

Serie de Derecho Administrativo N.º 14

Procedimientos administrativos y tecnología

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Procedimientos administrativos y tecnología

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-730-2

© 2011, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
© 2011, 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: septiembre de 2011

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: David Alba
Impresión y encuadernación: Editorial Kimpres Ltda.
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 del autor.

A Simone y Felipe

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
PRIMERA PARTE	
FUNDAMENTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS (CONFORME A LOS DICTADOS DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO)	17
Introducción	
La idea del procedimiento para el ejercicio de la función pública administrativa	19
I. Las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y del Estado democrático en la base de los procedimientos administrativos	32
II. El contenido dogmático, sustancial y finalístico de los procedimientos administrativos en el contexto del Estado social y democrático de derecho.	43
III. Los principios generales de los procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho	47
A. Principio de la prevalencia del interés general	51
B. Principio de legalidad	53
C. La nueva dimensión del principio de legalidad y la ampliación de las fronteras del bloque de legalidad a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	58
1. Concepto, contenido y estructura de la teoría del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	62
a. El concepto de “Bloque de Constitucionalidad”	62

b. La estructura del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	67
– Bloque de constitucionalidad en sentido estricto o <i>stricto sensu</i>	68
– El bloque de constitucionalidad en sentido amplio o <i>latu sensu</i>	70
2. El bloque internacional de legalidad como parámetro de validez de los actos administrativos	73
D. Principio del debido proceso (<i>due process of law</i>)	89
1. Principio de economía	99
2. Principio de celeridad	100
3. Principio de eficacia	103
4. Principio de imparcialidad	104
5. Principios de publicidad y transparencia	106
6. Principio de contradicción	110
7. Principio de presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública	112
8. Principio de igualdad	114
9. Principio de participación	118
10. Principio de moralidad	122
11. Principio de la responsabilidad	123
E. La lucha contra la arbitrariedad de la administración y los principios constitucionales de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad. Discrecionalidad	137

SEGUNDA PARTE

INCIDENCIA DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS:

LA GOBERNANZA ELECTRÓNICA	149
Introducción	151
Las incidencias normativas de la sociedad de la información y el conocimiento en la administración pública	151
I. La gobernanza electrónica en la estructura misma de la cláusula del Estado social y democrático de derecho	163
II. Incidencias de la gobernanza electrónica en la conformación de los contenidos del Derecho administrativo en especial del derecho a la información y la comunicación	173

III. Los instrumentos técnicos y jurídicos de la ordenanza electrónica en especial de la Internet. El <i>soft law</i> y la normativa en relación con Internet	189
IV. Los instrumentos jurídicos y administrativos de la ordenanza electrónica para la garantía del derecho a la información y la comunicación en las relaciones entre gobierno, administración y colectividad. Incidencia en los procedimientos administrativos general y especial	199
A. La ordenanza electrónica y los procedimientos administrativos	200
1. La conformación del procedimiento administrativo electrónico a partir de la articulación de las disposiciones de las leyes 527 de 1999, 962 de 2005 y 1437 de 2011	200
a. Aplicación de las reglas contenidas en la Ley 527 de 1999, al procedimiento administrativo electrónico	217
b. El mensaje electrónico de datos y el documento electrónico público. Acto administrativo. Leyes 527 de 1999 y 1437 de 2011	220
c. Reglas relativas al envío y recepción de los mensajes de datos	227
d. Valor probatorio y fuerza jurídica del mensaje de datos y de los documentos electrónicos	232
e. Publicidad y notificaciones por medios electrónicos. Leyes 1437 de 2011 y 962 de 2005	235
2. Firmas digitales	240
3. Entidades de certificación	242
CONCLUSIONES	245
ANEXOS	
Anexo n.º 1	247
Anexo n.º 2	252
Anexo n.º 3	254
BIBLIOGRAFÍA	259

PRESENTACIÓN

La presente obra monográfica que se pone a consideración de la doctrina y de los estudiosos del Derecho administrativo, constituye un aporte a la discusión y al debate académico, producto de los desarrollos de la línea de investigación que sobre el tema de los procedimientos administrativos hemos adelantado para el Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia desde hace varios años.

