

PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA:
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO A PARTIR
DE LA OBRA DE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

JAIME ORLANDO
SANTOFIMIO GAMBOA

JAVIER
BARNÉS VÁZQUEZ

MÓNICA LILIANA
IBAGÓN IBAGÓN

–Editores–

**PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA:
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
A PARTIR DE LA OBRA DE
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Perspectivas de una reforma : estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann / Jorge Agudo González [y otros] ; editores Jaime Orlando Santofimio Gambo, Javier Barnés Vázquez, Mónica Liliana Ibagón. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.

592 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía al final de cada capítulo

ISBN: 9789587725766

1. Schmidt-Assmann, Eberhard -- Crítica e interpretación 2. Schmidt-Assmann, Eberhard -- Pensamiento jurídico 3. Derecho administrativo -- Teorías 4. Derecho administrativo -- Colombia 5. Administración pública I. Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 1959- , editor II. Barnés Vázquez, Javier, editor III. Ibagón Ibagón, Mónica Liliana, editora IV. Agudo González, Jorge V. Universidad Externado de Colombia VII. Título

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP

Noviembre de 2016

ISBN 978-958-772-576-6

© 2016, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ,
MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN (EDS.)

© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2016

Foto de portada: Eberhard Schmidt-Assmann por Ada Barandica

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

JORGE AGUDO GONZÁLEZ MÍRIAM M. IVANEGA
LUIS JOSÉ BÉJAR RIVERA ERNESTO JINESTA L.
JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN JACQUELINE MORAND-DEVILLER
GLADYS CAMACHO CEPEDA JUAN CARLOS MORÓN URBINA
CARLOS E. DELPIAZZO KARLOS NAVARRO
JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN
ÉDGAR GONZÁLEZ JAIME RODRÍGUEZ-ARANA
MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN HANS CHRISTIAN RÖHL
TARCILA REIS

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

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

PRIMERA PARTE

EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN

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

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

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

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

SEGUNDA PARTE

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

TERCERA PARTE

LA ORIENTACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

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

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

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

PRESENTACIÓN

HANS CHRISTIAN RÖHL*, CONSTANZA (ALEMANIA)

*El derecho administrativo como ciencia***

El tema central de los artículos de este libro es el “derecho administrativo”. Este concepto tiene, tanto en español como en alemán, dos acepciones. Significa, por un lado, el objeto de la actividad científica; por otro, la actividad científica como tal. Esta equiparación conceptual entre objeto y ciencia no resulta en últimas de considerar la tarea de la ciencia jurídica como “ciencia de la profesión” orientada a la práctica, sino que consiste, primero, en agrupar, describir y preparar para su aplicación el material jurídico. Pero la ciencia hace mucho más que eso, y debe hacerlo también por un derecho orientado por los principios de Estado de derecho y democracia: cumplir el mandato de análisis y reflexión del material jurídico existente que va mucho más allá de la simple recopilación ordenadora.

La “reforma del derecho administrativo” impulsada por Eberhard Schmidt-Assmann no fue un proyecto de reforma política, sino el intento de reexaminar los fundamentos del trabajo científico del derecho administrativo. Para realizar esta tarea se podría sostener que la ciencia jurídica de la administración no está preparada y, en efecto, esto parece inamovible por dos razones. Por un lado, porque mediante una separación artificial entre “disciplinas fundamentales” y “dogmática”, la ciencia jurídica se distanció, hasta cierto punto, de los conocimientos innovadores de otras disciplinas. Por otro lado, el derecho administrativo, entendido como un “derecho constitucional concretizado”, se constituyó como derecho administrativo consolidado de un Estado constitucional nacional bien organizado.

En este sentido, las reflexiones de Eberhard Schmidt-Assmann se fundamentan en el supuesto de que tal concepción estática no es suficiente para hacer realidad la exigencia científica del derecho administrativo, tanto en su interpretación como ciencia, como desde el punto de vista de los múltiples retos que este tiene que enfrentar. De mencionar son, por un lado, los fenómenos de privatización y regulación que se observaron en los años ochenta del último siglo o la tarea de superar el derecho de riesgos y con ello, en últimas, la idea que está detrás de la concepción clásica de una separación estricta entre

* Abogado de la Universidad de Munich, doctor en Derecho y habilitación de la Universidad de Heidelberg. Discípulo de SCHMIDT-ASSMANN, que le dirigió la tesis doctoral (“Der Wissenschaftsrat”, *El consejo científico*) y su tesis de habilitación para ser profesor (“Verwaltung durch Vertrag”, *Administración mediante contrato*). Desde el 2004 es profesor de Derecho Público en la Universidad de Constanza (Alemania).

