

Hacia una reflexión histórica del Derecho Administrativo

JUAN SEBASTIÁN ORTIZ MENDIETA¹

RESUMEN

Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo alemán es una de las tantas obras de RAINER WAHL, quien en su larga trayectoria como profesor y directivo de la Universidad de Friburgo enseñó historia del Derecho Público alemán. La obra representa un cúmulo de conferencias de la Sociedad Jurídica de Berlín, y en palabras del profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, la obra habla expresivamente por sí misma, pues logra condensar las principales sendas evolutivas del Derecho Administrativo alemán desde la promulgación de la Constitución de Bonn. La presente reseña no pretende resumir todas y cada una de las páginas del libro, sino más bien mostrar los principales trazos del autor, haciendo en algunos momentos referencias al Derecho colombiano. Más bien, esta reseña es una invitación abierta a su réplica armonizada en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras clave: Historización; Subjetivización; Constitución Política; Regulación; Riesgo; Privatización; Europeización.

1 Estudiante de Derecho, Universidad Externado de Colombia. Monitor del Departamento de Derecho Administrativo. Correo-e: zebastyano@hotmail.com. Fecha de recepción: 19 de marzo de 2014, Fecha de modificación: 11 de abril de 2014, Fecha de aceptación: 29 de abril de 2014. Para citar el artículo: ORTIZ MENDIETA, JUAN SEBASTIÁN (2014). "Towards a historical study of Administrative Law (Hacia una reflexión histórica del Derecho Administrativo)", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 295-301.

Towards a historical study of Administrative Law

ABSTRACT

The last fifty years of German Administrative Law is one of many works by RAINER WAHL, who during his long career as a professor and director of the University of Freiburg, taught history of German Public Law. The work represents a conclusion of a group of conferences at the Berlin Law Society. In the words of Professor JOSE MARIA RODRIGUEZ DE SANTIAGO, the book speaks for itself expressively, by trying to condense the major evolutionary paths of German Administrative Law since the enactment of the Constitution of Bonn. This review is not intended to summarize each and every page of the book, but rather to show the main lines of the author, and at the same time provide references to Colombian law. Rather, this review is an open invitation to Colombian researchers to harmonize the history of Colombian Administrative Law.

Keywords: Historicizing; Subjectivation; Constitution; Regulation; Risk; Privatization; Europeanization.

“La historia del Derecho vigente se revela como la atmósfera del diálogo con otros ordenamientos, pero, al mismo tiempo, también, como la atmósfera que permite ahondar en el conocimiento propio”. Con esta expresión, el profesor RAINER WAHL resume el espíritu de su obra *Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo alemán* en la que propone un análisis histórico de la evolución del Derecho Administrativo en Alemania desde una perspectiva crítica y no historiográfica, haciendo una fina costura de las que él considera únicas tres fases del Derecho Administrativo alemán de la postguerra.

El texto reseñado tiene como origen una serie de conferencias pronunciadas por WAHL, quien, en calidad de catedrático de Derecho Público y Administrativo de la Universidad de Friburgo y en el marco de la Sociedad Jurídica de Berlín, decidió abordar las notas principales del acorde histórico del Derecho Administrativo alemán a partir de 1949, dividiendo la historia en cuatro partes interdependientes y ancladas en los antecedentes culturales y sociales propios de la sociedad germana.

El profesor WAHL introduce su obra planteándose una pregunta metodológica de suma trascendencia para la cadencia de su libro: ¿para qué una historia del Derecho público vigente? El cuestionamiento cobra importancia en la medida en que define el método que el autor aborda en la redacción de su libro. Sin pretensión de exhaustividad y de un estudio historiográfico del Derecho público alemán, el autor apunta a una *historización del Derecho público*

vigente, es decir, busca encontrar un sentido a los principales hechos dentro de los ámbitos de referencia (especialidades del Derecho Administrativo) (SCHMIDT-ASSMAN, 2003) del Derecho público en general y del Derecho administrativo en particular.