En esta oportunidad hemos incursionado por los senderos de los fundamentos constitucionales de los procedimientos administrativos, destacando su estrecha vinculación con las cláusulas del Estado social de derecho y la del Estado democrático, para deducir de ellas los principios estructuradores de la disciplina y el papel que cumplen en aras de la realización plena de las finalidades de nuestro modelo de ordenamiento jurídico.

Los anteriores planteamientos conceptuales se vinculan en una segunda parte del escrito con el concepto de la sociedad de la información y las comunicaciones en la medida en que configuran el máspreciado conjunto de instrumentos para hacer viables las finalidades que justifican nuestra existencia como Estado constitucional, consolidando una sociedad estrechamente integrada, a través del acceso y uso de todos los instrumentos propios de las tecnologías, generando la más impredecible de las interacciones entre sociedad y Estado, fenómenos todos estos que han sido

objeto de tratamiento en recientes normativas expedidas por el Congreso nacional y que colocan a la Administración pública y a los administrados por senderos de indiscutible profundización en sus relaciones.

En la hora actual de la evolución del Derecho administrativo, esta inevitable vinculación con la tecnología de la información y de las comunicaciones, genera impactos sustanciales en el contenido mismo de nuestro objeto y misión; derechos como los de la información y a la comunicación pasan a ser vértebras de la disciplina.

Procedimientos administrativos y tecnología, sin duda alguna, marcarán los destinos de la dinámica y la cotidianidad entre gobierno y asociados, en lo que destacamos como una verdadera gobernanza electrónica, sujeta de todas maneras a las vitalidades de su entendimiento en favor de los derechos subjetivos y colectivos, bajo consideraciones de respeto dentro del contexto del bloque de constitucionalidad que domina nuestro ordenamiento jurídico, y que implica analizar siempre todas estas temáticas a la luz de los tratados internacionales y desarrollos jurisprudenciales de los tribunales y organismos internacionales de los cuales nuestro país es signatario.

Debo manifestar mi más profundo agradecimiento a la Universidad Externado de Colombia, en especial a nuestro Rector FERNANDO HINESTROSA por su apoyo permanente y sin límites para que este tipo de trabajos salgan a la luz pública y se conviertan en material de trabajo de nuestros cursos de pregrado y postgrado. Así mismo, y de manera especial, al profesor e investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la universidad Externado de Colombia, DANIEL CASTAÑO, quien se dedicó a la tarea de editar el libro como propio, haciendo profundas sugerencias y redactando algunos de los apartes relativos al bloque de constitucionalidad y su vincularidad en los procedimientos administrativos, al igual que los desarrollos del derecho de las comunicaciones en el Derecho internacional; este libro

en gran parte le pertenece, y a él, quien será sin duda uno de nuestros grandes maestros del Derecho administrativo, mis más profundos agradecimientos.

Así mismo, al profesor y doctor investigador del Departamento de Derecho Administrativo de esta Casa de estudios, ANDRÉS BRICEÑO, por su labor de revisión y detallada observación de la jurisprudencia al igual que por sus acertadas sugerencias en relación con la metodología y el alcance de las instituciones objeto de estudio, en especial sus aportes en relación con el principio de responsabilidad de la Administración pública; sin sus sugerencias y brillantez este libro no se hubiere podido terminar. En el mismo sentido, al profesor y doctor del Departamento de Derecho Civil de nuestra Universidad FERNANDO ALARCÓN ROJAS por sus importantes aportes en relación con el documento electrónico y su valor probatorio.

Por último, agradezco a la Doctora STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, quien revisó de manera detallada y estricta la primera parte del trabajo y me proporcionó elementos trascendentes, y sobre todo claridad, en algunos de los puntos que allí se tratan, lo mismo que al director del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, profesor JORGE SÁNCHEZ, por su ardua labor editorial.