** Traducción de Mónica Liliana Ibagón Ibagón.

Estado y sociedad. De igual manera, es también un reto para el derecho administrativo alemán la europeización y la internacionalización. En el derecho administrativo nacional se debieron buscar soluciones contundentes teniendo en cuenta la multiplicidad de actores, el marco jurídico y los fundamentos de legitimación. En último término se debe mencionar el gran reto que significa para la ciencia jurídica las ciencias afines como la economía, en la medida en que estas quieren disputar la función de dirección y control.

El punto de partida de las reflexiones de la reforma no fue, por consiguiente, la práctica jurídica, sino la ciencia: ¿realizamos aún las preguntas correctas? Luego, con ese fundamento, Eberhard Schmidt-Assmann, y con él el movimiento de reforma, desarrolló y analizó de forma sistemática la interpretación propia de la ciencia y también los nuevos retos. Un punto de partida adicional lo constituye la revisión de la separación clásica entre derecho público y derecho privado. Esta separación está presente en el sistema jurídico, igual que antes, como una distinción técnica, pero teniendo en cuenta que los instrumentos del derecho público y del derecho privado pueden ser incorporados por el Legislador de forma coexistente o complementaria (“ordenamientos de acogida”). La diferencia no tiene el significado que caracterice el sistema como tradicionalmente se había sostenido. De forma simultánea, también el análisis preciso de esta materia pone en tela de juicio la separación estricta tradicional entre Estado y sociedad como fundamento de las construcciones jurídicas. Al mismo tiempo, ello quiere decir que la organización, como lugar de encuentro entre la esfera estatal y la social, debería ser reexaminada, porque aquí la superposición de ambos campos del derecho resulta de forma manifiesta. Para el derecho administrativo se ha vuelto incluso revolucionaria la influencia del derecho europeo y, ante todo ahora, del derecho de la Unión. Aquí, como en ningún otro lugar, se ha comprobado que la doctrina de derecho administrativo no se agota siempre en concepciones dogmáticas; la europeización obliga, aún mucho más, a que el derecho administrativo esté dirigido por unos principios claros y precisos que reflejen sus fundamentos. Solo de esa manera los avances científicos propios pueden transmitirse a otros ordenamientos jurídicos. Solo así las estructuras del propio ordenamiento jurídico pueden también ser confrontadas por los órganos de la Unión Europea, por ejemplo para determinar su vigencia.

Los lectores de este libro se preguntarán con razón: ¿no son todos estos temas de derecho alemán los que tienen que resolverse de acuerdo con el método alemán y por qué los resultados y el método deben ser de interés fuera de Alemania e incluso fuera de Europa? Si se examinan con cuidado las pregun-

tas que se han planteado, no existe duda en la respuesta: la privatización, la economización y la internacionalización son desarrollos que ocupan todos los ordenamientos jurídicos, y para los cuales, por consiguiente, deben buscarse soluciones. En lo que concierne al método, la respuesta no es sencilla. Seguro se puede decir que no existe otro camino que el método científico sistemático para una disciplina que toma en serio su reivindicación como ciencia. Además, se debe tener en cuenta que la legitimación del derecho no se puede fundamentar de manera exclusiva en su aplicación por la instancia que para ello ha sido constituida; mucho más aún, el derecho se justifica además por su exigencia de razonabilidad y, con ello, por la transmisibilidad intersubjetiva. Estas exigencias son comunes a la ciencia.

Ahora bien, se debe subrayar que para la ciencia jurídica en Alemania existen requisitos institucionales especiales que deben tenerse en cuenta cuando se estudian las reflexiones de la ciencia jurídica alemana. El primero es el vínculo tradicional de la ciencia con la aplicación jurídica, que hace que aquella no pierda su referente práctico, y por otro lado, se encarga de que desempeñe un papel importante en la aplicación jurídica, por ejemplo, por medio de los tribunales judiciales y los ministerios. Este análisis exhaustivo de las exigencias y experiencias de la práctica lo realizó Schmidt-Assmann al formular, de forma acertada, los conceptos de “campos de referencia”. Un segundo punto adicional: el derecho público alemán, como el derecho de un Estado federal, tradicionalmente ha concebido el derecho en niveles. Esto, que parece evidente, también es aplicado por el derecho constitucional –y por el derecho de la Unión– como un nivel adicional. De esta manera, la obra de Schmidt-Assmann se distingue por acudir al principio democrático y de Estado de derecho; él considera que una de las funciones principales del derecho administrativo general es realizar una tarea de intermediación entre los mandatos de derecho constitucional ahora también de derecho de la Unión y las exigencias del derecho administrativo. El acudir a los diferentes niveles jurídicos como instrumento de conocimiento científico no solo es facilitado por la estructura del derecho, sino que es fomentado de forma institucional: el Tribunal Constitucional Federal, como guardián de la Constitución, obliga a los tribunales especializados a incorporar el derecho constitucional en sus reflexiones. También en las universidades, los profesores de Derecho Constitucional y Administrativo deben acreditar su conocimiento tanto en aquel como en este; en todo caso, no existe, como en otros lugares, una separación tan marcada. Los requisitos institucionales elevan dentro del Estado la capacidad de persuasión de reflexiones científicas que se apoyan al recurrir a los campos de referencia como una consideración que trasciende los

niveles. Pero en esencia es la viabilidad de las conclusiones la que fundamenta que sean aceptadas. Este libro es una prueba de que también un pensamiento científico que se apoya en un enfoque sistemático ocupa un puesto importante en el concierto de la discusión científico-jurídica internacional.

MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN

*Perspectivas de una reforma: estudios de derecho
administrativo a partir de la obra
de Eberhard Schmidt-Assmann*

Tomando como referencia los escritos y las ideas de Eberhard Schmidt-Assmann, los dieciséis autores de esta obra colectiva de países como Francia, México, Uruguay, Ecuador, Perú, España, Chile, Argentina, Brasil, Costa Rica, Nicaragua y Colombia fundamentaron sus contribuciones al derecho administrativo. Estos estudiosos de la reforma y modernización del derecho administrativo analizan los elementos y características del modelo tradicional de esta rama del derecho e incorporan el análisis de nuevos planeamientos de reforma: el postulado de la ciencia de la dirección, la constitucionalización del derecho administrativo y la orientación de la parte especial de este.

I. EL POSTULADO DE LA CIENCIA DE LA DIRECCIÓN

Como lo sostiene Schmidt-Assmann, el derecho administrativo como ciencia de dirección aspira a dirigir con eficacia (en la obtención de resultados y objetivos) los procesos sociales¹. Este postulado cambia la perspectiva de la teoría del control, que debe concebirse con mayor amplitud para insertar el análisis de eficiencia de la acción administrativa². En esta línea del pensamiento de Schmidt-Assmann se circunscribe el artículo de Andrés Fernando Ospina Garzón, que analiza la eficacia desde el punto de vista del “fue”, del “deber ser” y el “ser” del derecho administrativo.

El postulado de la ciencia del derecho administrativo como dirección implica, en palabras de Schmidt-Assmann, completar el modelo tradicional (caracterizado por una perspectiva clásica del control jurisdiccional, por el principio del sometimiento a la ley, por el dogma de la tridivisión de poderes y por la consideración de la decisión unilateral como instrumento clásico de actuación de las autoridades administrativas), por medio de la reconstrucción de la nueva posición que deben tener lo tradicional y lo nuevo en el sistema³.

Control jurisdiccional. Para determinar la legalidad de la acción administrativa no basta, como lo afirma Schmidt-Assmann, la perspectiva tradicional del control jurisdiccional, sino que se debe incorporar el control desde el punto de vista de la acción administrativa⁴. Al enfoque tradicional del control jurisdiccional

1 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Derecho Global-INAP, 2012, p. 43.

2 *Ibid.*, p. 91.

3 *Ibid.*, pp. 44 y ss.

4 *Ibid.*, pp. 45 y 92.

se le añade uno puesto de manifiesto por Jacqueline Morand: ¿qué funciones deben asumir los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo y de la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos fundamentales?

Sometimiento a la ley. De acuerdo con Schmidt-Assmann, el sometimiento a la ley no debe seguir entendiéndose como una relación vertical de arriba abajo, sino que debe comprender procesos más complejos que suceden en un nivel horizontal⁵. En este sentido Miriam Ivanega acentúa la primacía del individuo, manifestación del reconocimiento de la dignidad humana que se halla en pie de igualdad con la Administración y ha modificado la relación ciudadano-Administración. Siguiendo este mismo orden de ideas, Karlos Navarro plantea cómo el derecho administrativo le debe dar más protagonismo a la dimensión del individuo en las relaciones Administración-ciudadano-Administración.

Tridivisión de poderes. Un entendimiento clásico del principio de tridivisión de poderes negaría atribuciones de los jueces para ejecutar sentencias adversas a la Administración. Este tema es analizado por Juan Carlos Benalcázar Guerrón desde la perspectiva del derecho ecuatoriano.

La decisión unilateral. Al exponer el tema de la terminación convencional del procedimiento sancionador, Juan Carlos Morón Urbina conjuga dos temas desarrollados por Eberhard Schmidt-Assmann: el derecho de la sanción administrativa como parte integral de la formación del sistema jurídico administrativo⁶ y el desafío de la acción informal consensuada de la Administración⁷.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La concretización de la Constitución afecta, según Schmidt-Assmann, la cláusula de Estado de derecho, el principio democrático, y se amplía al integrar el derecho europeo y el internacional⁸.

5 *Ibid.*, p. 44.

6 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.^a ed., Heidelberg, Springer, 2006, p. 323.

7 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Madrid-Barcelona, INAP-Marcial Pons, 2003, pp. 332 y ss.

8 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo", *op. cit.*, pp. 53 y 55.