El autor aborda los hechos de un modo instrumental, dirigido siempre a la reflexión de temas actuales y volviendo necesariamente a la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) como idea absoluta y rectora de todo el Derecho. Desde este punto de vista, el texto tiene un alto talante hegeliano, pues aborda el Derecho positivo público alemán desde la importancia de Ley de Bonn como idea totalizadora y batuta de la evolución jurídica.

Ahora bien, en lo que a nosotros nos interesa de manera particular, el profesor alemán propone un método de análisis del Derecho que bien puede aplicarse de manera transversal al estudio de otros ordenamientos jurídicos, como el colombiano, pues el mismo parte de su denominada *historización*, ya referenciada, para explicar el porqué de las características y ropajes del Derecho público alemán y terminar afirmando el diálogo del mismo derecho con otros ordenamientos, ciencias y técnicas.

FASE FUNDACIONAL: ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES

RAINER WAHL (2013: 32) decide iniciar su propuesta evolutiva partiendo de la Ley Fundamental de 1949 como eje temporal e intelectual. Apoyado en esta, evidencia tres características estructurales del derecho administrativo alemán de la posguerra que marcarán el nacimiento de una primera fase y asentarán el material de reflexión de las facetas sucesivas.

Un primer rasgo destacado por el autor consiste en la determinación de la Constitución como centro del ordenamiento jurídico. Ciertamente, afirma WAHL, la Constitución de Bonn en Alemania no produjo una "hora cero" del Derecho germánico. En este orden de ideas, no puede hablarse de la desaparición del Derecho público anterior a la guerra y de la consecuente instalación de un Derecho totalmente ajeno a antecedentes históricos y culturales de la sociedad alemana. Al contrario, la Constitución de Bonn debe entenderse como un repensamiento y reflexión de derechos, libertades que ya existían con anterioridad a la guerra y por las afugias y egos de la misma, fueron suspendidos.

El autor concreta esta primera característica bajo la premisa de la dependencia constitucional del Derecho legal, y más exactamente, en la visión del Derecho Administrativo como un *Derecho constitucional concretado* (VERDÚ, 1982), en donde los contenidos amplios de la Carta Política adquieren practicidad y vigencia en la vida cotidiana de los administrados.

Una segunda particularidad de esta primera fase formadora del Derecho Administrativo alemán es lo que el texto denomina *la imagen del hombre tras la subjetividad jurídica*. Desde luego este concepto está íntimamente relacionado

con lo anterior, pues propone una imagen constitucional del hombre, a partir de la cual los derechos fundamentales contenidos en la Constitución forjarían un nuevo sujeto jurídico que abanderó una nueva idea de Derecho racional y de ilustración en el marco de la filosofía política del Derecho alemán de la posguerra.

Para el profesor WAHL (2013: 41), esta revisión del papel del hombre dentro del Derecho público constituye un verdadero giro copernicano, en donde al *viejo Derecho* se le introduce una nueva semilla individualista y antropocentrista en la que el Estado simplemente se emplaza como un medio y no un fin en sí mismo, y el hombre deja de ser instrumento del rey para pasar a ser sujeto prevalente del ordenamiento. Dicha visión humanista marcó en Alemania la fobia hacia a los márgenes subjetivos de configuración de la administración, y fortaleció un control efectivo a los actos de la administración y a la tutela judicial efectiva al administrado.

Finalmente, una tercera y última característica del Derecho Administrativo alemán de esta etapa primaria, coincide con el reconocimiento del valioso papel de la jurisprudencia. Fue quizás la jurisprudencia la que, en un marco constitucional novedoso, precisó los principios y valores contenidos en la Carta, y lideró la transformación de un nuevo Derecho público llevando al individuo, no ya como súbdito sino como ciudadano, a la cúspide axiológica. Ejemplo de este carácter es la resolución del Tribunal Administrativo Federal del 24 de Junio de 1954, una de las más importantes decisiones del momento; en ella el Tribunal dejó ver con claridad su nueva postura filosófica al afirmar lo siguiente: "la inviolable dignidad del hombre, que debe ser protegida por el poder estatal, prohíbe considerarlo meramente como objeto de la actuación estatal cuando se esté ante la garantía del mínimo existencial, es decir, de su subsistencia misma" (ídem: 54).