Bogotá, agosto de 2011

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

PRIMERA PARTE

**FUNDAMENTOS DE LOS PROCEDIMIENTOS
ADMINISTRATIVOS (CONFORME A LOS DICTADOS
DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO)**

INTRODUCCIÓN

LA IDEA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA

La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa—en especial a la formación del acto administrativo—, símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración, en procura de decisiones administrativas sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con la evolución del Estado de derecho, que tiene como punto de partida el Código austriaco de los procedimientos administrativos de 1925¹ y no propiamente

1 SCHÄFFER HEINZ. “El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos en la codificación austriaca de 1925”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9, Madrid, 2005, pp. 423 a 424. “... Austria en 1925, tras muchos años de trabajos preliminares y con aprovechamiento de cincuenta años de jurisprudencia continuada del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior, efectuó una codificación de su Derecho procedimental administrativo, que marcaría en Europa nuevas perspectivas en lo que se refiere a las acciones judiciales. Esta codificación ha sido, sobre todo, una vía para su claridad, concisión y caracterización interna, y posteriormente también se ha convertido en modelo para diferentes países. Ello tenía en 1925 el sentido, y también el efecto práctico, de una unificación y simplificación radical del proceso administrativo, es decir, también en aquel tiempo se procedía bajo la regla de reducir la proliferación normativa, lo que llevaría a un estatuto jurídico transparente y consolidado de cada uno de los procedimientos. Asimismo, cada cuestión jurídica concerniente a las partes

la conceptualización clásica francesa en relación con el concepto de acto administrativo de contenido individual².

Con anterioridad a 1925, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al pro-

quedaba sujeta a una verificación de control y a una garantía legal a través de la Jurisdicción contencioso-administrativa...".

- 2 El acto administrativo de contenido individual como figura y columna central del derecho de la administración pública resulta ser, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando, y que se consolidan en la práctica revolucionaria francesa condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789, que sirvió de preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan, a título imperativo para la nueva conformación política, los intereses de la clase burguesa triunfante. El naciente Derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración, y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar, obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica. Definitivamente, el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses, situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determinó el sentido y la necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos, en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuvieran un campo fructífero e ideal frente al despotismo y la arbitrariedad de la administración ante esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios. En este contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y luego del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa, estuvo signado por los destinos de los derechos subjetivos de raigambre individualista, lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática. Sin embargo, el moderno constitucionalismo y el reconocimiento de intereses colectivos hizo evolucionar esta idea madre inicial, entendiendo que el concepto de acto administrativo y el de los procedimientos administrativos deben entenderse y aplicarse bajo conceptos garantísticos, igualmente a la formación de decisiones de carácter colectivo. Al respecto puede consultarse nuestro trabajo, "Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativa urbanística", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 2, 2009, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Sobre el origen del Derecho administrativo y sus razones económicas cfr. ANDREAS VON TUHR. *Derecho civil*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1946, pp. 73 y ss.; MICHAEL E. TIGAR y MADELEINE R. LEVY. *O direito e a ascensão do capitalismo*, Río de Janeiro, Zahar, 1977, pp. 185 y ss.

cedimiento administrativo como presupuesto inevitable del acto administrativo de contenido individual³, en cuanto pugnaba con las concepciones clásicas del ejercicio de la función administrativa. La administración se ubicaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones⁴.

-
- 3 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y 224. Los procedimientos administrativos corresponden a una evolución posterior y tardía del concepto de acto administrativo de contenido unilateral, de conformidad con la caracterización que del mismo se hizo en el incipiente Derecho administrativo derivado de las elaboraciones conceptuales de los primeros años de la Revolución Francesa. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el Derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación fue, paradójicamente, utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece, en consecuencia, como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.
- 4 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución inglesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 182, destaca cómo la administración pública, desde el mismo momento de su surgimiento, adquirió una preponderancia inusitada, producto, entre otras cosas, de su auge durante los últimos años del absolutismo y de la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado: "... como

A partir de los aportes del positivismo y principalmente de la legislación austriaca referenciada⁵, el viejo concepto de acto administrativo individual o concreto, cambia de sentido y posición dentro de la dogmática del Derecho administrativo, pasa de ser la decisión inicial de toda actuación, o punto impulsor de cualquier actuación y operación de las autoridades administrativas, a constituirse en el producto final de un procedimiento debido y adecuado a la ley, plenamente garantístico, en donde, previo debate y participación de los posibles destinatarios del accionar administrativo⁶, se adopta una decisión creadora, modificadora, transformadora en alguna forma del ordenamiento

consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la administración del príncipe absoluto...”.

