

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

Los cambios realizados a la estructura de la administración pública con base en las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 1444 de 2011 buscaban el mejoramiento de la capacidad de gestión del aparato estatal. Bajo el postulado del buen gobierno, el diseño de la estructura administrativa debía regirse por los parámetros establecidos en la guía de modernización de entidades públicas del Departamento Administrativo de la Función Pública². Se trataba de crear instituciones técnicamente robustas, independientes y con nuevos marcos de financiamiento que "recojan las lecciones aprendidas para la construcción exitosa, mantenimiento, operación y conservación de infraestructura plenamente integrada con la prestación del servicio al usuario"³. Siguiendo al parecer referentes anglosajones y sus manifestaciones posteriores en países como Noruega o Argelia⁴, se crearon un número considerable de estructuras denominadas agencias nacionales⁵.

- 1 Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Para citar el artículo: ZÁRATE, A. (2015). Editorial. *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 13, Universidad Externado de Colombia, pp. 3-8. DOI: 10.18601/21452946.n13.01
- 2 Ley 1450 de 16 de junio de 2011, por la cual se dicta el "Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", en especial el Capítulo 6, "Soportes transversales a la prosperidad democrática", "6.1 Buen gobierno". La guía de modernización de entidades públicas del Departamento Administrativo de la Función Pública se encuentra disponible en: http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrive_publicaciones?no=1431
- 3 Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, Capítulo III, "Crecimiento sostenible y competitividad", Parte C: Locomotoras para el crecimiento y la generación de empleo: infraestructura de transporte. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, p. 197.
- 4 Con relación al caso de Argelia, se indicó que en este país funcionan como organismos nacionales para el control y la regulación de las actividades relacionadas con el dominio de hidrocarburos la agencia estatal denominada Autoridad de Regulación de Hidrocarburos y la Agencia Nacional para la Valorización de Recursos de Hidrocarburos ALNAFT. Además, se expresó que estas tienen plena independencia para la gestión de sus respectivos campos de actividades. En particular, se indicó que cada una de ellas no está sujeta a normas aplicables en materia de administración, especialmente en cuestiones relacionadas con su régimen de organización, gestión política de Estado y el personal: cfr. Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH– (2011). *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos*. Bogotá, estudio técnico, p. 20.
- 5 Son agencias definidas como unidades administrativas especiales: la Agencia del Inspector de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales, ITRS; la Agencia Nacional del Espectro;

Más allá de los múltiples interrogantes que la presencia de estas autoridades plantea en nuestro ordenamiento jurídico⁶, una mirada a su arquitectura y composición deja ver que no poseen el pretendido carácter de autoridades independientes. Se trata de estructuras adscritas a un órgano principal de la administración, ministerio o departamento administrativo, lo que supone la existencia de controles administrativos por parte del ejecutivo. Asimismo, sus directores o presidentes son de libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República y sus órganos de dirección colegiados se encuentran compuestos por el ministro o director del departamento administrativo que encabeza el sector al que pertenecen, y por otros representantes de organismos de la rama ejecutiva, también de libre nombramiento y remoción del Presidente. Las agencias colombianas carecen además de un mínimo de garantías estatutarias de independencia ligadas a la nominación, mandato y ejercicio de funciones por parte de sus miembros⁷. La comparación hecha por los coordinadores de la reforma se muestra, en consecuencia, selectiva, centrándose en el régimen jurídico aplicable o en cuestiones técnicas o funcionales, pero omitiendo las garantías orgánicas que en otros sistemas sirven para calificar a un órgano de autoridad administrativa *independiente*.

Este tipo de autoridades independientes reflejan precisamente un nuevo modo de intervención pública que se aleja de los principios tradicionales que configuran la estructura del aparato estatal. Creadas para evitar una actuación directa del Estado en áreas consideradas sensibles, demasiado técnicas o estratégicas, la independencia que se atribuye a órganos de naturaleza administrativa se justifica por la necesidad de decisiones objetivas e imparciales, ajenas a las preferencias de las mayorías políticas y a las injerencias del ejecutivo. Inspirándose en instituciones originadas en el derecho federal de Estados Unidos,

la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, APC Colombia; la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; la Agencia Colombiana para la Reintegración de Personas y Grupos Alzados en Armas ACR; la Agencia para la Superación de la Pobreza Extrema, y la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente. Se crearon además: la Agencia Nacional de Minería, ANM; la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH, y la Agencia Nacional de la Infraestructura, a las cuales no se les da el carácter de unidades administrativas especiales.

- 6 Como por ejemplo la supuesta ruptura con las categorías tradicionales de órganos de la administración pública, el carácter de unidad administrativa especial que es dado a la gran mayoría de ellas, o la falta de atribución de la personalidad jurídica a agencias como la del Inspector de Tributos.
- 7 Es posible consultar las disposiciones que establecen la composición de las agencias en los diferentes decretos leyes que las crean y que en su conjunto constituyen la reforma a la administración pública de 2011. Cfr., a propósito de las garantías estatutarias de independencia, MASON, S. (1995). *La notion d'indépendance en droit administratif français*. Thèse de doctorat en droit. Paris: Université Panthéon-Assas, Paris II, TRUCHET, D. (dir.); ZÁRATE, A. (2011). *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*. Thèse de doctorat en droit. Paris: Université Panthéon-Assas, Paris II, LOMBARD, M. (dir.).

la proliferación de autoridades independientes en los Estados democráticos ocurriría primero en el campo de las libertades individuales y luego, a través de una asimilación a estas de las libertades económicas, en el campo de la regulación de ciertos sectores económicos, como el de las industrias en redes. Para asegurar una función que consiste en enmarcar el desarrollo de un sector, con el fin de lograr equilibrios entre rentabilidad económica, libre competencia, derechos de consumidores y otros imperativos de interés general que el mercado no puede lograr por sí mismo, estas autoridades administrativas se ven dotadas de poderes que les permiten organizar y monitorear los mercados, fijar reglas, controlar su aplicación e incluso sancionar su violación⁸.

A pesar de que existen en derecho colombiano autoridades administrativas que cumplen funciones que en otros sistemas realizan autoridades independientes, desde un punto de vista orgánico las entidades de origen legal como las superintendencias, las comisiones de regulación⁹ y las recién creadas agencias estatales obedecen en su diseño institucional a las técnicas tradicionales de descentralización y desconcentración de competencias administrativas, y no a una lógica de "externalización" de la rama ejecutiva del poder público¹⁰. Esto les permite gozar de cierta autonomía en sus dimensiones funcional, administrativa, financiera o incluso patrimonial, pero no las vuelve "independientes" de los órganos principales de la administración, los cuales continúan piloteando y ejerciendo los controles administrativos que caracterizan sus relaciones con las entidades que les están adscritas. Así, solo los órganos autónomos de creación constitucional como el Banco de la República, se dice, proyectan en nuestra organización constitucional la presencia de autoridades independientes¹¹.

¿A qué se debe entonces la ausencia de correspondencia entre el nuevo rol como garante de equilibrios económicos y sociales que asume el Estado colombiano, y la arquitectura de los órganos que están encargados de realizar esta tarea? La respuesta es simple: las partes orgánicas continúan reproduciendo el esquema clásico del Estado "liberal de derecho", revelando ineficiencias para la

8 LOMBARD, M. (2006). Introduction. *Régulation économique et démocratie*. LOMBARD, M. (dir.). Paris: Dalloz, p. 5.

9 Las comisiones de regulación son en derecho colombiano unidades administrativas especiales, dotadas de ciertas garantías de independencia. Un reciente informe de la OECD titulado "*Driving performance at Colombia's Communications Regulator*" insiste en la necesidad de desligar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC, del ejecutivo. En concreto, recomienda: "*Advocate for an institutional set up that guarantees the full independence of the CRC Board from the executive and make a clear distinction between the policy functions of the executive and the regulatory functions of the regulator*": OECD (2015). *Driving Performance at Colombia's Communications Regulator*. Paris: OECD.

10 Cfr., sobre esta noción, DELZANGLES, H. (2008). *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*. Thèse de doctorat en droit. Bordeaux, Université Montesquieu - Bordeaux IV.

11 Cfr., p. ej., Corte Constitucional. Sentencia C-827 de 2001.

plena garantía de las libertades individuales, como lo son aquellas económicas. Con la supresión del vínculo de adscripción a la rama ejecutiva, las autoridades administrativas independientes parecen alejarse, en primer lugar, del esquema clásico de democracia representativa. A la inversa de la lógica institucional, que funda toda autoridad sobre la legitimidad constitucional o democrática del poder, la administración está llamada a probar otro tipo de legitimidad que repose sobre su eficacia o *outputs*. Según este enfoque, son las formas de la democracia misma las que están llamadas a evolucionar, construyéndose a diario y cuestionándose qué se puede hacer para mejorar, en concreto, las relaciones entre los ciudadanos y la administración¹². La idea de un interés general en su estado bruto, como una verdad que solo sabe identificar el Estado, parece desdibujarse frente a la necesidad de respeto del pluralismo de opiniones, que supone la existencia de procedimientos discursivos y transparentes como condición misma de la democracia¹³. Del mismo modo, su carácter de autoridades "externas" a las ramas tradicionales del poder público lleva a considerar, respecto de las autoridades independientes, que su creación por vía legal es contraria al "principio" de un ejecutivo unitario y a la separación de poderes. De hecho, con relación a este último principio, la confrontación se observa desde dos ángulos: desde uno externo, por la ausencia de correspondencia de estas autoridades con alguna de las ramas tradicionales del poder público, y, desde uno interno, por la confusión de poderes quasi-normativos, quasi-jurisdiccionales y ejecutivos que suele caracterizar el diseño institucional de sus funciones. Esta realidad condiciona no solamente la separación tajante entre los tres bloques del poder, sino que además parece romper con el equilibrio entre la regulación positiva (competencia quasi-normativa) y la regulación negativa (competencia quasi-jurisdiccional). Pero, ¿optar por autoridades administrativas independientes implica desconocer estos principios?

Creadas en contradicción aparente con el principio de la separación de poderes, es en una concepción renovada de este principio, bajo la idea de "*checks and balances*", que no suponga una división radical del poder público en tres ramas con funciones específicas para cada una de ellas, que puede encontrarse la justificación menos discutible de la independencia de este tipo de organismos¹⁴. Ahora que el término equilibrio de poderes está tan de moda, es hacia las interconexiones¹⁵ y las condiciones bajo las cuales la tensión entre las ramas se mantiene máxima, y hacia una serie de procedimientos que unen a estas autoridades con las ramas tradicionales del poder público, que

12 AUBY, J.-B. (2006). Droit administratif et démocratie. *Régulation économique et démocratie*. LOMBARD, M. (dir.). Paris: Dalloz, p. 27.

13 *Ibíd.*

14 ZÁRATE, A., *ob. cit.*, p. 432.

15 ROSENBLUM, D. H. (2001). Whose Bureaucracy is This, Anyway? *Congress' 1946 Answer. Political Science and Politics* 34 (4). December, p. 773.

las miradas deben volcarse. Solo así podremos identificar posibles maneras de atenuar el principio de Estado unitario, más allá de las técnicas tradicionales de descentralización, desconcentración y delegación administrativa. Por lo demás, las experiencias extranjeras sirven para mostrar que la legitimidad de estas autoridades, desde las únicas exigencias derivadas del principio democrático, pueden verse satisfechas a través de procedimientos internos que involucren a los ciudadanos en la toma de decisiones¹⁶. Se trata aquí de una visión renovada del principio, en su forma participativa y deliberativa. De carácter administrativo, las autoridades independientes no constituyen en sí un conjunto de contrapoderes. Ellas constituyen, por el contrario, un espacio de diálogo y de concertación susceptible de cumplir un rol de "contrapoder funcional", en la medida en que oponen al gobierno una independencia de decisión que solo el juez o el legislador podrían limitar.

Durante la edición del presente número sobre estructura de la administración pública, el pasado 21 de enero de 2015, la *Revista Digital de Derecho Administrativo* fue clasificada en la categoría C del Índice Bibliográfico Publindex, I Actualización 2014. Este es el resultado de los esfuerzos de la publicación por lograr los más elevados estándares de visibilidad y calidad editorial. Se extiende un reconocimiento al equipo editorial, los autores y evaluadores que han acompañado este proceso de mejoramiento y consolidación de la Revista, así como a todos sus seguidores.

Una provechosa lectura.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH– (2011). *Consolidación institucional del sector hidrocarburos, transformación de la agencia nacional de hidrocarburos*. Bogotá.

AUBY, JEAN-BERNARD (2006). *Droit administratif et démocratie*, en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). Paris: Dalloz.

DELZANGLES, HUBERT (2008). *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles, Communications électroniques, énergie et postes*. Thèse de doctorat en droit. Bordeaux: Université Montesquieu - Bordeaux IV.

LOMBARD, MARTINE (2006). *Introduction*, en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). Paris: Dalloz.

16 ZOLLER, E. (2006). *Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie*. *Régulation économique et démocratie*, cit., p. 177.

MASON, STÉPHANE (1995). *La notion d'indépendance en droit administratif français*. Thèse de doctorat en droit. DIDIER TRUCHET (dir.). Paris: Université Panthéon-Assas, Paris II.

OECD (2015). *Driving Performance at Colombia's Communications Regulator*. Paris.

ROSENBLOOM, DAVID H. (2001). Whose Bureaucracy is this, anyway? Congress' 1946 Answer. *Political Science and Politics* 34 (4). December, p. 773.

ZÁRATE, ANÍBAL (2011). *L'indépendance des autorités de concurrence: analyse comparative Colombie, France, États-Unis*. Thèse de doctorat en droit. MARTINE LOMBARD (dir.). Paris: Université Panthéon-Assas, Paris II.

ZOLLER, ELIZABETH (2006). Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie, en *Régulation économique et démocratie*. MARTINE LOMBARD (dir.). Paris: Dalloz.