supuesto, el estudio comparado de las instituciones y de la historia, arroja elementos indicativos de señalada importancia, para lo cual son especialmente útiles los expertos "modernólogos". Pero es necesario estar en guardia respecto del transplante puro y simple de instituciones entre realidades diversas. Esta misma advertencia debe hacerse extensiva a las normas jurídicas. Con frecuencia se critican reformas de

estatutos normativos que se han limitado a transplantar estatutos foráneos, y que a la vuelta de muy poco tiempo se revelan inadecuados a las realidades diversas que pretenden regular.

### **UNA BREVE REFERENCIA HISTÓRICA**

Cuando se trata sobre las estructuras administrativas que requiere el Estado colombiano para lograr el ideal de Estado social de derecho, se corre el albur de pensar que el tema es producto de nuestro tiempo. Que se nos debe abonar haber pensado la materia, teorizado al respecto; en suma, que es un fruto maduro de nuestro desarrollo intelectual colectivo.

Al respecto resulta ilustrativo, en busca de un adecuado marco de referencia, hacer una alusión histórica concretamente sobre Colombia. (Muchos ejemplos podrían aducirse en la historia universal: piénsese solamente el proceso trascendental de modernización que significó para el Imperio romano la creación de una nueva capital: Constantinopla. Al respecto resulta fascinante la lectura de *Ciudades en marcha*, de Arnold Toynbee, Editorial Aguilar, Madrid, 1983).

En la obra *Manual de historia de Colombia*, tomo I, parte V, un estudio de Jaime Jaramillo Uribe nos apoya en la toma de perspectiva histórica. Al analizar la administración colonial, la caracteriza en los principios de: centralismo, reglamentarismo, intervencionismo consecuencial a las doctrinas que sostenían el absolutismo del rey, base de la monarquía de los Austrias y Borbones y, finalmente, el casuismo, inevitable por una parte, y expresado en la famosa frase "se obedece pero no se cumple".

Estas características del Estado español en las Indias, fueron el efecto de por lo menos cuatro causas que resulta importante resaltar por cuanto en buena parte siguen siendo vigentes en el sistema actual, así sea con variaciones de forma.

El autor antes mencionado las señala así:

- Burocratismo, resultante de la aversión de las clases altas por las ocupaciones llamadas innobles. La consecuencia inmediata fue la ignorancia e ineficiencia de los agentes estatales, dando forma a vicios seculares en el ejercicio de los destinos oficiales, algunos de ellos aún vigentes.

- Concentración de poderes, resultante del carácter unipolar del sistema monárquico, que confundía en la persona del soberano las competencias legislativas, gubernamentales y judiciales. A esto han de añadirse los conflictos de jurisdicción, resueltos de manera casuística, sin referencia a parámetros objetivos. Parece que el cambio de régimen y los largos años de instituciones republicanas han estado cortas en la solución de estas connotaciones, que se tienen como impropias de un sistema político y administrativo moderno.
- Control recíproco de los órganos gubernamentales, fundado en gran medida sobre la mutua desconfianza. Es interesante ver que el debate sobre los organismos de control sigue girando en torno a su número, tamaño y pertinencia.
- Preocupación constante por la lentitud y mala gestión de los agentes públicos. Esta formulación es claramente de recibo en cualquier diagnóstico de las estructuras administrativas de la época actual.

La referencia histórica no quiere significar que la evolución institucional se detuvo en el siglo XVIII o cosa parecida. Expresa una constatación de permanencia en los diagnósticos y en las curas propuestas que nos debe servir a los observadores y estudiosos actuales para relativizar las expectativas sobre el resultado de los modelos propuestos, y sobre la novedad de las técnicas de gobierno y estructuras que más convengan a la organización del Estado.

Es bien sintomático que el movimiento de independencia sorprendiera al aparato estatal de la metrópoli española en pleno proceso de modernización, entendida como la adecuación de las estructuras administrativas a los nuevos y sorprendentes requerimientos de la época. Lastimosamente las reformas fueron extemporáneas e inadecuadas para cauterizar problemas de legitimidad debidamente aprovechadas por el factor francés, combinación de causas que llegó a afectar la base misma del sistema, es decir, la línea de sucesión dinástica, y la legitimidad de las cortes.

#### **MOVIMIENTO PREPARATORIO DE LA CARTA POLÍTICA DE 1991 Y ESTRUCTURAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

La preocupación permanente por la adecuación de las formas organizacionales del Estado a los requerimientos de la sociedad, se expresa de muchas maneras, de las cuales me permito señalar como antecedente de las fórmulas debatidas y algunas de ellas acogidas en el proceso constituyente de 1991, el "Informe final de la comisión

presidencial para la reforma de la administración pública del Estado colombiano", rendido en agosto de 1990 (publicación de la ESAP, 1990).

Creada mediante Decreto N° 1150 de 1989, la comisión sesionó durante algo más de un año, y se apoyó en los conceptos, estudios y sugerencias de consultores expertos. Sus recomendaciones, voluminosas, por supuesto, podrían condensarse en algunos ejes principales, así:

- Productividad social de los recursos públicos.
- Democratización de la administración pública.
- Creación de un esquema de relaciones institucionales para la responsabilidad y la productividad.
- Desarrollo de capacidades de gerencia y administración.
- Fortalecimiento institucional de la Presidencia de la República.
- Condiciones e instrumentos para la implementación de las recomendaciones.

Cada uno de estos ejes resulta especialmente fértil como objeto de estudio y de análisis en la perspectiva de los diez años transcurridos. Muchas de las leyes promulgadas desde entonces, y de las políticas formuladas o puestas en funcionamiento, han tenido como punto de referencia el diagnóstico allí contenido y las estrategias recomendadas.

### ***UNA VISIÓN DE AVANCE, POSTERIOR A LA CARTA POLÍTICA DE 1991***

Dejando de lado el texto constitucional de 1991, sin ignorar su importancia para la estructura del Estado, como que se pretendió reformarla a fondo, y aún refundarla, mediante la creación de nuevas instituciones hasta entonces desconocidas en la organización administrativa colombiana, dedicaré este acápite a referir cómo se observaba el panorama de ajuste a las estructuras administrativas en un reporte gubernamental producido por la Presidencia de la República en 1994.

Quizá el escogimiento de este documento no resulte del todo caprichoso, y se justifique en la medida en que constituye una cierta dación de cuentas del gobierno que para entonces concluía, el cual, además, había sido el motor del cambio constitucional y notable por su voluntad de dar un "revolcón" a las instituciones públicas.

Para el efecto, había contado no sólo con las nuevas instituciones creadas o estructuradas en la Constitución de 1991, sino con las facultades amplias del artículo 20 transitorio de la Carta, en aplicación del cual se desarrolló una verdadera reforma de la administración pública y en alguna manera del Estado, y con leyes que el gobierno supo impulsar en el Congreso, además de la política gubernamental, vigorosa en tal sentido.

El reporte gira alrededor de cinco ejes temáticos, a los cuales me referiré brevemente:

### ***Justicia y convivencia***

Al respecto, se mencionan como puntos de avance para 1994, varias acciones en cuanto a la administración de justicia: organización y puesta en marcha de la Fiscalía General de la Nación, marco normativo para el manejo del orden público, creación de mecanismos de conciliación, puesta en marcha de la autonomía presupuestal y administrativa de la rama judicial mediante la organización del Consejo Superior de la Judicatura, reestructuración del Ministerio de Justicia, y sustanciales mejoras en la remuneración de los servidores públicos de la rama judicial.

También en esta materia se mencionan aspectos como el proceso de paz, con los altibajos que para entonces ya había experimentado, la formulación de la política de orden público y seguridad ciudadana, y la estrategia de acción social, en buena medida expresada institucionalmente por la Red de Solidaridad.

### ***Descentralización y autonomía de las entidades territoriales***

Tema fértil también en desarrollos legales posteriores a la Constitución de 1991, pero al mismo tiempo cantera de ilusiones y a veces de frustraciones en el reordenamiento general del país. Los logros institucionales innegables como la formalización de nuevos departamentos, la consolidación de la figura de los alcaldes y gobernadores elegidos, la organización formal de las zonas de frontera y el avance en la organización de instituciones indígenas y del nuevo régimen del Distrito Capital, aparecen ampliamente matizados por el limitado impacto de muchas de esas medidas, y por la clara y nítida imposibilidad de formular otras, como la propia Ley Orgánica de Ordena-

miento Territorial, que con la promulgación del proyecto de noviembre de 1999 tiene ya por lo menos ocho intentos serios de ser adoptada, sin que hasta el momento se haya avanzado sustancialmente en ese propósito.

En esta área, muchos desarrollos están pendientes de la mencionada ley, de los cuales baste mencionar el régimen de las regiones, visto por algunos como la salida ideal para los conflictos expresos o latentes en materia de territorio.

De vivo interés resulta para el caso el escrito del doctor Jaime Castro, denominado *Descentralizar para pacificar* (Editorial Ariel, Bogotá, 1998).

En este documento el autor parte de la base de que la política local tiene importancia y contenido económico y social. Evidencia una revaluación de las elecciones locales; una renovada fuerza de lo local sobre lo regional; observa la descentralización como un dique o forma de canalizar las reivindicaciones políticas de las regiones y como una forma de lograr el desarrollo social, mediante la erradicación de la pobreza, a través de políticas de salud, educación y agua potable.

El autor se pregunta si la descentralización es el talón de Aquiles de las finanzas públicas, y después de hacer un metódico análisis de las transferencias, los fondos de cofinanciación, el situado fiscal, del cual afirma que es sólo un cambio de pagador, y del Fondo Nacional de Regalías, termina señalando la existencia, para entonces, de una escalada contra las transferencias, que de tener éxito, atentaría contra el proceso de descentralización en su conjunto y a ultranza, contra el verdadero proceso de paz.

Como síntesis de su escrito, el ex constituyente concluye proponiendo que las reformas estructurales de la Constitución de 1991 se complementen con medidas como el fortalecimiento del control, para el cual plantea la posibilidad de auditorías externas, y el verdadero fortalecimiento del control social, del cual afirma que prácticamente no funciona.

Plantea también la necesidad de redefinir el departamento, entidad que debería asumir un rol de planeador y programador, y sólo por excepción sería ejecutor o prestador de servicios. Esta entidad debería tener lugar destacado en el proceso de paz y en la protección de los

derechos humanos. Capítulo aparte es la decisión que haya de tomarse respecto de las asambleas.

En cuanto al reordenamiento del territorio, habla de aldeas rurales como forma organizacional básica para algunas regiones, y la conveniencia de fortalecer las capitales de provincia. Advierte las fallas estructurales de los textos constitucionales sobre regiones y provincias, a lo cual atribuye en buena parte la imposibilidad de proferir la ley de ordenamiento territorial.

Además de compartir en gran medida las inquietudes y propuestas del profesor Castro, resulta ser un gran aporte su escrito no sólo por la claridad de su pensamiento al respecto, sino por ser el resultado de años de probado interés y experiencia en la materia.

### ***Servicios básicos***

El reporte gubernamental que me sirve de guía en esta parte del escrito, evidencia avances en esta materia, en varios frentes, así: servicios públicos domiciliarios, mediante las reglamentaciones e instituciones concretadas en el marco de la Ley 142 de 1994. De este aspecto debería hacer parte tanto la organización y puesta en funcionamiento de las comisiones de regulación, como especialmente la reorganización y transformación de las antiguas y desuetas empresas, todo lo cual conforma un marco para la creación de una nueva cultura ciudadana.

En materia de seguridad social y salud, los puntos focales en materia de estructuras, son las Leyes 60 y 100 de 1993. En este momento se adelanta el debate acerca de la sustentabilidad del modelo puesto en funcionamiento a través de esos instrumentos. Sin duda alguna hay fallas e insuficiencias en la ejecución de las políticas estatales al respecto. Pero es innegable que han significado cambios en la situación anterior, que no era buena básicamente en calidad y cobertura de los servicios correspondientes.

En materia de educación se señalan las Leyes 30 de 1992, 60 de 1993 y 115 de 1994. El análisis de cada uno de estos instrumentos daría para mucho, pero baste señalar que la anhelada reestructuración del Ministerio de Educación y de las entidades del sector para el cumplimiento de los fines definidos en la Constitución, ha sido por demás

tortuosa y lenta. Sin duda han habido avances, pero los logros que la comunidad académica y la sociedad en su conjunto esperan del Estado en estas materias distan mucho de una razonabilidad.

El sistema de vivienda merece un comentario aparte, puesto que está en el centro de la llamada cuestión social. Forma parte del núcleo constitucional de reivindicaciones, que pasan a constituirse en fines del Estado. A las presiones ya señaladas en el texto constitucional, o de pronto como consecuencia de ellas, las instituciones concernidas han tenido que enfrentarse en los últimos meses al complejo panorama planteado por las decisiones de los altos tribunales y especialmente de la H. Corte Constitucional, que prácticamente echó por tierra el sistema vigente desde 1970.

Promulgada la nueva ley de vivienda en el año anterior, el problema dista mucho de estar resuelto, y es dable pensar que continuará siendo por un tiempo fuente de conflictualidad en la vida del Estado colombiano.

### ***Estado y empresa***

El reporte gubernamental básicamente se centra en tres aspectos, así: comercio exterior, en el cual se han hecho ajustes institucionales considerables, aunque es uno de los campos en que se pregunta si se afecta en alguna medida el principio clásico de la soberanía.

El transporte, dentro del marco de la Ley 105 de 1993, además de los ajustes en las instituciones del Estado, se ha buscado dar un manejo adecuado a la refacción del sector, con énfasis en los campos ferroviario y de puertos.

En cuanto a las comunicaciones, baste decir que es uno de los sectores más dinámicos en cuanto a la evolución de los negocios propiamente dichos, a nivel global, lo cual ha impulsado y exigido fuertes cambios institucionales y de estructuras jurídicas, buscando competitividad con pares transfronterizos.

### ***Moralidad y eficiencia de la administración***

Varios puntos se mencionan en este heteróclito tema. Al tiempo que se realiza un esfuerzo por poner en marcha los llamados mecanismos de participación y demás elementos del control ciudadano, se perfeccionan los estudios que ya han permitido promulgar dos estatutos

antitrámites. En materia de función pública, la Ley 443 de 1998 trató de subsanar debilidades de la Ley 27 de 1992, objetivo que logró en parte, aunque al mismo tiempo ha tenido que afrontar con suerte aleatoria los efectos de las varias decisiones jurisprudenciales sobre ella recaídas, y que han causado efectos muy fuertes en el sistema de carrera a todos los niveles.

Sobre control interno y fiscal, a pesar de los esfuerzos denodados por dotarlos de estructuras adecuadas, permanecen siendo víctimas de viejas mañas y corruptelas, sin que hayan logrado erigirse en símbolo de eficiencia y moralidad. En la hora actual, voces autorizadas propugnan por aprovechar coyunturas reformatorias para cambiar su ecuación organizativa y funcional.

Este capítulo debería cerrarse con un comentario sobre las normas y estructuras administrativas atinentes a la contratación estatal. Punto álgido éste dentro de las estructuras y funcionamiento del Estado, no está ausente de uno solo de los múltiples y diarios escándalos de corrupción y aprovechamiento indebido del tesoro público.

La hora actual nuevamente nos ofrece la tramitación de un proyecto de reforma al estatuto contractual de 1993. Independientemente de su razonabilidad, salta a la vista uno de los viciosos procedimientos colombianos, consistente en juridizar los problemas de otra índole. En este caso, es sintomático que el Decreto N° 1962 de 1998, por medio del cual se conformó una comisión revisora de la legislación vigente, señaló que su fin era "...proponer al gobierno nacional los ajustes y modificaciones que considere necesarios para la transparencia en el manejo de los recursos públicos".

Una vez más, se juridiza un problema de otra índole, ético para el caso. No se oculta que el campo de la política legislativa tendrá mucho que aportar al perfeccionamiento de las instituciones contractuales, pero no está de más repetir un axioma largamente probado en las ciencias sociales: con reformas normativas no se va a suplir una carencia de ética y de voluntad de no defraudar a las arcas públicas a través de los instrumentos de contratación.

### **LEY 489 DE 1998: NUEVOS PARADIGMAS EN LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Mediante la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, el Congreso Nacional expidió el Estatuto básico de organización y funcionamiento de la administración pública. Se pretendió con ella modernizar las reglas básicas del aparato estatal, y emblemáticamente se derogaron normas que, nacidas de la reforma constitucional de 1968, eran algo así como el paradigma de la administración nacional.

En escrito publicado como cátedra de grado en la ESAP, el 30 de abril de 1999, el profesor Carlos Ariel Sánchez identificó dos ejes temáticos que dominan la nueva normatividad de la organización administrativa del Estado colombiano: contractualización y democratización. Mediante la primera se introducen principios nuevos para la gerencia pública, que implicarán en el mediano plazo la reformulación de buena parte de la secular teoría de la potestad administrativa unilateral del Estado. En efecto, la administración cada vez es menos autónoma para tomar decisiones por sí y ante sí, obligada como está a consultarlas y a concertarlas. De manera que en el derecho de y para la administración, cada vez es menos la emanación del poder soberano del Estado, y cada vez es más el producto de acuerdos realizados entre los responsables de la cosa pública y las comunidades a cuyo bienestar están dedicados esos agentes.

Resulta paradójal que uno de los polos hacia los cuales mira la moderna normatividad de la gerencia pública sea para las figuras contractuales, justamente cuando la del contrato administrativo ha pasado a ser en muchos de los casos sinónimo de corrupción y defraudación al Estado. No se piense que es asunto de la conflictiva realidad colombiana; es de ocurrencia en todos los países, que requiere un afinamiento de todas las capacidades de quienes nos interesamos por la cosa pública, ya por el ejercicio de responsabilidades estatales, ya por el de la cátedra universitaria o de quehaceres profesionales. Podría pensarse que estamos ante la desalentadora realidad de no haber podido encontrar un cuerpo normativo que regule la actividad contractual del Estado (se proyecta actualmente su reforma, como antes se mencionó), pero al mismo tiempo afrontar la necesidad de ampliar el espectro de formas contractuales, ya para la toma de decisiones administrativas, ya para el ejercicio mismo de funciones otra privativas de los agentes públicos. Es ese uno de los retos del inme-

diato futuro, que no es asunto de abogados o de juristas, sino ante todo de expertos en los asuntos públicos. En efecto, el tema atañe a la ciencia jurídica, pero sobre todo a la gerencia del Estado.

El otro concepto axial de la Ley 489 de 1998 es la democratización como elemento técnico de la gestión estatal, pero sobre todo políticamente legitimador de la acción administrativa. Ampliamente se ocupan los artículos del estatuto, de regular las modalidades y oportunidades para que el ciudadano entre a participar activamente en la toma de decisiones que le afectan, con lo cual desarrolla otro de los principios constitucionales: la participación.

Estos dos ejes sobre los cuales gira todo el engranaje de la Ley 489 de 1998, la contractualización y la democratización, son a su vez contenidos del principio nuclear del Estado social de derecho.

Además de lo anterior, podrían señalarse como logros significativos del estatuto que se comenta, los siguientes:

Es un intento de sistematizar la organización del aparato estatal en el nivel nacional (y aun en el local, según lo señalan algunas de sus normas).

La derogatoria de normas tradicionales, surgidas de la reforma de 1968, debe verse como una muestra del deseo de poner las instituciones organizativas a tono con el texto constitucional de 1991.

El nuevo marco regulador de las funciones presidenciales sobre la administración nacional, ampliamente tocado por el estatuto, ha sido objeto de importantes y acaso dolorosas decisiones por parte de la H. Corte Constitucional. De manera que las nuevas reglamentaciones, proferidas después de la Sentencia C-702 de 1999, tienen una mayor solidez no sólo desde la técnica jurídica, sino como instrumentos normativos pertinentes para la realidad colombiana.

En comentario publicado como editorial N° 28 del periódico especializado *Ámbito Jurídico*, correspondiente a marzo de 1999, referido a la misma Ley 489 de 1998, el doctor William Zambrano identificó claramente el campo antes mencionado del "...alcance e implicaciones de las facultades otorgadas al gobierno, en la medida en que plantean verdaderos interrogantes sobre la manera como el Congreso interpre-

tó la repartición de funciones con el ejecutivo en materia de fijación de criterios y de desarrollo de la facultad de modificar las estructuras administrativas."

La decisión de la H. Corte Constitucional se ocupó del tema de las facultades, pero lastimosamente la definición sobre la cual existía expectativa sólo se dio parcialmente, pues versó sobre los vicios de procedimiento que afectaron la aprobación de las facultades otorgadas por el Congreso al presidente, con lo cual el análisis de fondo a que aludió el comentario periodístico mencionado antes, sólo ocurrió parcialmente.

Aspecto importante del mismo comentario de prensa, que comparto plenamente, es el atinente al contenido jurídico de artículos que más que ordenar o disponer, como corresponde a la naturaleza de las normas jurídicas, contienen elementos de política pública, que son de suyo cambiantes y mutables. Este aspecto, de reiterada aparición en los textos legales colombianos modernos, se constituye en una limitación de los mismos desde el punto de vista técnico, pero tiene efectos en la aplicabilidad de las normas, en su interpretación, que se torna sinuosa y más compleja, y en últimas exacerba eso que Carnelutti en el escrito citado, señalaba como una pandemia social: la litigiosidad.

El estatuto recupera y exalta la gerencia pública. Muchas son las normas que en él se ocupan de dignificar, exaltar y fomentar los esfuerzos personales de los agentes públicos, y de las instituciones como colectivos, en el sentido de hacer más y mejor.

El artículo 38 de la ley y las normas subsiguientes contienen un intento de reorganizar, de redefinir la estructura de la rama ejecutiva del poder público. Voces se han escuchado para señalar insuficiencias en el texto. Sin duda las tiene. Pero aparece como el intento contemporáneo de definir tan importantes asuntos, que sólo con el paso del tiempo y la práctica diaria sobre los textos ahora comentados, se sabrá y tendrá certeza sobre sus real pertinencia y eficacia. Quizás debería señalarse que tanto del texto legal comentado, como de la sentencia C-702 antes aludida, parece haber surgido con toda claridad un campo nuevo de conceptualizaciones en materia de estructuras estatales, que bien podría llamarse *potestad organizativa*, de la cual habrá de definir su alcance y ámbitos en las ramas legislativa y eje-

cutiva, concretamente el presidente de la república. Este análisis forzosamente llevará también a analizar las competencias que directa o indirectamente puedan tener los jueces en esta materia.

Finalmente, aspecto importante del estatuto es la regulación del ejercicio de la función pública por particulares. Los artículos 110 y siguientes de la ley contienen una verdadera revolución, no porque la norma sea novedosa, sino por invertir una ecuación que hasta entonces calificaba el ejercicio de funciones públicas por particulares, excepcional y restringido. Habrá que ver en qué forma se aclimata a la práctica de la gerencia pública colombiana y a la vida diaria de nuestras instituciones, la presencia permanente de los particulares en trance de ejercer funciones hasta ahora privativas de las instituciones públicas.

### **FUNCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCESOS DE MODERNIZACIÓN ENUNCIADOS**

En este momento cabe entonces preguntar qué rol juega la administración pública en su conjunto en el diseño de sus estructuras y además, cómo se generan las normas que la rigen.

No se nos oculta que el gobierno nacional o local que expide una normatividad reformativa de estructuras, es la propia administración. Pero el grueso del aparato administrativo, que es en realidad el que va a llevar a la práctica las políticas y a ejercer las nuevas o renovadas funciones, ¿qué pertenencia real desarrolla respecto de las reformas?

Pareciera relativa, en exceso limitada. Esta consideración, que por supuesto excede el ámbito de lo estrictamente jurídico-formal, puede resultar pertinente por el contenido sociológico que envuelve. La administración no es cosa simplemente de estructuras lógicamente pensadas, y magistralmente expresadas en normas acaso bien redactadas. Es eso, por supuesto, pero es mucho más. Es el diario vivir de las personas que ejercen minuto a minuto el servicio público, y que en últimas son la verdadera cara del Estado que se ofrece al ciudadano al otro lado de la ventanilla.

La crisis de la sociedad colombiana en su conjunto, y de las estructuras estatales en particular, comprendida por supuesto la administra-

ción, presentan al ciudadano una imagen confusa y caótica de ésta. El ciudadano ha llegado a desarrollar reservas inconscientes respecto de la administración, a la cual percibe no como la gran ayuda o soporte en su vida, sino como su contraparte, y acaso como el obstáculo para el logro de los fines sociales.

De más está decir que el ciudadano no la conoce, pero al acercarse a ella la percibe como un universo de complejidad inabarcable, quizás bien expresado en el título de la obra de referencia publicada por Édgar González Salas, con sello editorial de la Universidad Nacional, la Esap y Fescol, denominada gráficamente *El laberinto institucional colombiano 1974-1994*.

Obra pródiga en información sobre las estructuras administrativas y sus progresivos ajustes de acuerdo con políticas cambiantes y legislaciones sucesivas, es un punto de referencia en el análisis concreto de los diferentes sectores de la administración pública colombiana.

Su lectura y la observación del discurrir de la administración invitan a reflexionar acerca del proceso de cambios constantes en las estructuras administrativas, como dinámica correcta en el logro de un Estado moderno, adecuado a los requerimientos de la sociedad a la cual dice servir. No se está lejos de pensar que una cierta estrategia de decantación de instituciones o de intentos institucionalizadores, podrían aportar más al proceso antes mencionado, y por lo menos lo pondrían a salvo de las obvias e inevitables suspicacias que suscitan reformas que no alcanzan a aclimatarse y a probar sus virtudes, cuando ya son reemplazadas por otras nuevas.

Parece que estas reflexiones han llevado a la formulación de una teorización neoinstitucional de las relaciones sociales, que busca redimensionar el papel del Estado frente a fenómenos de carácter político y económico, principalmente. En *La efectividad de las políticas públicas en Colombia* (Eduardo Wiesner Durán, Tercer Mundo - DNP, Bogotá, 1997), se anuncia como un análisis neoinstitucional, que somete a fuerte crítica el llamado modelo neoclásico, y llega a poner en evidencia sus limitaciones.

Especial importancia reviste el mencionado análisis en la medida en que, señaladas las bases conceptuales del modelo que se estudia, y del que se quiere proponer, el mismo autor emprende el examen

concreto de educación primaria y secundaria, medio ambiente, telecomunicaciones, infraestructura de carreteras y sector eléctrico.

Está planteada entonces, la pregunta sobre la efectividad de las políticas públicas, labor que no sólo se ha de limitar a los instrumentos en los cuales se formulan, sino a las estrategias que se ponen en marcha para ejecutarlas. Dos elementos de señalada importancia hay allí que son el núcleo de interés en este escrito: las estructuras administrativas y las normas que las determinan o expresan.

La modesta aspiración de este documento es reforzar la urgente necesidad de plantear en toda su acritud el problema que para el derecho público y para el administrativo en particular, plantean los constantes cambios a que están sometidas las estructuras organizacionales del Estado, y las normas de derecho a las cuales se someten o deben someterse en el ejercicio de sus cometidos constitucionales y legales.

Es precisamente la importante materia sobre la cual versó el comentario formulado por el doctor William Zambrano luego de la exposición oral de este tema en el claustro de la Universidad del Rosario, en el sentido de que la reforma de la administración ya no es solamente lo atinente al cambio de estructuras, o de manuales, o de organigramas, sino que su campo de interés son los fines mismos del proceso de modernización, como expresión de una verdadera reingeniería organizacional, expresada adecuadamente en su escrito "El lenguaje del cambio en la administración pública".

En cuanto al derecho, también está sometido a observación, y se espera de él una evolución para la creación de una nueva estructura de la disciplina, hacia lo que el profesor Darío Botero denomina la *Teoría social del derecho* (Universidad Nacional, Bogotá, 2ª edición, 1997). En este escrito, tras analizar las diferentes escuelas y modelos de derecho, el iusfilósofo concluye que el derecho es un pensamiento regulador y una técnica de ajuste social (Cap. V). Ahora bien, los avances teóricos que se logren en el campo de la epistemología y de la filosofía del derecho deben ser "aterrizados" en normas de derecho positivo, o en costumbres al interior de las organizaciones, que puedan ser interpretadas y desarrolladas por agentes múltiples, de variadas disciplinas, ajenos por entero a la ciencia gerencial o del derecho. Esta prueba de fuego de toda reforma en las estructuras o en las normas, es la prueba de eficacia de las normas del derecho administrativo, reto que debe enfrentar nuestra disciplina en la realidad colombiana.

**A MANERA DE CONCLUSIÓN**

La observación del conjunto de elementos antes enunciados, y de las normas en las cuales se plasmó la reestructuración del Estado del gobierno actual, es un reto para nuestro quehacer académico y profesional. Estas normas son instrumentos de estudio, de trabajo y de mejoramiento del servicio que nos corresponde prestarle al país y a cada uno de nuestros conciudadanos.

La administración pública colombiana está en mora de iniciar una seria reflexión sobre los alcances sociológicos y políticos de su normatividad. Al respecto es del caso mencionar un ensayo escrito por Hernando Valencia Villa en 1987, del cual cursa una segunda edición de 1997, con el nombre *Cartas de batalla*. Consistió en una lectura de nuestros textos constitucionales desde una visión crítica. Tomó el autor las quince constituciones nacionales del siglo XIX y sus 67 enmiendas constitucionales del siglo XX, y las analizó como instrumentos de batalla, de lucha entre fuerzas sociales o políticas que velan por su subsistencia en el panorama nacional. Observó que con las normas que regulan la administración pública sucede algo igual. Cada reforma política es seguida de ajustes en el aparato estatal, administrativo, con el fin de adecuarlo a las nuevas circunstancias. Pero cabe preguntarse: ¿es que el grueso de la administración, quienes dedican su vida a este quehacer, son relevantes a la hora de las reformas? ¿Son consultadas las instancias de estudio y análisis de estas realidades a la hora de realizar las reformas? ¿O el asunto es dejado en manos, acaso de acuciosos científicos de la materia, doctos en teorías pero carentes de conocimientos concretos del diario discorrir de nuestras administraciones, causa segura de equivocaciones?

El análisis del derecho como instrumento de la gerencia pública prácticamente no se ha iniciado entre nosotros. En lo que al Estado se refiere, se ha creído que es asunto de las escuelas de derecho, y parece que, con honrosas y contadas excepciones, no lo han hecho.

El seminario para el cual estas líneas son escritas es un escenario adecuado para poner en circulación un primer e imperfecto repertorio de temas e inquietudes sobre el papel que ha de jugar el derecho, y especialmente el administrativo en el proceso de reinvención del Estado colombiano. Desde los doctos y entendidos hasta el ciudadano común parecen participar de un consenso acerca de la insuficiencia e

impertinencia de muchas, si no todas, las instituciones que actualmente nos rigen. Corolario inmediato es la urgencia de cambiarlas, para adecuarlas a los requerimientos del grupo social. Pero, ¡oh paradojal!: al consenso sobre la necesidad de cambiar, no sigue el más mínimo principio de acuerdo sobre las instituciones que han de ponerse en lugar de las actuales. Es ahí donde surge el campo de acción de quienes hemos decidido dedicarnos al estudio de las cosas públicas. Es a nosotros, obreros calificados, según la frase del profesor Carnelutti en el escrito varias veces citado, a quienes corresponde diseccionar los problemas y aportar soluciones, acaso teóricas, pero de todas formas sólidas para confrontarlas con la realidad, siempre cambiante, siempre caótica.

En este cometido vuelve a aparecer la función demiúrgica del derecho, que durante siglos la cumplió como fuerza ordenadora de la vida social, alegando una legitimidad proveniente de la divinidad o de la mitificación de la norma. El desafío del derecho administrativo en la época actual pareciera ser el cumplimiento de esa misión ordenadora de la sociedad y de la administración, sobre la base de los nuevos paradigmas de los grupos sociales, particularmente el de participación real de los grupos sociales en su propio gobierno. Es posible que una de las claves de ese nuevo mundo jurídico en construcción, sea el abandono paulatino de lo que Bobbio denomina la norma producida *ex parte principis*, y que corresponde a una época, y a un conjunto de ideas políticas, económicas y jurídicas, para asumir la construcción y puesta en vigor de una clase de norma que él mismo denomina *ex parte populi*, expresión del avance y perfeccionamiento de las formas democráticas de manejo de la sociedad, del Estado y de la administración pública.