- 5 ALEJANDRO NIETO. “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas”, *RAP*, n.º 32, mayo-agosto 1960, Madrid, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales, fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones sobre la materia en Polonia en 1926 y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. ELOÍSA CARBONELL PORRAS y JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ. “Los procedimientos administrativos en Estados Unidos”, en *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano: en 1946 el Congreso expidió la *Federal Administrative Procedure Act* –APA–, aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (*Model State Administrative Procedure Act*) aprobado por la American Bar Association y la National Conference of Commissioners of Uniform State Laws. ALDO SANDULLI. “Il procedimiento”, en *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 2000, pp. 928 y ss. Para el autor, la introducción del procedimiento para el ejercicio de los poderes públicos ha significado un alto desarrollo en el proceso de civilización de las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública en cuanto significa abandonar el carácter absoluto del ejercicio del poder. Bajo este contexto, sostiene SANDULLI, el procedimiento no solo representa la forma sino también la sustancia de la función administrativa.
- 6 ADOLFO MERKL. *Teoría general del Derecho administrativo*, Granada, Comares, 2004, pp. 284.

jurídico específicamente aplicable al interesado, o como el moderno constitucionalismo lo acepta, también al conjunto de interesados o colectividad en general, cuando pueda ser objeto de una decisión administrativa que aborde de alguna manera sus derechos subjetivos, al igual que los colectivos⁷. La decisión así vista, como efecto de un procedimiento, puede abordar derechos subjetivos y colectivos⁸.

-
- 7 Son, en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o los beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista. Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva, desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, y por lo mismo, objeto de protección mediante la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, mediante las actuaciones administrativas. Puede consultarse NICOLÁS LÓPEZ CALERA. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168; MANUEL LOZANO-HIGUERO Y PINTO. *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, Rufino García Blanco, 1983, p. 148. Corte Constitucional. Sentencia C-569 del 8 de junio del 2004, M. P.: RODRIGO UPRIMNY YÉPES: "... Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, *mutatis mutandi*, al concepto de 'bien público', que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y, por ende, el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. Y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro...".
- 8 Se hace esta claridad en la medida en que el antecedente, tanto del concepto de

No se puede perder de vista, dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional y social de derecho, que el acto administrativo no puede seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada, simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos.

Por este sendero doctrinal el acto administrativo, general o particular, en la hora actual del Derecho administrativo, se reconduce como el producto final del debate, la controversia y la participación⁹.

De esta manera se acepta, para el Derecho administrativo, en especial para la actividad de las autoridades que ejerzan funciones administrativas, la necesidad de incorporar, para

acto administrativo como, posteriormente, del procedimiento administrativo, se produce en el contexto del individualismo jurídico. La teoría del acto administrativo de contenido individual, según los trabajos de los teóricos franceses del Derecho administrativo, y luego la del procedimiento administrativo surgen, por lo tanto, en este escenario económico, que no puede desconocerse en cuanto determina las razones filosóficas y de principios que se exponen por los juristas para el desarrollo y la consolidación de estas figuras trascendentes para el Derecho administrativo bajo los designios de un individualismo acentuado. El concepto de acto administrativo de contenido individual, no así el de contenido general, surge, por lo tanto, según lo reiterado, como esencialmente protector de los derechos subjetivos individuales, lo cual se acentúa con los aportes de la doctrina alemana al acudir para su consolidación sustancial a los desarrollos del negocio jurídico. Lo anterior implica que los conceptos de procedimiento administrativo y de acto o decisión administrativa de carácter individual, personal o concreta estén arraigados a elementos jurídicos restrictivos que hacen que el mundo del proceso y de la decisión se circunscriban al contexto exclusivo del sujeto directamente interesado en los resultados de la actuación, en cuanto titular de un derecho subjetivo característicamente individualista, según las construcciones civilistas sobre la materia, sin que se admita, en manera alguna, la presencia deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

9 MARGARITA BELADIEZ ROJO. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 118 y ss.

el cabal cumplimiento de los preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico, un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado social de derecho para los asociados¹⁰.