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional alemana actuó como catalizador de un proceso de cambio, el cual empezó con la promulgación de la Ley de Bonn. Otra muestra de lo anterior es el famoso caso *Eric Lüth*, en el que el Tribunal asignó una dimensión *jurídico objetiva* a los derechos fundamentales, es decir, les dio valor normativo, y no solo un valor político. A juicio del profesor de Friburgo, ese cambio fue el evento que marcó toda la evolución del Derecho Administrativo en Alemania y, por qué no, el nacimiento de un moderno Estado social de Derecho en el mundo.

SEGUNDA FASE: LOS MARCADOS DESARROLLOS JURÍDICOS

En esta segunda sección del texto, el catedrático de Friburgo presenta una serie de ramas del Derecho Administrativo, que han tenido mayor desarrollo dogmático desde la fase fundacional. Sin ánimo de ser exhaustivo en su pre-

sentación, nos enfocaremos en dos de esas ramas que consideramos que tienen mayor impacto en nuestra materia.

La primera es la responsabilidad del Estado por riesgo. Para el autor, el concepto de riesgo es un concepto transversal e integrador en el Derecho público, pues ha permitido amalgamar el Derecho Administrativo con diferentes técnicas y ramas del conocimiento, y ha dado lugar, de esta manera, al nacimiento de diferentes tipologías de derechos, como el derecho de los medicamentos, derecho alimentario, derecho a las tecnologías modernas, entre otros (WAHL 2013: 114).

La primera reflexión que se hace en la obra en torno a esta materia es la consideración sobre aparición de la sociedad del riesgo (HINESTROSA, 2007: 91). Con el vertiginoso devenir y cambio de la tecnología, la sociedad se ve enfrentada a una serie de contingencias cambiantes y cada vez más agresivas con los derechos del individuo. De ahí que los conceptos de inseguridad e incertidumbre cobren importancia en la medida en que adquieren relevancia para el estudio del Derecho Administrativo en cuanto a las obligaciones del Estado de mitigar riesgos, prevenirlos y adoptar precauciones para el futuro.

En este marco, la principal tarea del Derecho Administrativo es gestionar los riesgos a través de la eficaz producción normativa, y más exactamente, mediante el establecimiento de estándares técnicos que sirvan como marco de aquellas actividades peligrosas productoras de riesgos para la sociedad (WAHL, 2013: 122). Es entonces el Derecho Administrativo el encargado de poner los cauces adecuados por los cuales deben surcar las aguas de los avances tecnológicos y no con esto servir como límite a la actividad científica del ser humano, sino ser el motor de una forma responsable y racional de producción técnica.

El segundo tema del cual se hace una profunda reflexión es el denominado por el autor alemán privatización–desregulación. Tema que viene precedido de una discusión material del modelo de Estado y su relación con el mercado. Una discusión que se situaba entre dos extremos. Por un lado, uno donde se planteaba el “todo o nada” de la participación del Estado dentro de la economía; y por otro lado, una postura ecléctica, que le apostaba a formas novedosas de intervención estatal dentro del mercado. Finalmente, la sociedad alemana optó por esta última alternativa, haciendo de la regulación, la forma de intervención más propicia para la promoción de la libre competencia y la protección de la libertad de empresa.

Dentro de este marco, el Estado se constituye en un *Estado garantizador*. Esto porque precisamente pasó de ser un completo proveedor de bienes y servicios para los ciudadanos, a ser alguien que asegurara una infraestructura, una reglas de juego y una protección del consumidor; todas necesarias para el bienestar colectivo. En este marco, asegura RAINER WAHL, la responsabilidad del Estado pasó de ser una responsabilidad *plena o de completo cumplimiento*, a una responsabilidad de *garantía de servicios*, en la cual el Estado regulador simplemente es un

garante de la prestación eficiente de servicios y del abastecimiento adecuado de bienes.

Asimismo, al interior de la actividad reguladora del Estado y del estudio de la misma por parte del Derecho Administrativo, el texto reseñado entra a analizar un tema que hoy, en el Derecho colombiano, cobra importancia. Esto es lo que el texto denomina *public-private partnership*, que en nuestro medio no es más que las alianzas público privadas. Sin profundizar en su reglamentación, simplemente nos gustaría reseñar la reflexión que se hace sobre el fundamento de las mismas. Es necesario comprender que con la entrada en vigencia de la economía social de mercado (CORREA, 2008), la privatización del Estado no puede ser entendida como una retirada completa del Estado en la economía, sino, más bien, una retirada sustantiva del Estado en la cual se reformula su fin hacia la aparición de un Estado simplemente garante y regulador (WAHL, 2013: 130). De ahí que el Estado deba recurrir a los particulares ya no como súbditos, sino como socios para el cumplimiento de los fines del Estado y la garantía de abastecimiento de los principales bienes y servicios.

TERCERA FASE: EUROPEIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN

Esta tercera fase corresponde al último y más corto capítulo del libro *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán* y explica cómo tras adherirse a la Comunidad Económica Europea en 1958, el Derecho alemán dejó de ser un Derecho autárquico para pasar a ser un Derecho dependiente de otras soberanías y de otros ordenamientos. Esa dependencia hizo que necesariamente el Derecho alemán se comunicara con otros ordenamientos, dialogara con los mismos, surgiendo prácticas y conceptos mundialmente aceptados.

Es en esta fase en la que se materializa la evolución del Derecho Administrativo, pues primero se hace un tránsito de un Derecho Administrativo de carácter legal a un Derecho Administrativo de contenidos constitucionales, y luego el paso necesario es a un Derecho Administrativo internacionalizado, global, que se preocupa por el estudio comparado de diferentes problemas jurídicos locales y que se encarga de dar propuestas de solución válidas y plausibles a la luz de las nuevas realidades.

Seguramente en Colombia estamos por entrar a ese tipo de discusiones, y aunque la experiencia en sede de la Comunidad Andina de Naciones no ha sido tan rica como se pretende, las interacciones comerciales y de inversión cada vez más intensas entre Colombia y los países vecinos y los países miembros de otras familias de Derecho, va a hacer que el Derecho Administrativo colombiano se nutra de argumentos y discusiones propias de realidades comunes y estructuras lógicas cada vez más desarrolladas.

IN FINE

No queremos terminar esta reseña sin antes destacar de manera concisa que la obra del profesor RAINER WAHL es una digna exponente de la cultura alemana. El lector no encontrará una obra de profundidad dogmática, pero sí de una suma profundidad reflexiva, que motiva al profesional del Derecho que se dedique a la investigación en estas materias a realizar una obra de parecidas connotaciones en diferentes ordenamientos.

BIBLIOGRAFÍA

- WAHL, R. (2013). *Los últimos cincuenta años del Derecho Administrativo alemán*. Madrid: Marcial Pons.
- CORREA, M. (2008). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, F. (2007). *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VINEY, G. (2007). *Tratado de Derecho Civil: Introducción a la responsabilidad*, 2.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCHMIDT-ASSMAN, EBERHARD (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública.
- BREWER CARIAS, A. R. (1996). "La actividad administrativa y su régimen jurídico. sentido de la interaplicación del Derecho público y Derecho privado", en *Segundas jornadas internacionales de derecho administrativo*,
- CASESSE, S. (1994). *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Ministerio para las administraciones públicas.
- BACHOF, O. (1985). *Jueces y constitución*, primera edición. Madrid: Cuadernos Civitas.
- SÁNCHEZ FAJARDO, A. (1947). *El Derecho Administrativo y el Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VERDÚ, P. L. (1982). "El Derecho constitucional como Derecho Administrativo", en *Revista Derecho Político*, 13, Disponible en <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-1982-13-8192915E/PDF>.