En este sentido, en tratándose del ejercicio de la función administrativa, se plantea por la doctrina la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones, como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las autoridades, para lo cual se hace indispensable consolidar el principio de legalidad y acatamiento del orden jurídico por parte de las autoridades a través de procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos¹¹⁻¹².

-
- 10 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *El Derecho administrativo y la Ley orgánica de procedimientos administrativos*, Colección Estudios Jurídicos, n.º 16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992, p. 13. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa con la administración, por parte de las personas que pudieren resultar individualmente afectadas con sus decisiones. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones, que implicaban una prolongación de la ideología de injustificable poder público en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban a la luz de los preceptos democráticos y hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder.
- 11 Ley 1437 de 2011. "Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos".
- 12 Decreto 01 de 1984. "Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e

La administración abandona, en consecuencia, cualquier plano de arbitrariedad y de ejercicio de poder unilateral para colocarse en posición garantística, admitiendo que por su naturaleza las personas que se le relacionen tienen derechos que pueden reclamar ante ella, y que por lo tanto su participación y contradicción resulta vital para la consolidación de instituciones verdaderamente democráticas¹³.

Ya no es un particular indefenso el que la administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías¹⁴⁻¹⁵.

La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que, en la práctica, la legalidad, al

informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite”.

- 13 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-018 de 2009: “Se concluye entonces que la discrecionalidad con la que puede contar la administración en determinados eventos no puede confundirse de manera alguna con arbitrariedad, ya que dicha discrecionalidad no es absoluta, sino que se circunscribe a unos fines específicos y a la proporcionalidad entre la decisión de la Administración y los hechos que le dan fundamento a la misma; además, por cuanto la decisión adoptada por la Administración debe encontrar fundamento en motivos suficientes que permitan diferenciar la actuación administrativa discrecional de la arbitraria y del abuso de las facultades otorgadas”.
- 14 ALLAN R. BREWER-CARÍAS. *Instituciones políticas y constitucionales*, t. VII, San Cristobal, Universidad Católica del Táchira y Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1977, p. 14.
- 15 SABINO CASSESE. *Las bases del Derecho administrativo*, Madrid, Map, 1994, p. 237: “El procedimiento resulta importante en cuanto establece límites a la actividad administrativa...”. Como sostiene CASSESE, “... la ciencia jurídica administrativa venía ignorando este aspecto fundamental del proceso, interesándose sólo por los actos finales y no por los aspectos anteriores a las decisiones administrativas, quizás un poco influenciada por las elaboraciones iusprivatistas, en donde los actos preparatorios escasamente son de alguna importancia, e igualmente por criterios inmediatistas que hacían más importante la decisión final para efectos jurisdiccionales...”.

igual que los demás principios, reglas y valores del ordenamiento jurídico, sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de mecanismos claros sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan¹⁶, de lo contrario las decisiones correspon-

16 ADOLFO MERKL. *Derecho administrativo*, cit., p. 279. La “tendencia a la procedimentalización de la actividad administrativa”, logra su formulación científica en la obra de MERKL. *Teoría general del Derecho administrativo*, más de cien años después de las elaboraciones de GÉRANDE. Considera MERKL que todas las funciones estatales y, en particular, todos los actos administrativos son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. Encontramos, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que le sirven de sendero. En el fondo, agrega MERKL, “Toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos del procedimiento administrativo”. En este sentido destaca MERKL el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al Derecho administrativo –Derecho procesal administrativo–, como la suma de reglas de producción de los actos administrativos, entendiendo el procedimiento administrativo como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir el “acto administrativo”. Enuncia así mismo el autor las que en su opinión son las dos justificaciones político-legislativas de la incorporación del procedimiento al Derecho administrativo; estos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a. La necesidad existente en el momento actual del Derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales, esto porque “... en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración...”, y b. El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar, en un ámbito de participación, sus asuntos con la administración, y a ésta las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general: “La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el Derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma...”. Lo anterior implica aceptar que el Derecho administrativo moderno incorpora, como una necesidad inaplazable, el proceso al estudiar la teoría del acto administrativo, en especial en todo lo referente a los momentos previos a su formación. Es decir que estamos incurso en un fenómeno de proceso jurídico que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucran en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón