

CONSTITUCIONALISTAS VS. ADMINISTRATIVISTAS CLAVES PARA UNA COMPRESIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

Diego LÓPEZ MEDINA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La estructura del Estado entre administrativistas y constitucionalistas*. III. *¿Cómo pasar de la guerra civil a la administración pública moderna?* IV. *La administración nacional de la posguerra: el fortalecimiento del Ejecutivo*. V. *El sector descentralizado en la Constitución colombiana de 1991: entre las preocupaciones fiscales y el inalcanzable sueño weberiano*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto busca explorar dos cuestiones diferentes, pero interrelacionadas: la primera, de naturaleza metodológica, arranca de comprobar que la, así llamada, “estructura del poder público” es un tema de alta complejidad e importancia y que su estudio es hoy en día compartido¹ por las disciplinas del derecho constitucional y del derecho administrativo. Que lo compartan, sin embargo, no significa que necesariamente se aproximen a él de la misma manera. Es posible advertir la existencia de diferencias notorias en las maneras en que constitucionalistas y administrativistas se aproximan al derecho orgánico o estructural del Estado. El texto quiere explicar las razones por las cuales estas diferencias se han desarrollado y propone una forma de estudio del tema en que los iuspublicistas de ambos lados de la barrera puedan contribuir de manera más armónica en las tareas teóricas y prácticas que se exigen continuamente de su saber.

* Doctor en derecho por la Universidad Harvard; abogado y filósofo de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

¹ Al menos dentro del campo de las ciencias jurídicas.

De otro lado y ya en el plano sustantivo, el presente texto pretende sostener que la estructura del Estado colombiano ha dependido no del desarrollo aislado y apolítico de normas positivas (ubicadas en la así llamada parte orgánica de la Constitución y en el derecho legislado que las configura),¹ sino de concepciones políticas, ideológicas y administrativas en las que se buscaba plasmar una cierta idea del papel que la administración pública² debía cumplir en el “desarrollo” del país. Para probar esto haré un estudio del papel que han ocupado las entidades semipúblicas, el sector paraestatal, o, finalmente, la descentralización por servicios, dentro del esquema constitucional colombiano. Estas variadas designaciones de un mismo fenómeno muestran ya, de entrada, los diferentes roles políticos y administrativos que ha cumplido esta técnica administrativa dentro del contexto colombiano.

Dentro de la gran variedad de manifestaciones de la descentralización por servicios el presente artículo se centrará en su forma original y arquetípica: el establecimiento público. Los administrativistas en general suponen que las normas positivas en las que se estructura el sector paraestatal no tienen conexión alguna con dinámicas más amplias por fuera del derecho (adoptando así una posición que denominaré “normativismo puro”); este artículo, por contraste, busca ampliar el ámbito de atención y las potenciales conclusiones de este tipo de investigación.

II. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO ENTRE ADMINISTRATIVISTAS Y CONSTITUCIONALISTAS

1. *Una propuesta para interpretar sensatamente la parte orgánica de la Constitución*

La tesis del normativismo puro genera una importante reducción del conocimiento jurídico ya que ignora datos fundamentales para una adecuada

¹ Este tema se ha desarrollado fundamentalmente en la Constitución Política (título V y siguientes), y en los decretos 1050 y 3130 de 1968, posteriormente subrogados por la Ley 489 de 1998.

² La administración pública es, al fin y al cabo, una de las formas más tangible de manifestación del Estado. Por tanto, los propósitos y función de la “administración pública” expresan en gran medida el papel que el Estado juega en todas las esferas sociales y económicas.

comprensión del papel del Estado colombiano a lo largo de su lenta consolidación durante los siglos XIX, XX y XXI. El normativismo puro propone una metodología débil de investigación porque parte de una distinción radical entre derecho y otros subsistemas sociales, por eso, cuando busca explicar las normas, lo hace a partir de los textos jurídicos e ignora las ideas, procesos y presiones que animaron el cambio y el efecto normativo. Este conjunto de factores (ideas, procesos y presiones) forma un verdadero diálogo social que ayuda a explicar el propósito central de las normas y de los sistemas administrativos en ellas sustentadas.

El normativismo, en una de sus características hermenéuticas típicas, separa radicalmente los textos de la ley de los diálogos sociales en que ésta fue formada. Estos diálogos sociales son realidades que trascienden por mucho la voluntad del legislador; mientras que este concepto denota un esfuerzo mínimo por aclarar el significado de la ley en su historia legislativa,³ la noción de diálogos sociales busca resaltar el conjunto de ideas y procesos sostenidas por periodos largos de tiempo entre muchos actores políticos y económicos en los que finalmente se van logrando balances sobre los sistemas normativos que una sociedad expide y pretende aplicar. Mientras la noción de “voluntad del legislador” hace exclusiva referencia al proceso legislativo anterior a la expedición de la ley, el concepto de diálogo social busca resaltar el papel que tienen todos los actores relevantes (y no sólo aquellos que participan formalmente en el proceso parlamentario) y que se desarrolla en periodos históricos mucho más largos que aquellos que resultan analizados bajo la metodología de la voluntad del legislador. Estos diálogos sociales, además, continúan con posterioridad a la expedición de la ley y forman un continuo con las dinámicas de aplicación e interpretación poslegislativas. La investigación normativista pura, incluso en las escasas ocasiones en las cuales consulta la voluntad del legislador, termina ignorando la mayor parte de este diálogo social en el que se dan de manera muy rica el diagnóstico de disfunciones, la negociación jurídica, económica y social, y finalmente los balances políticos que posibilitan la expedición de normas. Una vez que se

³ Es este minimalismo el que ha permitido que los normativistas en general acepten este criterio de interpretación cuando la letra de la ley no es suficientemente clara. El enfoque restrictivo que se propone con la indagación de la “voluntad del legislador” no amenaza de manera importante la autonomía de los textos legales, ni obliga a que el jurista se adentre en los vericuetos del “sincretismo metodológico”, esto es, mantiene a la “ciencia del derecho” a una saludable distancia de las “ciencias sociales”.

expiden estas normas, los juristas tienden correctamente a centrar su atención en ellas, pero esto no debería impedir que mantengan una atenta mirada al diálogo social que precedió y seguramente trascenderá el momento de expedición legislativa. Una comprensión adecuada del diálogo social ofrecería pistas fundamentales para una adecuada comprensión del derecho positivo y su función dentro de la sociedad.⁴

El normativismo puro domina la enseñanza del derecho por razones no siempre válidas: para trascenderlo se requiere, en primer lugar, procesos de investigación más complejos que revelen los diálogos sociales a los que se alude en los párrafos anteriores; las normas positivas contienen pistas decisivas para comprender estos “diálogos sociales”, pero al mismo tiempo resultan insuficientes para reconstruir de manera completa y permanente los balances que toda una generación de diseñadores del Estado logró después de muchos esfuerzos y compromisos. Los textos normativos, por tanto, están profundamente relacionados con estos diálogos sociales, pero no soportan el peso de transmitirlos históricamente a las generaciones subsiguientes de abogados, jueces y administradores públicos que deberán aplicarlos en el curso de la administración rutinaria del Estado. En estos diálogos sociales, por ejemplo, hay una continua discusión de los males o disfunciones que aquejan la estructura del Estado y, correlativamente, se formulan remedios y soluciones que constituyen los avances de política pública que los diseñadores pretenden efectuar. El normativismo tiene la tendencia a olvidar esta fase de políticas públicas: las instituciones administrativas quedan así separadas de los diagnósticos que animaron su reforma, con lo que se inicia una nueva etapa de formalismo puro en el campo del análisis jurídico. La omisión de esta faceta política de las normas resulta, finalmente, en un empobrecimiento del conocimiento que tienen los abogados cuando se les confían tareas de aplicación, interpretación o rediseño de la estructura del Estado. El normativismo busca en parte impedir una sobrecarga cognitiva de los abogados que, por intentar entender los aspectos más amplios (políticos, económicos y administrativos) de la estructura del Estado, quizá sufrirían

⁴ Pistas de este diálogo social se pueden encontrar en otras disciplinas tradicionalmente no consultadas por el jurista: piénsese, por ejemplo, en la economía y la historia económica. Véase al respecto Ocampo, José Antonio (comp.), *Historia económica de Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1997. De este texto son particularmente interesantes para los propósitos de la presente investigación los capítulos VI, VII y VIII.

en su capacidad técnica de ser aplicadores rutinarios e imparciales de las normas; se argumenta, así, que el normativismo posibilitaría una cierta imparcialidad en la aplicación de las normas, mientras que el conocimiento preciso del diálogo social originaría una indebida politización de las tareas de aplicación del derecho.

Por oposición a esta opinión, me pregunto si el normativismo no está originando un déficit de conocimiento que pone a los abogados en franca desventaja frente a las nuevas élites profesionales con las que se disputa el control del Estado y su derecho;⁵ es cierto, de otro lado, que la teoría normativista origina la apariencia de una mayor neutralidad en la aplicación de las normas, pero esa neutralidad es el resultado indeseable de una ignorancia en la que el jurista se ha puesto voluntariamente. Resulta cierto, por tanto, que el normativismo parece impedir la escogencia entre opciones políticas alternativas: pero esta característica, antes que virtud, resulta en vicio porque las normas, de hecho, sólo son íntegramente interpretables a partir de los objetivos y metas políticas que en ellas se traslucen. La imparcialidad, bajo esta comprensión, parecería proceder de interpretaciones acontextuales que reduce la capacidad del análisis jurídico de determinar los orígenes, propósitos y consecuencias de las normas. Esta forma de “neutralidad”, si es verdaderamente tal, me parece indeseable y reduce en gran medida la capacidad del análisis jurídico de generar conocimiento social útil.

Como alternativa al normativismo los abogados tienen varias opciones de investigación. Entre ellas y para efectos del presente texto tan solo delinearé una de ellas: la investigación jurídica, cuando resulte pertinente,⁶ puede tratar de describir los marcos más amplios (los diálogos sociales) en los que las normas positivas se insertan y adquieren pleno sentido. En ese orden de ideas el presente texto comparte el esfuerzo de muchos juristas⁷ por vincular el desarrollo del mapa orgánico del Estado con acon-

⁵ Dezalay, Yves y Garth, Brian, *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar el Estado latinoamericano*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional, 2002.

⁶ Se puede conceder que habrá algunos temas en que ello no resulte posible o en que la utilidad del esfuerzo sea marginal o injustificable.

⁷ El presente texto continúa la tradición de administrativistas que, al menos parcialmente, han estado abiertos al estudio de la estructura del Estado desde la perspectiva de la política pública. Así, por ejemplo, puede mencionarse el excelente libro de Álvaro Tafur Galvis, posiblemente sin paralelo hasta el día de hoy, *Las entidades descentralizadas*

tecimientos políticos y económicos *por fuera del derecho*. Las normas jurídicas no se auto-explican, especialmente cuando son el claro resultado de causas y presiones provenientes de otros subsistemas sociales.

El alejamiento profundo entre derecho y sus contextos es particularmente dañino y reduccionista en áreas muy sensibles del derecho público. Así, por ejemplo, es necesario constatar que los conceptos fundamentales de administración pública no fueron creados de manera endógena ni autónoma por el Estado o por el derecho colombianos; durante todo el periodo que se estudiará a lo largo de este escrito (1900-1991) es posible sostener que el Estado ajustó sus estructuras a las presiones que el derecho recibía de otros subsistemas sociales y que las tecnologías políticas y administrativas de organización del Estado se difundieron a través de mecanismos de trasplante jurídico y de cooperación internacional donde los Estados periféricos o semiperiféricos estructuraron su propia agenda interna de reforma según los ideales político-administrativos que se fueron perfilando en los Estados más exitosos del mundo desarrollado. Por tanto, puede decirse que la reforma administrativa en Colombia estuvo jalonada, de manera determinante, por discursos internacionales de ciencia administrativa y desarrollo económico y social que buscaban, al mismo tiempo, solucionar problemas políticos internos que preocupaban a los estadistas nacionales de cada uno de los periodos que se recorrerán. La explicación legalista y nacionalista, pues, debe ser correlacionada con un mapa más amplio de ciencia administrativa comparada y geopolítica internacional, especialmente en un periodo histórico donde la comunidad internacional de la guerra fría estaba específicamente dedicada a reconstruir Estados y sus correspondientes administraciones públicas.⁸ Es en este periodo de la guerra fría, además, donde se consolida claramente una visión de la geopolítica internacional basada en la convergencia estructural de los Esta-

(Bogotá, ediciones de 1974, 1977 y 1984). De la misma forma pueden mencionarse a Carlos H. Pareja y la aguda conciencia política expresada en su libro *Derecho administrativo* (Bogotá, 1939). En la literatura nacional también son muy importantes, en este tema, los estudios de Libardo Rodríguez Rodríguez, Diego Younes Moreno y Jaime Vidal Perdomo en los que se presenta con especial lucidez los detalles políticos y económicos de las reformas administrativas en las que estos doctrinantes fueron protagonistas de primer nivel. Estos textos adolecen, sin embargo, de una interpretación de conjunto que busco dar en el presente trabajo.

⁸ Así, por ejemplo, el Plan Marshall para Alemania al finalizar la Segunda Guerra Mundial.

dos:⁹ los líderes de los bloques ideológicos en conflicto pretenden asegurar la fidelidad de los Estados del tercer mundo ofreciéndoles una cierta estructura de la administración pública que dé prioridad a ciertas políticas públicas de manera preferente a otras.

En el presente escrito, por tanto, se busca dar claves para acompasar, de un lado, el desarrollo normativo que ha tenido la estructura del Estado colombiano (foco tradicional del derecho administrativo) con las visiones político-ideológicas de las políticas de desarrollo que se ha buscado adoptar con las sucesivas reformas administrativas que se han dado en Colombia, y con el creciente papel que tuvieron estas reformas en lograr la alineación del Estado colombiano con los bloques geopolíticos de poder. Esta narrativa se hace tradicionalmente de la mano de textos constitucionales y legales, suponiendo, de forma errada, que ellos son los caballos que van delante de la carreta. Como se verá en este artículo, tales normas positivas son tan sólo positivizaciones *a posteriori* de fenómenos políticos y económicos que no se pueden ignorar.

2. *Dos maneras contrastantes de entender el derecho administrativo*

Una revisión de la literatura nacional dedicada al tema de la estructura del Estado revela que éste es presentado por los tratadistas de manera predominante normativista. Este tipo de estudios se concentra, casi de manera exclusiva, en una exposición del derecho positivo vigente sobre el tema. Este derecho positivo se ha consolidado, desde 1968, en torno al Estatuto General de la Administración Pública, originalmente expedido en 1968¹⁰ y

⁹ Se empieza a manifestar así un principio de simetría estructural entre Estados: se promueve la convergencia de ideología, ideales y aparatos administrativos como forma de asegurar la ubicación de las naciones dentro del mapa geopolítico de la guerra fría. Este principio de simetría estructural sigue siendo, hasta el día de hoy, una fuerza fundamental en la estructura interna de la administración pública de Estados periféricos. Las sucesivas “reformas administrativas” (bien sea orientadas por motivos fiscales o por motivos propios del servicio) son promovidas e incluso financiadas por organismos multilaterales o por Estados centrales y hacen parte de una agenda que busca, indistintamente, el mejoramiento de la capacidad estatal de ejecutar las políticas públicas, pero también de lograr alineamiento y convergencia sobre el contenido de dichas políticas públicas desde la perspectiva de alcanzar decisivas ventajas económicas y políticas en la competencia geoestratégica.

¹⁰ Este Estatuto estaba anclado en las normas pertinentes del Acto Legislativo 1 de 1968 y encontraba desarrollo específico en los decretos 1050 y 3130 de 1968.

que fue importantemente actualizado por la Ley 489 de 1998 con el propósito de incorporar los profundos cambios que ocasionó la Constitución de 1991, particularmente en las áreas de prestación de servicios de salud¹¹ y servicios públicos domiciliarios.¹² En la metodología normativista de investigación jurídica no existe un esfuerzo sistemático por hacer reconstrucciones completas de los componentes políticos e ideológicos que tienen influencia en la estructura de la administración pública y cómo estos componentes se tradujeron en normas jurídicas en un determinado momento histórico.

La metodología jurídica tradicional empieza con normas jurídicas como puntos de partida y a veces también, y en ello radica su debilidad, como puntos de llegada: se supone que ellas son capaces de autoexplicarse mediante interpretaciones textuales de las mismas y, en consecuencia, se escamotea el proceso de dar sentido a los procesos políticos, económicos y sociales en los que se crean e implementan las normas jurídicas. De esta metodología, por tanto, se sigue un divorcio muy profundo entre, por un lado, procesos políticos e ideológicos y, por el otro, normas positivas de derecho. La teleología y el proceso político de las normas tiende, por tanto, a diluirse en las brumas de la historia mientras que lo único que subsiste de ello es el texto positivo de la ley interpretado como unidad autónoma de sentido. La teleología de las normas, además, es usualmente entendida como los principios que animaban originalmente a la norma; pero en la medida en que las discusiones políticas se pierden en el contexto de la enseñanza jurídica, así también los principios y fines de la norma pierden nitidez en los juristas que no participaron directamente en su construcción. De esta forma la interpretación de las reglas se separa radicalmente de los principios o fines que terminan marginalizados en el proceso de interpretación rutinaria de las normas.

En el presente texto se ofrece una versión diferente de las tareas de la interpretación e investigación jurídicas: aquí el principal objeto de una

¹¹ La Ley 489 acomoda la estructura del Estado a los mandatos de la Ley 100 de 1993 en la medida en que ésta reorganiza el papel del Estado en la prestación del servicio de salud.

¹² Las leyes 142 y 143 de 1994 también redefinieron el papel del Estado en la prestación de servicios públicos domiciliarios dentro de un nuevo esquema en el que se incluía una activa participación del sector privado. Estos cambios fueron igualmente reflejados en la estructura del Estado plasmada en detalle en la Ley 489/98.

ciencia del derecho consiste en poder hacer visible un proceso político y administrativo que se pierde (por no decir oculta) en el mero análisis textual de normas jurídicas vigentes. El ocultamiento se produce porque las normas se separan de sus fines y sus propósitos, esto es, de la reflexión política, social y económica que originó la adopción de conceptos y estructuras administrativas como solución propositiva a disfunciones percibidas por sus creadores. La norma legislativa no puede, por razones de economía textual, recordar permanentemente los propósitos que la animan; pero de allí no se puede deducir, por tanto, que la norma legislativa no sea un acto finalista y propositivo. Los límites de la técnica legislativa pueden a veces estimular el estudio formalista de las normas, pero la separación entre la norma y sus propósitos políticos y sociales constituye una debilidad inherente en el análisis jurídico formalista.

Esta separación entre la norma y su propósito origina dos variantes de entender el derecho orgánico o estructural del Estado que tienen, de entrada, ciertos prejuicios: en la visión formalista, la norma jurídica vigente es indispensable en su aplicación contenciosa y judicial; para el ciudadano es suficiente con conocer la estructura del Estado porque de esa manera puede determinar rápidamente quién es potencialmente el responsable del ilícito frente al cual pretende reclamar e identifica de esa manera la legitimación pasiva (es decir, quién ostenta la personalidad jurídica) para efectos de reclamar contenciosamente sus derechos. La defensa del individuo frente a la administración pública sólo requiere del conocimiento más o menos preciso del organigrama del Estado; sobra, en consecuencia, un conocimiento íntimo de la estructura del Estado desde el punto de vista interno, es decir, desde el punto de vista de la historia y propósitos políticos de la norma en términos de la prestación y oferta de las funciones y servicios públicos.

A partir de este análisis, puede afirmarse que el derecho administrativo, por tanto, se parte en dos versiones cuyos orígenes son claramente identificables: por un lado se trata del conjunto de procedimientos y acciones que buscan defender al particular contra la arbitrariedad del poder público (y, en ese sentido, se trata de un derecho administrativo liberal e individualista); pero del otro lado, y particularmente a partir del *welfarismo* y desarrollismo del siglo XX, el derecho administrativo es la plataforma normativa necesaria para activar la legítima intervención del Estado como igualador social, como estimulador del empleo y del desarrollo,

en fin, como agente activo del bienestar social (derecho administrativo del bienestar).¹³

El tratamiento formalista de la estructura del Estado en Colombia desarrolla sistemáticamente el punto de vista de los administrados. Se trata de un derecho administrativo liberal concebido, en realidad, como derecho privado (por más paradójica que resulte esta afirmación): aquí se parte de la ficción de un derecho administrativo que defiende a los individuos frente a la siempre presente arbitrariedad del Estado. Por esta vía, finalmente, es un derecho administrativo que poco o nada comprende de la oferta de funciones y servicios públicos. No le ofrece a los abogados conocimientos muy precisos sobre cómo administrar el Estado, aunque profesionalmente lo tengan que hacer de manera frecuente con las escasas herramientas que les provee el marco ideológico y técnico en el que se enseña el derecho administrativo liberal. El mismo Estado (como parte de la reforma administrativa con que se inicia el Frente Nacional entre 1958 y 1961) entendió que este énfasis tradicional en la enseñanza del derecho administrativo debilitaba su capacidad de control y maniobra y, en consecuencia, creó la Escuela Superior de Administración Pública¹⁴ con la intención, entre otras, de suministrar la doctrina jurídica necesaria para estabilizar el derecho administrativo del bienestar, es decir, el derecho administrativo de la oferta de bienes y servicios. En la lucha académica de visiones y teorías, sin embargo, parece seguro decir que la ciencia de la administración (como típica manifestación del derecho administrativo del bienestar) siguió siendo una manifestación muy parasitaria si se le compara con el derecho administrativo de la defensa del individuo que domina la doctrina colombiana.¹⁵

¹³ Esta dicotomía se presenta en otras áreas del derecho hacia mediados del siglo XX como lo explica, por ejemplo, el profesor Mirjan Damaška, en su libro *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), el profesor Damaška muestra cómo el derecho procesal también se dividió entre una versión individualista y garantista, de un lado, y otra dirigista y welfarista.

¹⁴ Como después, en la reforma de 1998, crearía la Escuela de Alto Gobierno. Véase al respecto los artículos 30 y ss. de la Ley 489/98. Estos esfuerzos institucionales no han nivelado, hasta el momento, la producción de doctrina administrativista que continúa, por mucho, recorriendo los cauces de la versión individualista descrito en el texto. Sobre las funciones de la Escuela de Alto Gobierno puede consultarse la página <http://www.esap.edu.co/index.asp?id=214>.

¹⁵ Una doctrina administrativista más encarnada y contextual puede observarse en Lochak, Danièle y Chevallier, J., *Science administrative*, París, LGDJ, 1978-79; y en Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico*, Universidad Externado, Bogotá, 2003.

El formalismo del derecho administrativo liberal establece, además, una diferencia insalvable entre las formas jurídicas y las realidades políticas. Se sabe de sobra, aunque sólo sea intuitivamente, que la política interactúa decisivamente con la administración, pero el derecho administrativo liberal niega la forma en que la política termina determinado el funcionamiento de las normas y de la organización del Estado. Desde la perspectiva formalista, pues, se trata de una investigación sobre administración pública que aparenta desconocer el clima “clientelista” en la que ésta se mueve y que, para bien o para mal, tiene señalada importancia en el funcionamiento, no sólo político sino también jurídico, del sistema.¹⁶ Se trata de una renuncia al estudio de la realidad, a un encerramiento dentro de las formas jurídicas que ocasiona una lamentable pérdida de conocimiento necesario para los abogados que, en todo caso, terminarán en las cúspides de la organización estatal. Los abogados, por formación, aspiran a la asepsia de la doctrina administrativista; pero al mismo tiempo reservan para su profesión (casi de manera monopolística) la participación política en estas esferas. Esta división del conocimiento disminuye notoriamente la capacidad de los abogados de entender y participar en la solución estructural de los problemas administrativos del Estado. En el derecho administrativo liberal, de hecho, la cuestión administrativa es dividida en transacciones individuales, en casos de defensa de derechos, y se pierde la capacidad de ver el problema desde una perspectiva macro y propiamente estatal que tanto interesa a la prestación adecuada de funciones y servicios públicos.

Las afirmaciones anteriores quizá suenen excesivamente polémicas en términos de metodología jurídica. Su único propósito es el de presentar un aspecto que me parece fundamental en el estado del actual derecho público colombiano y que, por tanto, merece discusión explícita. Este artículo podría parecer, entonces, una pieza de combate, pero en realidad arranca con una oferta de armisticio cuyos términos generales son los siguientes: la estructura del Estado debe ser estudiada por un derecho público comprensivo y no únicamente por el derecho administrativo liberal si por éste se entiende el conjunto de estudios formalistas e individualistas que tanto han dominado el campo. Usualmente lo que se denomina derecho constitucional busca hacer estudios de la administración pública desde un punto de

¹⁶ Véase el respecto de Leal, Francisco y Dávila, Andrés, *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*, Bogotá, Tercer Mundo, 1991.

vista macro y, por tanto, teórico. Pero lo que se considera teórico es, por supuesto, la inhabilidad de este conocimiento de ser utilizado de manera inmediata en la protección de intereses privados. Pero desde el punto de vista de la administración pública esta oferta del derecho constitucional no es realmente teórica: tiene incluso una importancia capital, inaplazable.

Debemos hacer estudios macro (del sistema administrativo, de sus reglas y de las consecuencias que se derivan de ellas), así como estudios micro (de la potencialidad de estas reglas en la defensa y protección de intereses individuales frente al accionar del Estado). Mientras alcanzamos algún balance entre estos dos tipos de estudio (por ahora casi monopolizados por los estudios micro), asignemos la responsabilidad de esta forma de investigación al derecho público, quizá como gesto de reconciliación parcial entre el derecho constitucional y el derecho administrativo cuyos conflictos e incomprensiones no pueden ser, al día de hoy, más profundos. A esto quizá se refiere la incompleta constitucionalización del derecho administrativo que se vislumbró con la Carta de 1991 y frente a la cual existe una conspicua resistencia de cultores del derecho público administrativo, la cual es, por decir lo menos, paradójica.

III. ¿CÓMO PASAR DE LA GUERRA CIVIL A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MODERNA?

1. *Planteamiento general*

Desde mediados del siglo XIX los Estados modernos aumentaron, en todo el mundo, el rango de servicios y cargas que debían asumir directamente. El tamaño de Estado en términos de funcionarios, participación del sector público en el PIB y especialización de funciones creció de manera significativa. Este proceso está adecuadamente analizado tanto por el iuspublicista León Duguit como por el sociólogo Max Weber, quienes ofrecen abundante evidencia histórica al respecto.¹⁷ Estos autores, al mismo tiempo, relatan el nacimiento histórico a finales del siglo XIX y comienzos del XX de una burocracia independiente, autónoma, eficaz, que presta los servicios públicos de manera racional, técnica y eficiente. Tal

¹⁷ Para formulaciones extensas de este punto véase Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1987; Duguit, León, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

prestación de servicios estatales es, además, precondition para el pleno desarrollo de una economía capitalista.

Las transformaciones del Estado colombiano también responden, en grandes rasgos, a esta narración weberiana: desde finales del siglo XIX el Estado tiene que responder a una creciente demanda social de servicios públicos y de infraestructura. Esta nueva inversión pública es complementaria al aumento de la inversión productiva privada y por lo tanto instrumental en los procesos de urbanización, industrialización y, finalmente, “desarrollo económico” del país. Esta expansión del Estado se solidifica en Colombia a finales de la década de los treinta del siglo XX. La teoría política de la época, igualmente, empujaba a los Estados a cumplir con estas funciones bien sea bajo la forma del solidarismo, expresión de la teoría jurídica francesa en que se fundaba el Estado administrativo del servicio público o, alternativamente, bajo las prescripciones del keynesianismo económico. Bajo el impacto conjunto de ideas y de presiones sociales el Estado creció y especializó sus funciones. Esta especialización de funciones sería, en gran parte, el motor de la descentralización por servicios.

Este crecimiento estatal estaba signado por lo que podría llamarse el “ideal weberiano”: el burocratismo¹⁸ se constituía en señal máxima de la racionalización y eficiencia en el desempeño de la función pública y su correlativo alejamiento de la influencia partidista. Ya Weber hablaba del nacimiento de una verdadera rama burocrática del poder público como algo alejado de la política en el sentido que se buscaba aislar la prestación de servicios técnicos de las presiones coyunturales de la política. Ello se obtenía, por ejemplo, mediante el aseguramiento a los funcionarios de un “derecho al cargo” y de paquetes salariales y pensionales, todo dentro del marco de reglas impersonales de acceso y ascenso dentro del servicio público. La descripción de Weber se refiere a la burocracia muy

¹⁸ Que en Weber tiene una connotación claramente positiva por oposición a la visión que de la “burocracia” tiene el neoliberalismo y, con él, la opinión pública contemporánea. Al respecto véase el artículo de Peter Evans y James Rauch, “La burocracia y el crecimiento: un análisis transversal entre naciones de los efectos de las estructuras estatales “weberianas” en el crecimiento económico”. Evans, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007. Este sentido específico ya ha sido recogido por el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* (22a. ed.) cuando recoge el uso de los hablantes en la cuarta acepción del vocablo “burocracia” al definirla como “administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas”.

sofisticada de los “viejos Estados” (en particular Alemania) y se postula como una forma de dominación política contemporánea por oposición a la dominación tradicional o carismática.

En Colombia este ideal weberiano llegaría, con el tiempo, a ser tremendamente poderoso en lo ideológico y de notoria ineficacia en lo práctico. El país tenía desde el siglo XIX un bipartidismo sectario que originaba constantes luchas por el poder que producían una inestabilidad política permanente: perder las elecciones significaba perderlo todo, incluso con enorme riesgo para la propiedad o la vida. Este faccionalismo político motivó en los publicistas colombianos la necesidad de crear instituciones que racionalizaran la transmisión del poder político entre facciones, al tiempo que aislaban la administración de la política de las presiones coyunturales de buscadores de fortuna. Estas presiones hacia la racionalización del poder se empiezan a sentir con toda claridad en el derecho público colombiano en la primera década del siglo XX; así, en 1910 se adopta una reforma constitucional de cuño republicano que busca dar salida constitucional a la inestabilidad política del país. Sectores productivos del país, interesados en la industrialización y racionalización de la actividad económica se encuentran detrás de estos desarrollos. En la próxima sección se presentará en detalle el desarrollo del pensamiento administrativo colombiano de esta época y se explica la notoria influencia del mismo en el desarrollo de la administración pública hasta nuestros días.

2. El ideal weberiano de “dominación burocrática” en el contexto colombiano

El tránsito del Estado colombiano al siglo XX no pudo haber sido más traumático: el país se encontraba arrasado por una guerra civil entre partidos políticos que llevaría, en 1903, a la desmembración territorial de Panamá. El desastre político y económico de la “guerra de los mil días” constituyó también un importante punto de quiebre para el derecho público colombiano. A partir de este momento es posible notar la aparición y lento desarrollo de una serie de ideas político-administrativas que buscaban rescatar al país del fracaso institucional que, según muchos, había dominado la construcción de Estado durante el siglo XIX. En palabras del jurista y político conservador Antonio José Uribe, “[q]uien estudia la historia de Colombia, se convence de que aquí hemos malgastado lasti-

mosamente casi todos los años de la vida nacional en agitaciones políticas”.¹⁹ Desde la independencia política

...hemos tenido setenta años de luchas ardientes, y la vida nacional ha sido una continua pesadilla. Seis nuevas Constituciones han regido el país, sin que hayamos logrado entrar en la era del reposo público.

Es sin duda que al lado de las Constituciones y de las leyes, de las doctrinas, de los principios y de las teorías, debe fundarse algo práctico: no basta legislar, es preciso gobernar, administrar debidamente los negocios de la comunidad social.²⁰

Podría decirse que entre 1900 y 1910 surgió una creciente necesidad de crear un derecho público interno que sirviera como árbitro imparcial e incruento de los conflictos entre los partidos. Según un diagnóstico que se hizo popular en la época, el poder político se ejercía conforme a un sistema “exclusivista” donde el partido victorioso retenía de manera arbitraria el poder y donde la derrota militar o electoral resultaba fatal para los vencidos:

Para los que han estado en el gobierno, la principal preocupación ha sido cerrarle, en todos los caminos, el paso a la oposición. Ora manejando la pluma de periodistas, ora ideando combinaciones meramente políticas, el pensamiento cardinal, por no decir el único, ha sido el de mantener a raya a los antiguos adversarios y a los amigos díscolos que, por uno u otro motivo, han ido cayendo en desafecto.²¹

Uno de los grandes errores institucionales, por tanto, radica en no deslindar la administración de la política. Mientras en la política se defienden los grandes principios y se evitan hacer concesiones al “error” ideológico del enemigo, la administración es, en cambio, un campo práctico (por oposición al filosófico o ideológico) donde se pueden conseguir acuerdos entre aquellos que en la política no parecen concordar en nada. Para Antonio José Uribe, por tanto, es preciso que Colombia adopte un “verdadero sistema de administración pública” y se concentre en lograr el progreso de la República que se mide, entre otras cosas, en el monto de los ingresos fiscales del Estado, en el estado de la industria y

¹⁹ Uribe, Antonio José, *La reforma administrativa*, 1903, p. 60.

²⁰ *Ibidem*, p. 109.

²¹ *Ibidem*, p. 2.

del comercio, en el pago de la deuda interna y externa, en la rehabilitación del crédito público, en fin, en el desarrollo material, a la creación de riqueza, al bienestar social.²²

Adicionalmente a esta inadecuada separación entre política y administración, el Estado resultaba enredado en las composiciones políticas,²³ padecía de la “dolencia del funcionarismo”²⁴ y, finalmente, su administración estaba basada en el “sistema de las influencias”.²⁵ Dirigentes dedicados exclusivamente al partidismo ideológico y al método del exclusivismo habían olvidado las tareas de la administración: la política ha sido esencialmente imaginativa, mientras se pospone la tarea eminentemente práctica de gobernar: “El error ha consistido en confiarlo todo a la estructura constitucional, encerrándose dentro de la ciudadela para dedicarse a los juegos de la política, con descuido de la administración”.²⁶

¿Cómo lograr entonces esta reforma administrativa que conduzca a los políticos a la verdadera tarea imparcial, conforme a derecho, de gobernar sin preferencias por amigos políticos, con el único propósito de lograr el progreso económico del país en el que concurren todos aquellos que tengan “luz en el cerebro y sano el corazón”²⁷ de ambos partidos? Para lograr este objetivo, según Uribe, ya se conocen en la teoría varios mecanismos que sólo requieren ser implementados en la práctica. Estos mecanismos son en general aquellos que el sociólogo Max Weber convertirá en paradigma bajo el rótulo de la “dominación burocrática” en su célebre libro póstumo de 1922. Estos mecanismos ya pueden ser conocidos y evaluados en la experiencia de gobiernos como los de Francia, Argentina, Brasil, México y Perú,²⁸ de donde Uribe extrae sus mejores y más persuasivos argumentos.

El paradigma de dominación burocrática de Weber, en realidad, constituye una descripción sociológica de una serie de reglas y sistemas de derecho administrativo que se fueron desarrollando en Alemania y Francia a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX y que pretendían, precisamente, separar con nitidez la administración de la política. Esta separa-

²² *Ibidem*, p. 5.

²³ *Ibidem*, pp. 2, 15 y 232.

²⁴ *Ibidem*, p. 184.

²⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁷ *Ibidem*, p. 115.

²⁸ *Ibidem*, *passim*.

ción es, en gran parte, el núcleo del derecho administrativo moderno del que se espera que ofrezca garantías de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.³⁰

Para lograr la realización de estos ideales el derecho administrativo establecía algunos principios fundamentales: el primero y más importante es que la administración también estaba sometida al principio de justicia. Según este conjunto de ideas, en las naciones más atrasadas la administración pretendía poseer la facultad de repartir de manera discrecional los puestos, recursos y beneficios que estuvieran a su disposición. El principio de justicia, tan claro para la rama judicial, implicaba ahora que la administración también se resistiera en todos los ramos del servicio público a aceptar “desigualdades inmotivadas y... preferencias”.³¹ La analogía entre el ministro y el magistrado debe ser total:

A los ojos de un ministro de Estado, por ejemplo, no debe haber, respecto de los que, invocando las leyes, ocurren a él, sino ciudadanos, del propio modo que el magistrado de un Tribunal o una Corte de justicia no debe ver, en los que litigan ante él, sino partes demandantes y partes demandadas, a las cuales ha de reconocérseles estrictamente su derecho. Cualquiera de aquellos dos funcionarios que, apartándose a sabiendas de la norma que le traen las leyes, procede obedeciendo a móviles de simpatía o antipatía, prevarica.³²

Estas afirmaciones, tan triviales para el jurista contemporáneo, deben leerse en el contexto de la desconfianza faccionalista que existía entre gobierno y oposición en 1900. Esta concepción de la administración resultaba fundamental para construir los mínimos de confianza necesarios entre opositores políticos; sólo así, además, se lograría que las elecciones fueran limpias y libres porque la única forma de garantizar la transición pacífica y regular del poder entre partidos opuestos era ofreciendo la garantía de imparcialidad burocrática de la administración, es decir, asegurando que la pérdida del poder no tendría resultados cataclísmicos para los perdedores. Por lo tanto, “[r]establecida la paz, tan pronto se vuelva a la normalidad, las distinciones entre vencedores y vencidos —por lo que

³⁰ Este listado todavía constituye el *desideratum* de la acción administrativa en el artículo 209 de la Constitución Política colombiana de 1991.

³¹ Uribe, Antonio José, *op. cit.*, nota 20, p. 15.

³² *Idem.*

toca al ejercicio de la justicia administrativa—, si podemos expresarnos así, son fundamentalmente odiosas, y deben extirparse”.³³

Así como la Revolución francesa había pretendido que el Poder Judicial fuese “invisible y nulo”, así igualmente la administración pública moderna debía estar compuesta por funcionarios que, en estricto apego a la ley, impidieran los favoritismos, el reino de la influencia y, finalmente, la desconfianza en el sistema político que originaba las guerras civiles. La administración pública debe ser, aunque suene paradójico, una justicia administrativa en el sentido que sus formas de decisión no se diferencian en casi nada a las propias de los tribunales de justicia:

La diferencia que prácticamente se ha hecho entre la justicia administrada por los jueces y los tribunales ordinarios, y la que imparten los empleados de la rama ejecutiva, no tiene fundamento, comoquiera que la división de los poderes públicos no se ha establecido para crear tales desigualdades, sino, al contrario, para lograr la efectividad del derecho.³⁴

Este concepto de administración pública evidentemente proviene de la cultura legalista francesa del siglo XIX. En estos párrafos es claro que Uribe está hablando de una noción de justicia que todavía es interna a la misma administración: con el tiempo los franceses pensaron que esta garantía no era suficiente y sometieron las decisiones de la administración a un juez administrativo que fuera externo y autónomo frente a los administradores. A ellos se les seguía exigiendo un comportamiento ceñido al principio de legalidad, pero se desconfiaba que, finalmente, lo cumplirían a cabalidad. La “autonomización” de la justicia administrativa buscaba, precisamente, dar una garantía institucional independiente al cumplimiento del principio de legalidad por parte de la administración pública. Mientras que Uribe, en 1900, todavía no veía esa necesidad, la garantía judicial pareció necesaria en 1913 cuando se creó el Consejo de Estado como órgano jurisdiccional de control de la actuación administrativa. El principio de legalidad administrativa puede parecer una noción trivial para el jurista contemporáneo, pero es importante resaltar que tan solo se activa en Colombia con todo su potencial en el marco del desastre institucional de la guerra de los mil días.

³³ *Idem.*

³⁴ *Ibidem*, p. 16.

Así las cosas, la dominación burocrática promete reemplazar a los caudillos, generales, poetas e ideólogos que han gobernado el país.³⁵ El comportamiento de estos nuevos cuadros burocráticos debe ser eminentemente práctico. El presidente-poeta por excelencia, José Manuel Marroquín, ordena una reforma administrativa cuyas técnicas no fueron incorporadas, sino hasta mucho después,³⁶ en el derecho positivo colombiano. Las ideas de Uribe ya suenan tan respetables que el general Rafael Reyes las convertirá en su propio programa de gobierno: “Más administración y menos política”. Para Uribe, en lo que luego será un tópico de conservadores y republicanos interesados en dejar atrás el guerrerismo faccionalista, los administradores públicos deben, en primer lugar, conocer el estado de los negocios que se les han encargado: se trata de “inventarios breves, exactos y sinceros” en los que se exponga la realidad de los asuntos públicos. Estos inventarios permitirán que el gobierno y sus ministros presenten un “programa administrativo” en el que fijen las líneas centrales de su acción. Estos inventarios, a su vez, deben ser técnicos, presentados en el lenguaje de las cifras y de la estadística, y no en el de los principios o las ideologías: “Es que tenemos horror a los números, nos seducen las galas del estilo y nos domina la manía de las disertaciones políticas”.³⁷ Una vez que la paz esté asegurada, los “asuntos de derecho público han salido del dominio de la discusión”.³⁸ Ahora se trata, simplemente, de ejecutar el programa de administración.

Un programa de administración requiere, adicionalmente, de dos condiciones relativas al personal y a las condiciones en que se ejecuta: en primer lugar, debe haber continuidad en su ejecución por lo que se requiere, del lado constitucional, de periodos presidenciales largos,³⁹ y, del lado administrativo, de una cierta estabilidad de los funcionarios para

³⁵ Véase, al respecto, Deas, Malcolm, “Gramática y poder en Colombia”, *Del poder y la gramática*, Bogotá, Tercer Mundo, 1993.

³⁶ La obligación constitucional y legal de presentar planes y programas de desarrollo sólo se formalizará hasta el Acto Legislativo 1 de 1945. En la práctica, sin embargo, sólo fue hasta la reforma de 1968 donde un sistema nacional de planeación toma la configuración que actualmente tiene. El gobierno de Marroquín, sin embargo, ya sabía que la planeación era un elemento fundamental de la “dominación burocrática” moderna.

³⁷ Uribe, Antonio José, *op. cit.*, nota 20, p. 10.

³⁸ *Ibidem*, p. 114.

³⁹ Este es el argumento fundamental por el cual la Constitución de 1886 estableció periodos presidenciales de 6 años por oposición a los de 2 que rigieron bajo la Constitución de Rionegro.

que puedan aplicarse al desarrollo del programa de gobierno. La politización de la administración es funesta: “La febril excitación política embargó casi por completo el ánimo de los gobernantes, lo que originó un cambio incesante en el personal de los Ministerios y Gobernaciones, e hizo imposible el que se pensase en aplicar las fuerzas del Estado a la realización de las grandes obras de interés nacional”.⁴⁰

En segundo lugar se requiere que los funcionarios sean “expertos” en los campos en que se va a ejecutar el programa: “...la dirección de los asuntos nacionales exige que ciertos departamentos, que requieren conocimientos técnicos especiales, estén dirigidos por los hombres formados para la carrera pública”.⁴¹ Este experticio, además, puede ser importado a la administración pública de la experiencia que en sus propios negocios tienen los hombres de negocios: “Es necesario templar la acción absorbente de los políticos, con la intervención de los gremios trabajadores en todas las funciones de la vida pública, en las labores oficiales”.⁴² Más adelante, a finales de la década de los treinta, la doctrina administrativista hablará de la “descentralización sindical” para referirse a la participación de los “gremios trabajadores” en el sector descentralizado. Así ocurría, por ejemplo, en la Universidad Nacional de Colombia, donde se pretendía que la administración fuera realizada por los “técnicos de la cultura”.⁴³ La descentralización por servicios, como veremos luego, tiene componentes muy marcados extraídos de tendencias corporativistas presentes en el derecho administrativo europeo de la entreguerra.

Antonio José Uribe, por tanto, está anunciando en 1900 los fundamentos teóricos mínimos requeridos para el nacimiento de un derecho administrativo moderno: la administración, primero, no es política; debe haber “programación” y “experticio”, esto es, se debe dominar el lenguaje técnico y progresivo en el que se desarrolla el accionar del Estado, por ejemplo, en el fomento de la agricultura, en la expansión de los ferrocarriles, en la extensión de la frontera agrícola mediante el uso de los baldíos, en el establecimiento de correos y telégrafos confiables; finalmente, debe haber continuidad en el accionar burocrático, usualmente bajo la forma de la carrera administrativa.

⁴⁰ Uribe, Antonio José, *op. cit.*, nota 20, p. 113.

⁴¹ *Ibidem*, p. 104.

⁴² *Idem*.

⁴³ Así se refiere a ellos Carlos H. Pareja en su libro *Derecho administrativo*, 2a. ed., Bogotá, Editorial El Escolar, 1939, p. 111.

3. *La estructura de la administración pública colombiana hasta 1940*

El llamado a la administración (y no a la política) se va a desarrollar en la primera mitad del siglo XX bajo la égida de un principio fundamental de la Constitución de 1886: “centralización política y descentralización administrativa”. Este lema fundamental buscaba, en primer lugar, suprimir de manera definitiva la federalización que el país sufrió bajo las Constituciones de 1858 y 1863 al abrigo de las cuales, según los regeneradores, el país había entrado en sucesivas guerras civiles. El reconocimiento de la autonomía de los Estados federados se había convertido, en realidad, en una patente de corso para que caudillos locales lanzaran proyectos militares de dominación regional y nacional. La centralización y monopolización de la “autoridad”⁴⁴ en un gobierno central se erigía en la pieza fundamental del nuevo ideario constitucional: así, por tanto, se produjo un proceso de centralización de la legislación, de la adjudicación, de la emisión de moneda, pero, sobre todo, de las armas y de los ejércitos. Se admitía, eso sí, que debían existir gobiernos locales, bajo la forma de departamentos y municipios, pero que éstos realizaban funciones exclusivamente administrativas y no políticas, como lo habían pretendido en su momento los estados soberanos bajo el arreglo federal de Rionegro. Este, en realidad, es el origen político-constitucional de la ubicación administrativa de los cuerpos colegiados locales en Colombia, a saber, asambleas departamentales y concejos municipales. Su nuevo sítil administrativo buscaba despolitizarlas, mientras reservaba el monopolio de la política a las autoridades centrales del Estado.

Los departamentos y municipios, por tanto, fueron encargados fundamentalmente de aquellos asuntos que, para entonces, eran considerados como genuinamente “locales” y en cuya prestación se requería de pura “administración”, entre ellos se contaban, por ejemplo, la educación primaria, las minas, los caminos de herradura y aquellas otras inversiones en infraestructura y nuevos servicios públicos que pudieran prudentemente atender las administraciones locales dado lo exiguo de sus presupuestos.

Del otro lado de la estructura del Estado estaba la administración nacional, se trataba, a la altura de 1900, de una estructura bastante más cha-

⁴⁴ La noción de “autoridad” es un concepto fundamental en el ideario político de la regeneración.

ta y simple que la que exhibe hoy el organigrama del Estado colombiano. En términos generales podría decirse que el gobierno nacional sólo estaba constituido por aquellas entidades que hoy se denominan organismos principales de la administración, es decir, por su sector central.⁴⁵ La noción de descentralización por servicios no era una categoría dogmática o administrativa clara, aunque ya existían algunas manifestaciones dispersas del fenómeno. Puede decirse que, para la época, la administración nacional estaba dominada por el principio de unidad del Ejecutivo: existía una unidad de designio en el programa administrativo que debía ser ejecutado al unísono por todos los ministros y por las, relativamente pocas, dependencias adscritas a cada uno de ellos. Así, por ejemplo, las tareas fundamentales de la nación a comienzos del siglo XX se concentraban en el fomento de la educación secundaria, en el pago de las obligaciones vigentes en su contra por razón de las numerosas expropiaciones de guerra y demás mecanismos por los cuales adquirió crédito forzoso, en la solidificación del casi inexistente crédito público y, con el escaso presupuesto sobrante, en obras de fomento que, sin embargo, deberían ser ejecutadas por los particulares cuando ello fuera posible a través de figuras como la concesión.

4. La descentralización social y el nacimiento del Estado providencia

En los primeros treinta años del siglo XX la técnica de la descentralización por servicios creció de manera lenta, casi inconsciente, al vaivén de las copias institucionales específicas que fue haciendo el Estado colombiano y sin una clara apropiación de las características particulares de esta técnica administrativa que ya empezaba a tener forma definida en el derecho francés y en el derecho estadounidense bajo los conceptos de

⁴⁵ A lo largo del artículo he tratado de ser sumamente cuidadoso para no cometer anacronismos conceptuales: el sector centralizado es un típico concepto de los últimos años y su aplicación a la administración pública de comienzos de siglo puede dar la impresión, por vía del anacronismo conceptual, que el Estado siempre ha sido igual. El propósito del artículo es precisamente el contrario: mostrar con algún detalle el camino de maduración y transformación conceptual e institucional que sufrió el Estado a lo largo del siglo XX. Un error muy difundido entre los juristas es creer que, cuando en un momento dado, se logra un “concepto jurídico” el mismo puede ser aplicado, sin más, a las manifestaciones institucionales que lo precedieron. En ese sentido todos los conceptos jurídicos tienen una “historia” que los conceptualistas, sin embargo, parecen ignorar.

établissement public, de un lado, e *independent agency*,⁴⁶ *independent establishment* y *public corporation*, del otro. En esta etapa, empero, la mayor parte de la influencia que se recibió en Colombia provino del derecho francés.

Se debe recordar que el crecimiento de los organismos descentralizados se debe a las razones político-constitucionales que se expusieron hace un momento: la “dominación burocrática” está basada en el experticio, en la independencia de la política y en la continuidad del funcionariado. Estas características podrían predicarse de toda la estructura del Estado, pero en Francia, primero, y luego en Colombia, parecieron necesarias para la implementación de algunos “servicios técnicos” propios de la tecnología más reciente, intensivos en capital y fundamentales para la legitimidad del Estado en economías nacionales cada vez más integradas: así, por ejemplo, las universidades, los ferrocarriles y los telégrafos fueron constituidos como “entes autónomos” con garantías especiales de protección, independencia técnica y financiera. Para un publicista como Uribe resultaba fundamental a la altura de 1902, por ejemplo, que “los correos y telégrafos, la estadística, las intendencias y la policía nacional, [sean] departamentos separados, cuyos jefes [gocen] de considerable autonomía, de modo que en ellos la acción ministerial [sea] apenas de suprema dirección y vigilancia”.⁴⁷ Ni la ley ni la doctrina colombianas hablaban todavía de la descentralización administrativa a la altura de 1900, pero se empezaba a reconocer, por ejemplo, que la Universidad Nacional o que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles debían gozar de garantías weberianas de autonomía en el ejercicio de sus tareas altamente técnicas. A estas mismas entidades, además, se les confirió el privilegio de poder retener sus ingresos y aplicarlos de manera autónoma a la prestación del servicio público que estaba bajo su dirección.

Mientras las definiciones dogmáticas todavía no eran claras en Colombia, en la primera década del siglo XX, en cambio, la doctrina francesa ya tenía alguna idea incipiente de esta forma de burocratismo: se le conoció alternativamente con los nombres de descentralización social,

⁴⁶ La primera *independent agency* reconocida por los tratadistas en los Estados Unidos es la *Interstate Commerce Commission* creada originalmente en 1887. La garantía de su autonomía, sin embargo, sólo se daría de forma plena en 1889 cuando la Comisión fue removida del Departamento del Interior y se le otorgó el manejo independiente de su presupuesto, de sus funcionarios y de sus políticas. Véase al respecto Verkuil, Paul, “The Purposes and Limits of Independent Agencies”, *Duke Law Journal*, núm. 272, 1988.

⁴⁷ Uribe, Antonio José, *op. cit.*, nota 20, p. 20.

por servicios, funcional o funcionarial, según el acento ideológico que se le quisiera dar a su utilización. Así, por ejemplo, Maurice Hauriou⁴⁸ y León Duguit⁴⁹ ya hablan específicamente de esta técnica administrativa del naciente Estado industrial francés, aunque reconocen que para 1905 “no tenemos más que esbozos de esta organización”.⁵⁰ Allá en Francia también se hablaba de la necesidad de, mediante la descentralización funcionarial, “sustraer (a los servicios públicos del Estado) de la influencia perniciosa de los hombres políticos, si no, será la desorganización, la anarquía, el pillaje”.⁵¹ Para Duguit, en 1905, la descentralización funcionarista ya era una de las principales tendencias del derecho público del momento. Se reconocía que los nuevos servicios públicos (correos, telégrafos, transportes, etcétera) debían ser organizados por el Estado,

...pero esto no quiere decir necesariamente que los agentes encargados de la gestión del servicio, y las riquezas que están afectas a él sean colocados bajo la dependencia inmediata y directa de los gobernantes. Al contrario, en muchos antiguos y nuevos servicios, tiende a establecerse el sistema de descentralización...⁵²

En el caso colombiano se transplantaron primero algunos establecimientos descentralizados concretos, pero el concepto administrativo general, como tal, sólo empezaría a tener autonomía conceptual en la medida en que la ley, los doctrinantes y los jueces colombianos lo fueron incorporando en el análisis de los asuntos y pleitos que se les fueron presentando. Este proceso ocurrió en Colombia de manera tardía ya que el concepto de “descentralización” sólo empezó a ser utilizado de manera explícita, aunque aún con muchas dudas de detalle, en la literatura⁵³ y la jurisprudencia⁵⁴ administrativas de finales de la década de los treinta. Para juristas liberales como Carlos H. Pareja la descentralización era una

⁴⁸ “La descentralización par établissements publics”, *Revue Politique et Parlementaire*, 1895.

⁴⁹ *Las transformaciones del derecho público*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁵¹ *Ibidem*, p. 40.

⁵² *Idem*.

⁵³ En el *Derecho administrativo* de Carlos H. Pareja, Bogotá, Editorial El Escolar, 1939.

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de Sala Plena de 10 de agosto de 1937. Magistrado ponente Pedro Gómez Naranjo. G. J. 45, pp. 209 y ss.

herramienta fundamental del nuevo régimen liberal que rompía con la hegemonía conservadora. Su afinidad con el proyecto político de López Pumarejo llevó a Pareja a hablar de descentralización social y sindical. Con estos adjetivos se abre una interpretación política del propósito de la burocratización que difiere marcadamente de la que ha ofrecido Uribe cuarenta años atrás: en la interpretación de la Revolución en marcha, la autonomía de los entes se logra cediendo las entidades a grupos (sindicatos) que conocen mejor la prestación del servicio; se produce así un doble efecto “social”: se presta el servicio en condiciones más eficientes (esto es, alejado de las presiones políticas), pero al mismo tiempo se obtiene la democratización política y económica que genera el autogobierno de los trabajadores. El ejemplo más significativo de esta comprensión de la descentralización social es la Universidad Nacional de Colombia:

Con el mismo criterio de descentralización social de que hemos hablado, se dio autonomía a la Universidad Nacional, por medio de la ley 68 de 1935 satisfaciendo así un viejo anhelo de las nuevas generaciones, *que querían sacar del control de un Estado reaccionario uno de los servicios públicos más trascendentales de la organización pública*. No es, por supuesto, una autonomía absoluta, la cual no sería conveniente, porque tratándose de uno de los servicios públicos de primera categoría, el Estado no puede ni debe ser indiferente a su orientación, pero el servicio de universidad se ha descentralizado socialmente; el Estado lo ha provisto de rentas; lo ha puesto bajo la dirección de los técnicos de la cultura y ha hecho de él un sindicato que representa el interés de la clase social universitaria.⁵⁵

La aparición doctrinal en Colombia del concepto de “descentralización social”, en parte, coincidió con un marcado aumento en la utilización práctica de la misma como método de administración pública: según cálculos de la Comisión de Finanzas Intergubernamentales al analizar el llamado sector paraestatal, “mientras entre 1886 y 1939 se crearon tan solo 35 entidades y empresas del Estado, lo que equivale a un promedio de siete por década, el número se elevó a 18 en los años cuarenta, 32 en los cincuenta y 43 en los sesenta”.⁵⁶ Estos datos indican que, al igual que

⁵⁵ Pareja, Carlos H., *op. cit.*, nota 43, p. 111.

⁵⁶ Departamento de Planeación Nacional, *Finanzas intergubernamentales en Colombia*, Bogotá, DNP, 1981, p. 289.

había ocurrido en Francia, el desarrollo del Estado providencia se correlaciona con un crecimiento de los servicios (culturales, industriales y propiamente administrativos) del Estado prestados a través de entes descentralizados funcionalmente.

La principal forma de descentralización funcionarial en Francia es el llamado “Establecimiento público” que en Colombia se dispersó, en un principio, bajo la denominación de juntas, institutos, escuelas, universidades y luego, al cambiar las políticas económicas y de fomento del Estado, como servicios, bancos y empresas. En la primera etapa y hasta finales de los treinta no puede hablarse todavía en realidad de la existencia de un instituto jurídico común subyacente a todas estas expresiones administrativas del Estado. Aquí, de nuevo, la frontera histórica parece ser la llegada de los liberales al poder, aunque es cierto, como hemos visto de manera precisa, que el régimen conservador ya hablaba de la necesidad de “burocratizar” la administración (en sentido weberiano) y que parcialmente lo hizo, es a lo largo de los años treinta que el Estado colombiano empieza a utilizar de manera mucho más intensiva la descentralización por servicios. Hemos visto que en el gobierno de Marroquín los “hombres prácticos”, como Antonio José Uribe, pedían más administración y menos política; es igualmente cierto que el primer gran jalón de crecimiento del sector descentralizado se dio bajo el gobierno de Pedro Nel Ospina a propósito de las recomendaciones de la Comisión Kemmerer: se crearon, con importante autonomía administrativa y financiera, el Banco de la República, el Banco Agrícola Agrario, la Superintendencia Bancaria y la Contraloría General. Sin embargo, habría que esperar a los gobiernos liberales de López y Santos para que el Estado descentralizado creciera de la mano de la nueva facultad de intervención de la economía establecida en la reforma constitucional de 1936. Esta explosión del sector descentralizado coincide con su discusión y clarificación doctrinal, como no había ocurrido en los años anteriores.

5. El establecimiento público como un sitio de encuentro entre lo público y lo privado: los entes semipúblicos

Los juristas colombianos encuentran y adoptan, hacia finales de la década de los treinta, la teoría francesa de la descentralización por servicios. En su forma concreta, el establecimiento público, contenía a su interior una

profunda ambigüedad que continuó mortificando durante muchos años la consistencia doctrinal del instituto, y que originó numerosos conflictos entre el sector público y el sector privado: el establecimiento público francés fue durante largo tiempo un sitio de encuentro entre el Estado y la sociedad civil en términos de prestación de servicios de utilidad común, muchos de ellos específicamente de beneficencia social; se denominaban establecimientos públicos no sólo a aquellas personas morales creadas por el Estado para el desempeño de funciones públicas, sino también a aquellas personas de derecho privado de utilidad pública y que fueron adquiriendo cargas y protecciones especiales por parte del Estado.

Para explicar este punto debe considerarse la porosidad de la frontera entre lo público y lo privado, especialmente en el momento del tránsito del Estado liberal clásico al Estado de providencia: los particulares en Francia o en Colombia establecían una persona moral (fundaciones o corporaciones) para prestar, por ejemplo, servicios educativos (escuelas y colegios), sanitarios (hospitales), culturales (museos) o fiscales (recaudación e inversión de recursos públicos). En la medida en que esta actividad caía fundamentalmente en manos del sector privado se hablaba de beneficencia o utilidad pública, que es el concepto jurídico correlativo al social de caridad. Con el tiempo, sin embargo, el Estado de bienestar empezó a invertir directamente en estos sectores, concurriendo con los particulares que habían ocupado este espacio de lo social. La estatización de la prestación del servicio de educación, por seguir con ese ejemplo, exigió, con el tiempo, una relativa coordinación entre el número creciente de establecimientos públicos y privados de utilidad común que continuaban en el sector; como parte de su política educativa el Estado incluso podría ofrecer financiación estatal directa a dichos establecimientos privados: en este proceso, como se entenderá, se dio una relativa estatización de los establecimientos privados de utilidad pública. El sector privado la toleraba siempre y cuando fluyeran fondos desde lo público; al mismo tiempo esgrimía su naturaleza privada cuando el Estado enfatizaba, no los beneficios o subsidios, sino las cargas, obligaciones o afirmaba derechos y prerrogativas de cogobierno y orientación institucional.

La Constitución colombiana de 1886, por ejemplo, le dio al Ejecutivo la misión de “ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que las rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de

los fundadores”.⁵⁷ De la misma forma la Ley 4 de 1913, en su artículo 68, dispone que corresponde al presidente de la República “cuidar de la exacta y debida inversión de las rentas *de establecimientos públicos de cualquier género*, cuya administración esté confiada al gobierno de la República”.⁵⁸ Estas normas muestran la ambigüedad de los conceptos de “utilidad común” y “establecimiento público”: el gobierno liberal de López Pumarejo utiliza esta ambigüedad, por ejemplo, para montar un poderoso estatuto de intervención estatal de los establecimientos privados de utilidad pública mediante el Decreto 685 de 1934. En esta norma, por ejemplo, ciertos actos y contratos de las personas privadas requerían de autorización directa del Ejecutivo nacional. La Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente inconstitucional este Decreto,⁵⁹ pero la norma ofrece un excelente ejemplo del choque entre las esferas de lo público y de lo privado. En el salvamento de voto los magistrados muestran cómo la mejor forma de proteger la destinación de los fondos con los que se ha dotado a las personas morales de utilidad común es mediante su asimilación al sector descentralizado donde pueden tener el adecuado nivel de control por parte del Ejecutivo.⁶⁰

Así, por tanto, el sector descentralizado se mueve en un continuo que va desde el establecimiento público estatal puro y duro, creado por ley y sin concurrencia alguna de capital o dirigencia privada, hasta los establecimientos públicos que tienen, en su base, una fuerte presencia de actores privados, donde los recursos provienen (al menos parcialmente) de aportes del sector privado y donde existen altos niveles de dirigencia gremial o sindical, los ejemplos más claros de este último tipo en Colombia fueron la Universidad Nacional, la Federación Nacional de Cafeteros, los fondos ganaderos y las cámaras de Comercio, que fueron señalados como “entidades semi-públicas” hasta la década de los sesenta y setenta, época en la cual finalmente consiguieron autonomía considerable al lograr una delimitación

⁵⁷ Artículo 120, núm. 21 de la Constitución de 1886.

⁵⁸ Énfasis añadido.

⁵⁹ En sentencia de la Sala Plena 10 de agosto de 1937, M. P. Pedro A. Gómez Naranjo. G. J. t. XLV, pp. 209 y ss.

⁶⁰ Se lee en el salvamento de voto suscrito por 5 magistrados: “Y qué mejor control —quizá el único eficaz— a fin de hacer efectiva la destinación estrictamente social de esos patrimonios expositos, que el visto bueno del presidente de la República en los contratos de cierta magnitud que los representantes de aquellas instituciones intenten celebrar”, *ibidem*, p. 219.

más clara entre las esferas de lo público y lo privado: la Universidad, aún dentro del Estado, consiguió afianzar la garantía constitucional de la “autonomía universitaria”; las entidades semipúblicas con un sector interesado altamente influyente detrás consiguieron zafarse definitivamente del organigrama del Estado, sin renunciar por ello a las funciones y recursos que provienen de las funciones estatales delegadas en ellos. La señalada importancia de estas instituciones (en términos políticos y económicos) generó una gran cantidad de litigios que sigue siendo, hasta el día de hoy, jurisprudencia muy importante sobre descentralización.

La divergencia de intereses en el sector semipúblico, en general, se estructuraba de la siguiente manera: el Estado buscaba cerrar el cerco de su control sobre los entes semi-públicos, tratando de incluirlas dentro de la categoría de entes descentralizados por servicios y dentro de un régimen de gestión y control de derecho público, bajo la llegada al país de conceptos del derecho público de los Estados Unidos;⁶¹ las “personas interesadas”⁶² provenientes del sector privado o gremial (los cafeteros, los ganaderos y los comerciantes) querían continuar con el ejercicio de las potestades públicas que se les concedían (de manera fundamental la posibilidad de administrar regímenes de parafiscalidad), sin que ello significara el desconocimiento de que lo que ellos reclamaban era su naturaleza de “entidades privadas” y, por tanto, evitando las formas más agudas de intervención del Estado en la administración del ente. Eran entidades descentralizadas que reclamaban una autonomía tan grande del Estado que incluso se situaban en la esfera de lo privado. Con relación a los resultados de este litigio, podría decirse que, en general, la mayor parte de los intereses privados más poderosos fueron capaces de escapar al intento estatal por incorporar a las entidades semipúblicas dentro del organigrama del Estado. El Estado intentó esta incorporación en la década de los sesenta, aunque fue en general rechazado por los jueces administrativos que usualmente se decantaron por proteger la naturaleza privada de los ambiguos entes semipúblicos.

⁶¹ Esta transición se explicará más adelante cuando se habló del Informe de la Misión Currie y de las reformas administrativas de 1958-1960 y 1968-1972.

⁶² Tomo esta expresión de la lúcida exposición que sobre este punto hace Vedel, George, *Derecho administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 625.

IV. LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA POSGUERRA: EL FORTALECIMIENTO DEL EJECUTIVO

1. *El Estado colombiano de la posguerra: el informe Currie*

El Estado colombiano, hasta la década de los treinta, todavía poseía un organigrama relativamente achatado: lo conformaban ministerios y algunos departamentos o dependencias adscritos a los mismos que respondían todos al principio del Ejecutivo unitario. Los cambios en tendencias económicas se expresan, no en el aumento de funciones y entes autónomos descentralizados, sino en cambios en la composición del gabinete. La descentralización funcional hace lenta aparición en el primer cuarto de siglo y se acelera dramáticamente en la década de los cuarenta, mirando la unidad del Ejecutivo por las razones de racionalización burocrática que ya hemos explicado. Esta aceleración en la década de los cuarenta le da un crecimiento notorio al sector de entes semipúblicos (en el nombre que preferirán los estadistas de la época). Se trata de establecimientos públicos que buscan realizar las típicas funciones de desarrollo económico y social que se estilan en esta época de keynesianismo social y económico posterior a la Segunda Guerra Mundial; es en este contexto que el Estado colombiano inicia, inmediatamente después, una nueva ronda de reforma administrativa en consonancia con la que está ocurriendo en muchos otros países en reconstrucción.

El Estado colombiano en crecimiento requiere de una profunda reorganización al comenzar la década de los cincuenta. La historia de la reforma administrativa es cíclica ya que los diagnósticos se repiten cada vez que una nueva generación accede al poder. Es precisamente en la segunda posguerra (1946-1955) en que se va afinando una ciencia internacional del Estado y de la administración pública: los procesos de reconstrucción del Estado alemán luego de la Segunda Guerra Mundial llevan a un florecimiento de la financiación de estudios y de transferencia de tecnologías administrativas que permiten hablar de una nueva reforma administrativa. En Colombia la década de los cincuenta fue, como ninguna otra, la época de la replanificación estructural del Estado en el que, por obvias razones, no sólo circuló la ciencia francesa de la administración pública sino donde se hizo sentir la creciente hegemonía de una nueva ciencia administrativa proveniente de los Estados Unidos.

En Colombia, al mismo tiempo, las preocupaciones políticas eran múltiples y muy complejas; en primer lugar, el Estado necesitaba relegitimarse una vez más. El país, de hecho, había regresado a las peores formas de bipartidismo sectario (similares a la de la guerra de los mil días), la guerra fría había acentuado la necesidad que el Estado interviniera en los procesos económicos para alcanzar equidad social y ya se notaba, por ejemplo, el fracaso de las políticas redistribucionistas de la década de los treinta fundadas en el experimento inconcluso de la reforma agraria. ¿Cómo reorganizar este Estado que se enfrentaba a la medusa de la amenaza comunista, la pobreza interna y los desafíos del desarrollo inconcluso?

Es precisamente a esta pregunta que pretende responder el informe de la misión de 1950 dirigida por Lauchlin Currie y financiada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y cuyo título era “Reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia”.⁶³ En la década de los cincuenta ya resulta muy notorio para los analistas de la época el crecimiento del Estado y particularmente de sus entidades semipúblicas: los asesores internacionales, bebiendo ahora de la experiencia de los Estados Unidos, recomiendan el regreso a la “unidad del Ejecutivo”, por oposición a las “administraciones autónomas” del derecho francés cuya lógica no acaban de comprender (ni compartir) en su totalidad.⁶⁴ Esta recomendación de Currie, de hecho, había sido la misma que en 1937 se le había presentado al presidente Roosevelt en el reporte de la Comisión Brownlow. Allí ya se hablaba de la existencia “de una cuarta rama del poder sin cabeza” y se afirmaba que:

⁶³ Bogotá, Imprenta Nacional, 1952.

⁶⁴ En los Estados Unidos el principio de unidad del ejecutivo choca con el profesionalismo que se busca implementar mediante la “profesionalización burocrática”. El principio de unidad del ejecutivo ha recibido un gran impulso desde los acontecimientos de septiembre 11 del 2001 como forma de dotar al presidente de todas las competencias necesarias para enfrentar el terrorismo. Sin embargo, en los Estados Unidos también se hace sentir la necesidad de contar con una burocracia autónoma a la manera de Weber. El profesor Bruce Ackerman de la Universidad de Yale, por ejemplo, crítica al día de hoy el principio de unidad y añora el establecimiento de una burocracia independiente: “Del lado negativo, la experiencia de los Estados Unidos se pone de nuevo bajo el microscopio. Aunque el sistema estadounidense ha tenido éxito en la promoción de una judicatura independiente y profesional, lo mismo no puede decirse de su impacto en la burocracia. La competencia entre la Cámara, el Senado y la Presidencia por el control del aparato administrativo ha creado una forma excesivamente politizada de gobierno burocrático, transformando a la rama ejecutiva en una enemiga del Estado de derecho”. Véase al respecto Ackerman, Bruce, “The New Separation of Powers”, 113 *Harvard Law Review*, núm. 641, 2000.

Las comisiones independientes presentan un serio problema inmediato. Ningún programa de reorganización administrativa que valga la pena puede dejar en el aire a más de una docena de poderosas agencias libres e irresponsables que determinan políticas y aplican el derecho. Cualquier intento por restablecer el ideal constitucional de una rama ejecutiva completamente coordinada debe poner bajo su control responsable todo el trabajo de estas comisiones independientes que no tenga una naturaleza judicial. El desafío no puede ser ignorado.⁶⁵

La razón de este cambio fundamental de política radica en que las entidades semipúblicas, en realidad, no parecían realizar el sueño weberiano de autonomía de la administración frente a la política: los establecimientos públicos para Currie son muchos, no obedecen a planes y programas del Estado central y no tienen, por tanto, responsabilidad frente al electorado (*accountability*). Para Currie la descentralización por servicios tenía como propósito, no tanto autonomizar la prestación de servicios técnicos, sino descongestionar a la administración central y ello se podía hacer sin necesidad de romper la unidad del Ejecutivo mediante la más sencilla técnica de la delegación de funciones para impedir el corrosivo mal de la administración múltiple. En ese sentido, para Currie, la verdadera administración descentralizada es aquella donde concurre el Estado con la sociedad civil y es esta última quien exige autonomización en la prestación de los servicios, así, por ejemplo, se justifica la descentralización de la Federación Nacional de Cafeteros pero no la del Instituto Nacional de la Reforma Agraria. En este último tipo de casos la técnica de descentralización era exagerada ya que no respondía en realidad a una concertación estatal con actores no estatales que exigieran esa autonomía. La solución consistía, por tanto, en la supresión de los organismos semipúblicos para simplificar

⁶⁵ The President's Committee on Administrative Management, citado por Paul Verkuil, *op. cit.*, nota 46. La influencia de esta visión administrativa se puede observar con toda claridad en el Informe de Lauchlin Currie para Colombia y, en general, en el esfuerzo de incorporación del sector descentralizado que se empezó a realizar desde finales de los años cincuenta. El *New Deal* de Roosevelt presenta así una evolución paradójica: en primer lugar, le dio un impulso decisivo al sector descentralizado ya que el número de comisiones y establecimientos independientes creció de la mano de las nuevas políticas de intervención; a partir del Informe Brownlow, sin embargo, el gobierno de Roosevelt quiso tomar firme control de estas agencias independientes para poder controlar de manera unitaria y concertada la formulación y aplicación de las políticas del Ejecutivo. Algo parecido pasó en Colombia a lo largo de la década que corre de 1960 a 1970.

el esquema administrativo del Estado colombiano. Se trataba así de un proyecto de recentralización del aparato semioficial.

Aunque los acontecimientos políticos y constitucionales de 1953 en adelante no permitieron que la reforma de Currie se tradujera en acción concreta, es indudable que su visión administrativa quedaría presente sobre la mesa de discusión durante mucho tiempo.⁶⁶ En el esquema constitucional colombiano el Ejecutivo se habría de fortalecer notoriamente en la década de los sesenta y ese fortalecimiento se haría, en parte, a través de la reincorporación del sector paraestatal.

Con el informe Currie, además, se realiza una cierta americanización de la administración pública colombiana. Para Currie es particularmente difícil entender la técnica administrativa de la descentralización o autonomización de organismos estatales. Según el informe de 1951 esta autonomización sólo debe ocurrir cuando el fin del Estado sea estrictamente comercial.⁶⁷ Para el derecho administrativo francés, sin embargo, la

⁶⁶ A pesar de la opinión contraria que al respecto tienen algunos comentaristas nacionales. Véase al respecto, por ejemplo, Osorio, Luis Camilo, *Los establecimientos públicos en Colombia*, Bogotá, Editorial Kelly, 1969, p. 42. Para Osorio “la cuestión de la reforma se llevó en serio hasta las últimas consecuencias. En efecto, el designado encargado de la Presidencia de la República, doctor Roberto Urdaneta Arbeláez, constituyó una comisión integrada por juristas y parlamentarios expertos en la materia, encargada de elaborar la legislación de acuerdo con el informe del señor Currie. *Para bien de la institución de los establecimientos públicos y de la descentralización administrativa, tan necesaria para el país, la comisión canceló actividades el día siguiente de su posesión, debido al relevo de su cargo del designado de la Presidencia*”. Énfasis añadido.

⁶⁷ El informe Currie utiliza el concepto de ‘corporación’ para referirse a “entidades de estructura jurídica heterogénea, destinadas a cumplir diversas funciones económico-administrativas con carácter de servicio público”. Currie, L. (dir.), *Reorganización de la rama ejecutiva del gobierno de Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1952, p. 121. Este concepto de “corporación”, por tanto, coincide con la noción francesa de descentralización por servicios. Con relación a la coporación el Informe Currie dice lo siguiente: “Si bien una forma de asociación como la «empresa» o la corporación aventaja manifiestamente a los organismos gubernamentales ordinarios en cuanto a la administración de programas de tipo comercial, no se debería, con todo, hacer uso indiscriminado de ella. La corporación pública es *completamente inadecuada* para la prestación de los servicios tradicionales del gobierno y, por consiguiente, es de la mayor importancia que se establezcan guías prácticas para el empleo de esas entidades públicas en Colombia. En general, puede decirse, con base en la experiencia de otros países, que sólo debe crearse una corporación pública cuando un programa gubernamental es: a) predominantemente comercial; b) produce rentas y es, en principio, autosolvente; c) implica una gran cantidad de transacciones de tipo comercial con el público, y d) exhibe mayor flexibilidad que la permitida por el régimen presupuestal

descentralización puede también ser de funciones puramente estatales y su propósito es lograr la especialización en el desarrollo de la función dentro del estricto modelo weberiano. La descentralización, por tanto, puede también ser utilizada para prestar los típicos servicios sociales del Estado de bienestar.

Para el derecho y la práctica administrativa de los Estados Unidos, en cambio, la administración descentralizada sólo tiene sentido cuando el fin es estrictamente comercial y, por tanto, se requiere exceptuar al organismo de las reglas de derecho público usuales para que se pueda comportar frente a la ciudadanía (que en realidad es una clientela) con la flexibilidad propia del derecho privado.

Este objetivo estaba usualmente relacionado con un cambio en la forma jurídica de la organización: es frecuente y posible que la organización se vuelva una corporación, esto es, una sociedad con un capital divisible por acciones y, en consecuencia, con un número plural de accionistas que tienen propiedad y ejercen al mismo tiempo funciones administrativas sobre el ente a través de su Junta o Consejo Directivo. En este sentido, sólo unos pocos entes realmente alguna vez pertenecieron a la administración descentralizada, los casos más notorios e importantes en el país son el Banco de la República,⁶⁸ la Federación Nacional de Cafeteros y la Universidad Nacional de Colombia (cuyo tipo de descentralización se cubriría años después con el manto jurídico, mucho más fuerte, de autonomía universitaria). En ambos ejemplos se entiende por qué Currie hablaba del sector descentralizado como aquel compuesto por entidades semipúblicas o cuasi públicas: con estas entidades el gobierno concierta las políticas ya que a su interior tiene que negociar tanto con *stakeholders* como con *shareholders* (autónomos frente a los intereses del Estado) que tienen una posición jurídica y/o política que les protege su capacidad de negociación. Currie denuncia, en consecuencia, la existencia de un sector descentralizado excesivamente grande y que genera enormes problemas: en primer lugar es ineficiente porque cada ente descentralizado tiene una burocracia autónoma de ejecución de políticas, y en segundo lugar, porque se rompe la línea de mando y responsabilidad frente al presidente y

ordinario. *Muchas de las entidades pública semiautónomas que actualmente existen en Colombia no encajan en estos criterios*” (énfasis añadido).

⁶⁸ Véase Kemmerer, Edwin, “Economic Advisory Work for Governments”, *American Economic Review*, núm. 17, 1927.

sus ministros. A partir del diagnóstico de Currie se inician una serie de intentos por reducir el tamaño e importancia de la administración descentralizada en sentido fuerte, para Currie es fundamental que estos organismos sean reincorporados a la administración central, bien mediante su eliminación, bien mediante su firme adscripción a los organismos de la administración centralizada. Se exige, por tanto, algo más fuerte que el “control de tutela” que se predica formalmente de estos institutos. De otro lado, las entidades descentralizadas verdaderamente fuertes (en las que ya se habían constituido verdaderos *stakeholders* o *shareholders*) inician a partir del Informe Currie un proceso de mayor autonomización hasta ser, hoy en día, organismos que se mueven por fuera de los marcos formales de la administración descentralizada. Así, por ejemplo, la Universidad Nacional de Colombia se define como:

Un *ente universitario autónomo* vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con régimen especial y definida como una Universidad Nacional, Pública y del Estado. Su objetivo es el desarrollo de la educación superior y la investigación, la cual será fomentada por el Estado permitiendo el acceso a ella y desarrollándola a la par de las ciencias y las artes para alcanzar la excelencia.⁶⁹

Por su parte, la Federación Nacional de Cafeteros ha gravitado hacia el sector privado (como organismo gremial) como forma de acentuar su carácter autónomo: “La Federación Nacional de Cafeteros de Colombia es una institución de carácter gremial, privada y sin ánimo de lucro que tiene por objeto, fomentar la caficultura colombiana procurando el bienestar del caficultor mediante mecanismos de colaboración, participación e innovación”.⁷⁰ Esta declaración oficial sobre su naturaleza tiene al día de hoy una relativa contradicción con la administración delegada (vía contrato) de los recursos parafiscales que van a parar al Fondo Nacional del Café.⁷¹ Aunque fuera del sector de lo público y protegidos política y económicamente, la Federación Nacional sigue teniendo el antiguo carácter de “ente semipúblico” que tanta perplejidad le ocasionaba a Currie y sus investigadores.

⁶⁹ http://www.unal.edu.co/contenido/sobre_un/sobreun_naturaleza.htm.

⁷⁰ <http://www.cafedecolombia.com/quienessomos/federacion/federacion.html>.

⁷¹ Véase el Contrato de Administración del FoNC (1998).

Los esfuerzos institucionales de reforma administrativa de la década de los cincuenta prosiguen con el establecimiento de la Comisión Nacional para la Reforma de la Administración Pública de 1954 que se concentró específicamente en la reforma de la Presidencia de la República.⁷² Su interés para nuestro tema de estudio es, por tanto, secundario; no obstante, allí se encuentran elementos interesantes que ayudan a entender la noción de administración pública que se estilaba para la época. Esta comisión recibió el apoyo técnico de una misión de las Naciones Unidas de la cual era responsable principal Maurice Chailloux-Dantel.⁷³ Esta comisión buscó racionalizar la presidencia encomendada a Laureano Gómez, y resulta indudable que su visión política se trasluce en distintos apartados del informe. A pesar de lo volátil de la política local, la autocomplaciente recomendación de los consultores internacionales es bien uniforme en un punto: el Estado colombiano deberá continuar utilizando a los “expertos internacionales” durante algún tiempo, hasta que los funcionarios nacionales tengan el conocimiento suficiente para administrar el Estado conforme a los parámetros y técnicas internacionales que recomiendan en sus informes pero que todavía no están en condiciones de alcanzar.

⁷² Según Ricardo Rivero Ortega: “Otro hito fundamental en la década de los cincuenta será la creación de la Comisión Nacional para la Reforma de la Administración Pública, en 1954, otra vez con el apoyo de una misión de expertos de Naciones Unidas. Los objetivos de esta Comisión eran amplios, refiriéndose a la reorganización y racionalización administrativa y la reforma de la función pública (servicio civil). Sus recomendaciones, marcadas sobre todo por el experto francés Chailloux-Dantel, proponían la mayor profesionalización de los funcionarios públicos, la reestructuración de los órganos de apoyo a la Presidencia de la República y el refuerzo del Consejo de Estado, tanto como órgano consultivo como en calidad de tribunal de lo contencioso-administrativo”. *Derecho administrativo, formas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano*, <http://www.clad.org.ve/fulltext/0052007.pdf>.

⁷³ Quien, como Kemmerer y Currie, ya había recorrido gran parte del mundo tratando de modernizar distintos aspectos de la administración de Estados-nación. Así, por ejemplo, Chailloux-Dantel hizo consultoría sobre reforma administrativa en Turquía en 1959, mientras Edwin Kemmerer es posiblemente uno de los consultores internacionales más influyentes de todo el siglo XX en el tema bancario, económico y administrativo: su trabajo es furiosamente reclamado en todo el mundo como se puede apreciar en su diario de misión en Bogotá. Véase también al respecto su “Autobiografía del médico internacional de las monedas” en el volumen *Kemmerer y el Banco de la República: diarios y documentos*, Bogotá, Banco de la República, 1994, pp. 13-113. El experticio de Currie no fue menos internacional: véase al respecto Sandilands, Roger, *Vida y política económica de Lauchlin Currie*, Bogotá, Legis, 1990.

En el informe final de Chailloux-Dantel de 1955, titulado “La Presidencia de la República”,⁷⁴ el núcleo de las propuestas de reforma administrativa tendería a fijarse más en la estabilidad del funcionario público y no tanto en la descentralización por servicios:

La reforma tendrá un sentido más completo y un alcance más general si se acompaña de otra, también fundamental: la estabilización del personal de funcionarios en todas las secciones administrativas del Estado. Tal reforma a su vez debe crear las condiciones necesarias para una mejor preparación técnica de los empleados públicos en desarrollo de prácticas administrativas más convenientes (que no hay que confundir con la rutina), y desde luego para el establecimiento de una administración moderna que, constituyendo la infraestructura permanente del Estado, asegure el desarrollo económico, social y cultural de la nación, así como su fuerza intrínseca y extrínseca.⁷⁵

Esta nueva dirección, como se verá más adelante, terminará por ser desarrollada con mayor detalle por la Comisión Sarria-Londoño de 1962. El nuevo énfasis se complementa, en cierto sentido, con la creciente desconfianza en la descentralización por servicios: lo que parecía la técnica óptima de estabilización weberiana del Estado a comienzos del siglo XX afronta ahora enormes críticas y hesitaciones.

2. *La administración pública del Frente Nacional*

El Frente Nacional nace de un proceso relativamente similar a las presiones a las que se refería Antonio José Uribe en su reforma administrativa de 1900: a finales de la década de los cincuenta y en anticipo del regreso a la democracia luego de los gobiernos militares de Rojas Pinilla y de la Junta, el proceso de reestructuración y planificación del Estado se acelera decisivamente. Dos tendencias parecen concurrir: por un lado, la necesidad de alejar a la política de la administración para poder eliminar el bipartidismo sectario que había ocasionado la violencia exacerbada de la década de los cincuenta; del otro lado, el sistema político colombiano apuesta por el fortalecimiento del Ejecutivo como mecanismo de cambio

⁷⁴ Bogotá, mimeo, 1955. El texto puede consultarse en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

social en oposición a la idea francesa de la policracia descentralizada autónoma y especializada.

Mientras que los franceses piensan que la separación de poderes entre Ejecutivo y burocracia es parte de las garantías de la democracia, las nuevas concepciones de la guerra fría exigen de la acción decisiva del Estado en cabeza del Ejecutivo. La separación entre política y administración es, ciertamente, una de las bases políticas del Frente Nacional ya que en él “los partidos políticos tradicionales renunciaron al control hegemónico de ese poder y acordaron un gobierno conjunto de responsabilidad compartida”.⁷⁶ En el plebiscito de 1957 los colombianos aprobaron los artículos 5o. y 6o. que tenían relación directa con el tema administrativo:

Artículo 5o. El presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla, sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido.

Artículo 6o. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está pródigo tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mal conducta.

De estas normas se ve con claridad que el nuevo énfasis de racionalización de la administración radica en el mecanismo de la “carrera administrativa” y no en la descentralización por servicios. La carrera, en particular, iría desarrollándose lentamente mediante una serie de estudios sucesivos que plantearon las reformas administrativas requeridas por el Estado colombiano, en el *Estudio sobre las condiciones del desarrollo en Colombia* de 1958, el padre Louis Joseph Lebret hace recomendaciones que serán importantes para la posterior formulación y aprobación de la Ley 19 de 1958 y del Decreto 550 de 1960. Estas dos normas hicieron las veces de un primer estatuto orgánico de la administración pública que buscaba, en palabras de Lleras Camargo, la racionalización de la admi-

⁷⁶ *Reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, Imprenta del Banco de la República, 1961, p. 5.

nistración pública.⁷⁷ Para Leuret es capital que la administración actúe conforme a la que denomina el principio de ejecutividad: no basta con grandes ideas, es preciso poder ejecutarlas. Esta es la razón por la cual las grandes reformas sociales de la década de los treinta parecen estar inacabadas: el Estado, en sus mandos ejecutivos, no las pudo hacer realidad mientras, para colmo de males, la violencia política de los cuarenta y cincuenta desviaron la atención de la nación. El Frente Nacional buscó, en contraste, la regularización de la relación entre los partidos de manera que las políticas de Estado fueran permanentes y políticamente neutrales: se hace imperioso desde el punto de vista constitucional que gobierne una tecnocracia. El gobierno de la tecnocracia exige, además, que se distinga entre dos funciones al interior del Ejecutivo: de un lado, las de dirección y planeación de las políticas públicas (que le corresponde a los escalones directivos de la administración pública) y la ejecución propiamente dicha (que le corresponde a una rama burocrática especializada, pero, atención, no autónoma de los niveles superiores). El presidente, por tanto, es cabeza de la rama ejecutiva pero sus funciones no son estrictamente de ejecución. En consonancia con estas ideas, Lleras se propone centralizar la dirección del Estado mediante planes generales de desarrollo y se plantea la necesidad que la administración descentralizada esté en plena sincronía con tales planes.

Dentro de este orden de ideas se dice en el artículo 6o. del Decreto 550 de 1960, que a “los establecimientos públicos y demás entidades con autonomía administrativa *sólo les compete* el cumplimiento o desarrollo de los planes adoptados por el gobierno, es decir por el presidente y el ministro o jefe del departamento respectivo”. Esta afirmación se distancia, como la que más, de las afirmaciones de Pareja en 1939 cuando alababa la descentralización como forma de proteger a la Universidad Nacional de un “Estado reaccionario”.

Con este conjunto de prescripciones, luego positivizadas en la ley, se estrecha la distancia entre presidente y el sector descentralizado, así las funciones parecen definirse más claramente entre ellos. La descentralización no es, en realidad, un espacio de autonomía administrativa: es, a lo más, una persona jurídica separada del Estado que debe ejecutar los programas del gobierno. De nuevo, y siguiendo la metáfora utilizada a lo lar-

⁷⁷ Younes Moreno, Diego, *Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.

go de este escrito, hay una tendencia a achatar el organigrama del Ejecutivo. Es preciso anotar que la implementación de estas normas e ideas se frustró en el gobierno de Lleras Camargo, de manera que la reorganización definitiva del Estado colombiano se pospuso unos años hasta la administración de Lleras Restrepo quien, en general, mantuvo el mismo ideario.

Obsérvese de lo antedicho cómo el sueño weberiano se mantiene en el Frente Nacional pero con un cambio de énfasis que aparece muy notoriamente en el plebiscito, en los estudios de los consultores internacionales de la década de los cincuenta⁷⁸ y finalmente en la Constitución y la ley: la estabilidad, neutralidad y apoliticidad de los funcionarios se busca lograr mediante la carrera administrativa y mediante su preparación en una Escuela Superior de Administración Pública especializada y no mediante la tendencia centrífuga (y potencialmente corporativista) de la descentralización funcional. La carrera administrativa, y no la autonomía descentralizada por servicios, es el remedio para generar la imparcialidad y apoliticidad de la administración pública. El sector descentralizado, de hecho, se desincentiva ya que para los estadistas del naciente Frente Nacional se requiere fortalecer la capacidad de dirección del Ejecutivo de manera que toda la acción estatal corresponda a planes de desarrollo centrales. Con este nuevo énfasis se apunta a crear el funcionario weberiano, pero se renuncia, en lo sustancial, a profundizar en el esquema de entidades weberianas (sector descentralizado) que rompen la unidad de designio en la actividad del Estado. De hecho, el efecto de este nuevo énfasis generó una desaceleración en la creación de entidades descentralizadas: en la década de los setenta sólo se crearon 17 de nivel nacional, mientras que en los sesenta ese número había sido de 43.⁷⁹ Este ideario se tradujo en la Ley 19 de 1958 y en el Decreto 550 de 1960, aunque, como admiten los comentaristas, la implementación de estas normas fue fallida. En ellas se proponía, en primer lugar, reorganizaciones estructurales del sector central del Estado (ministerios y departamentos administrativos), y se pretendía, en segundo lugar, lograr el funcionamiento de la carrera del servicio civil como garantía política de los partidos que conformaban el Frente Nacional. Ambos fines fueron derrotados, incluyendo el propósi-

⁷⁸ Me refiero en concreto a los informes de Currie y de Chailloux-Dantel. Estas propuestas serían luego recogidas, en su mayor parte, por el informe de Eustorgio Sarria y Gilberto Londoño de 1961.

⁷⁹ *Comisión de finanzas intergubernamentales*, p. 289.

to, principal si se le compara con los otros dos, de debilitar el sector paraestatal o descentralizado.

El Estado del Frente Nacional buscó una mayor capacidad del Ejecutivo para enfrentar los problemas sociales del país, a la par que pretendía generar confianza entre los dos partidos mediante una milimétrica división de la tajada burocrática. El fortalecimiento dirigista del Ejecutivo estaba claramente planteado en los estudios estratégicos que Lleras Camargo comisiona para implementar la Ley 19 de 1958 y sus desarrollos,⁸⁰ en esta ocasión se trata de un *Esquema de la reforma administrativa en Colombia*.⁸¹ En este texto los comisionados Eustorgio Sarria y Gilberto Londoño marcan con toda claridad las nuevas tendencias de la administración pública colombiana, en primer lugar, tal y como lo había diagnosticado Currie, no puede ser que los órganos descentralizados no respondan a las políticas centrales del gobierno. De hecho, muchos de estos organismos sólo defienden la descentralización por servicios como forma de apalancar el poder de agentes privados para impedir la acción decisiva del Estado. Recuérdese que el sector descentralizado, al menos en alguna de sus variantes, ha sido el sitio de cooperación (pero también de cooptación) entre lo público y lo privado. El sector, por tanto, no debe ser descentralizado o autónomo; los funcionarios, en cambio, deben ser apolíticos, profesionales y escogidos por méritos dentro de una carrera administrativa y no por vía de representación corporativista.

En el informe de la Comisión Sarria-Londoño se hace un recuento de los estudios sobre reforma del Estado que se han adelantado en Colombia durante la década de los cincuenta y que, con diferentes enfoques y niveles de profundidad, fueron encargados a la élite de la consultoría internacional del momento, entre ellos, por ejemplo, se destacan Lauchlin Currie, Maurice Chailloux-Dantel y Sydney L. Lewis.⁸² La comisión del 61 recoge la dirección que ya se ha propuesto en los Informes de estos ex-

⁸⁰ Decreto 550 de 1960 (“mediante el cual se adoptan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la Presidencia de la República, de los Ministerios y de los Departamentos Administrativos”); Decreto 1732 de 1960 (“sobre servicio civil y carrera administrativa”).

⁸¹ Sarria, Eustorgio, *Esquema de la reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, ESAP, 1961.

⁸² Véase al respecto el trabajo de Ricardo Rivero Ortega, *Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano*. <http://www.clad.org.ve/fulltext/0052007.pdf>.

ertos (cuya colaboración llega al país bajo los auspicios de una creciente Organización de las Naciones Unidas); así, la década de los cincuenta es prueba contundente de la inevitable internacionalización de los temas de reforma del Estado y de un nuevo lenguaje administrativo que empieza a hablar consistentemente de *development* y *accountability*, frente a los tópicos tradicionales del progreso, del fomento y la descentralización. En esta comisión de 1961, por ejemplo, trabajaron como asesores externos de Naciones Unidas Sydney L. Lewis, Seamus Gaffney y Aryeh Attir. En este informe se continúa una línea de reflexión que viene desde Currie y Chailloux-Dantel y que luego va a ser fundamental para entender la reforma constitucional de 1968:

La falta de organización y de coordinación de los llamados establecimientos públicos, es, a no dudarlo, una de las causas de los repetidos fracasos técnicos y administrativos en las labores o servicios a su cargo. Estas entidades, o mejor sus directores, han pretendido obrar al margen de los preceptos y programas generales del gobierno, alegando su autonomía pero olvidando que son parte de la administración pública o sea de la rama ejecutiva del poder público.

Con ello se anuncia, con toda claridad, el tema de la reincorporación del sector descentralizado dentro del Ejecutivo central. Esta nueva tendencia refuerza la creciente influencia del derecho público de los Estados Unidos: los consultores de ese país no parecen comprender adecuadamente, ni compartir la descentralización por servicios francesa. Lo más cercano en su propio sistema administrativo es la sociedad pública, *public corporation*. Asimilados los establecimientos públicos a *public corporations* se lanza una crítica feroz contra su funcionamiento, afirmando que, en realidad, éstas no contribuyen a la realización del sueño weberiano:

El alcance y naturaleza del control ministerial sobre las corporaciones públicas varía considerablemente de un país a otro. El sistema usual en la América Latina es crear corporaciones públicas por fuera de la estructura de los departamentos. Las corporaciones en los Estados Unidos, están casi totalmente incluidas en departamentos y organismos establecidos...

Si bien la corporación pública tiene ventajas, que pueden demostrarse, sobre otras clases de sistema para la administración de programas de carácter comercial, no es adecuada para ejercer las funciones tradicionales del gobierno. La utilización indistinta del sistema de corporación para dis-

minuir la inestabilidad y el nepotismo, para evitar niveles máximos presupuestales o restricciones financieras, para pagar sueldos más elevados que los permitidos por las leyes del servicio civil y, en general, para suprimir lo que se denomina “expedienteo”, ha creado graves problemas en muchos países.

La proliferación de corporaciones dedicadas a actividades estrictamente gubernamentales ha tendido a socavar la autoridad de los funcionarios que tienen responsabilidad política; ha fomentado una rigidez indebida en la estructura financiera del gobierno a causa de la permanente destinación de ingresos tributarios para finalidades concretas; ha oscurecido las jerarquías de autoridad y contabilidad; ha eliminado controles indispensables; y, en general ha deformado la organización total del gobierno.

Un problema fundamental que surge de la utilización de las corporaciones públicas ha sido el de conciliar la necesidad de un alto grado de flexibilidad funcional y financiera con la necesidad de controles centrales y con la de que quienes tienen responsabilidad política por los actos del gobierno puedan rendir cuentas. Las tentativas de lograr una solución bien fundada han tropezado con la circunstancias de que no se reconoce las diferencias esenciales que existen entre las corporaciones públicas y las privadas. El apoyo que ha recibido la teoría de la autonomía de las corporaciones a veces procede de los bancos y los tenedores de bonos, quienes tratan de proteger los préstamos que han hecho a las corporaciones controlando la dirección de éstas o impidiendo cualquier “intervención política” en los asuntos de las corporaciones.⁸³

3. La reforma constitucional de 1968 y el estatuto del sector descentralizado

El fracaso práctico de la reforma administrativa de Lleras Camargo enmarca el carácter fundamental que llegó a tener la reforma constitucional y legal de 1968 dentro del derecho constitucional estructural del Estado colombiano. En primer lugar, se alcanza en estas normas una sistematización y ordenación de la estructura del Estado que no existía antes. Se conservan las categorías jurídicas francesas pero ahora se les llena con un contenido que proviene del discurso desarrollista de la “gran sociedad” de los Estados Unidos y dentro de la prevalencia del principio de unidad del Ejecutivo. Por las razones ya explicadas, la ciencia adminis-

⁸³ Sarria, Eustorgio, *op. cit.*, nota 81, pp. 217 y 218.

trativa de la década de los cincuenta viene de regreso de la descentralización y prefiere, por mucho, la teoría del poder unitario. Con ello se produce un fuerte proceso de reincorporación de las administraciones descentralizadas dentro del Estado: se abre así la polémica de la incorporación que hemos estudiado antes y se siguen librando las batallas que enfrentan al Estado con la autonomía y, en últimas, la propiedad privada de algunas de las corporaciones semipúblicas más importantes. La ley, la doctrina y la jurisprudencia de estos años se decanta por un doble proceso: los entes descentralizados de creación puramente estatal deben reincorporarse al Estado, de manera que se muevan dentro del principio estricto de unidad del Ejecutivo; los entes descentralizados mixtos o semipúblicos (con *shareholders* o *stakeholders* poderosos), en cambio, se mueven decisivamente hacia el sector privado.

En sentencia del 27 de octubre de 1959 del Consejo de Estado se había afirmado que el Instituto de Fomento Algodonero, a pesar de su creación privada, era un establecimiento público, configurándose de esa forma una verdadera estatización o socialización del mismo que la masa de la doctrina criticaba con vehemencia.⁸⁴ Esta tendencia “estatista” de la jurisprudencia es rápidamente recogida, por ejemplo, en sentencias del 29 de abril y del 5 de agosto de 1960 donde, en cambio, se reconoce que la Federación Nacional de Cafeteros tiene carácter privado. Podría decirse que, hasta el día de hoy, la jurisprudencia tiende a favorecer el “escape” hacia el sector privado de entes semipúblicos, entendidos aquellos donde intereses gremiales concurren con el poder público. La Federación de Cafeteros, junto a las Cámaras de Comercio, forman los ejemplos más robustos de la resistencia del sector semipúblico a dejarse incorporar dentro de las reglas y estructuras del Estado. Por contraste con los entes semipúblicos, los institutos claramente públicos deberán ahora ajustarse a un nuevo conjunto de reglas en sus relaciones con el Ejecutivo nacional.

Los grandes cambios que la reforma legal y constitucional de 1967-1968 ocasionó en la relación entre centralización y descentralización administrativa fueron fundamentalmente tres: se buscó definir y racionalizar el sector descentralizado, se buscó incorporar a todos los entes a la política del Estado (reconceptualizando, por tanto, la autonomía de los mismos) y finalmente se buscó una delimitación más clara entre lo público y lo privado.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 240 y ss.

En el desarrollo de estos objetivos la reforma constitucional y legal de 1967/1968, en primer lugar, logró crear un estatuto orgánico de la administración pública. Hasta ese entonces, y como hemos visto, las categorías del sector descentralizado eran inestables ya que se habían formado lentamente mediante la acumulación de entes y sin características formales definidas y estandarizadas. La reforma de 1968 ordena y sistematiza los tipos de entes descentralizados por servicios.⁸⁵ Se trata, en general, de incorporar al derecho positivo el trabajo lento que la doctrina había realizado en términos de crear una teoría de los entes descentralizados y de sus relaciones con el Ejecutivo central. Se definen así los establecimientos públicos, pero se reconoce junto a ellos la existencia de empresas industriales y comerciales de Estado y de sociedades de economía mixta,⁸⁶

⁸⁵ En efecto, el artículo 1o. del Decreto 3130 muestra claramente este afán sistematizador: “Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967 son, conforme al Decreto extraordinario 1050 de 1968, de tres tipos: Establecimientos Públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta. *Las expresiones instituciones, entidades o empresas oficiales o semioficiales, empleadas para designar personas, jurídicas del orden nacional, equivalen, igualmente, a esas tres categorías jurídicas, las cuales se designarán con el nombre genérico de «entidades descentralizadas»*” (énfasis fuera de texto).

⁸⁶ Decreto 1050 de 1968 (por el cual se dictan normas generales para la reorganización y funcionamiento de la administración nacional):

Artículo 5o. De los establecimientos públicos. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa, y
- c) Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Artículo 6o. De las empresas industriales y comerciales del Estado. Son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características.

- a) Personería jurídica;
- b) Autonomía administrativa, y
- c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial.

Artículo 7o. De la autonomía y de la tutela administrativa. La autonomía administrativa y financiera de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se ejercerá conforme a los actos que los rigen, y la tutela gubernamental a

con lo que se recogía la nueva tipología de entes descentralizados reconocida por la doctrina francesa y colombiana de la época.

Es importante notar, sin embargo, que la sistematización de los entes descentralizados no significó el fortalecimiento de su autonomía: de hecho, el artículo 7o. del Decreto 1050/68 adquiere un sentido particularmente restrictivo si se le interpreta a la luz de las tendencias administrativas que se exponen en los informes de las misiones de Currie, Chailloux-Dantel y Sarria:

De la autonomía y de la tutela administrativa. La autonomía administrativa y financiera de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado *se ejercerá conforme a los actos que los rigen*, y la tutela gubernamental a que están sometidos *tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del gobierno.*

Leídos con atención, los aportes destacados del texto en realidad están minando de manera importante la autonomía que, en todo caso, se mantiene en la titulación del artículo. Este proceso de incorporación del sector descentralizado se completa con el artículo 30 del mismo decreto en el que, hay que aceptarlo, la noción clásica francesa de descentralización social queda definitivamente vacía de significado:

Artículo 30. De la actividad de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado se ceñirán, en el cumplimiento de sus funciones, a la ley o norma que los creó y a sus estatutos; y no podrán desarrollar actividades o ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes o recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos.

que están sometidos tiene por objeto el control de sus actividades y la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.

Artículo 8o. De las sociedades de economía mixta. Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social.

La incorporación del sector descentralizado se completa, finalmente, con el Decreto 3130 de 1968 en el que se separan definitivamente las esferas de lo público y de lo privado que tanto se habían confundido durante el periodo de la descentralización social o sindical. Allí se aclara, contra toda duda subsistente, que las fundaciones o instituciones de utilidad común “no están adscritas ni vinculadas a la administración”.⁸⁷ En cambio, para las puramente estatales, se fija un régimen de estricto control central, muy lejano a la antigua visión de autonomía: así, por ejemplo, se les imponen deberes de aprobación previa de algunos de sus actos, presentación regular de informes y unas reglas más rígidas de participación del Ejecutivo nacional en sus juntas directivas. Las Juntas Directivas, por ejemplo, que usualmente tenían algún sabor corporativista de representación de intereses sociales diversos son radicalmente estatalizadas: sus miembros sólo representan la “política gubernamental en el respectivo sector”.⁸⁸ Finalmente, y en una disposición que habría de ser de marcada consecuencia en la jurisprudencia de los años subsiguientes, el Decreto 3130 ordena un proceso de reorganización de los entes descentralizados de manera que los estatutos vigentes para aquel entonces fueran ajustados a la nueva visión estatalista que pasaba a dominar el sector.⁸⁹ Muchos de esos estatutos, de hecho, protegían en sus reglas internas la autonomía descentralizada clásica, de naturaleza corporativista y centrífuga. La reorganización de los mismos, pues, no se dio sin importantes resistencias por parte de los sectores interesados en el tema.

V. EL SECTOR DESCENTRALIZADO EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991: ENTRE LAS PREOCUPACIONES FISCALES Y EL INALCANZABLE SUEÑO WEBERIANO

1. *La preocupación fiscal y la crisis ideológica del Estado bienestar*

Con la llegada de la década de los ochenta cambia el tono de las preocupaciones estatales en torno a su aparato administrativo. Ya hemos visto cómo la confianza entusiasta que se da en la primera mitad del siglo XX

⁸⁷ Artículo 5o.

⁸⁸ Decreto 3130, artículo 17.

⁸⁹ Decreto 3130, artículo 45.

en relación a la técnica de descentralización administrativa como principal mecanismo de especialización burocrática y de eficiencia en la prestación de funciones y servicios estatales se ve reemplazada después de la Segunda Guerra Mundial con una primera oleada de firmes críticas: en ellas se diagnóstica que, en lo fundamental, el sector descentralizado es desorganizado, ineficiente, prolijo y que se encuentra excesivamente alejado del poder unitario del Ejecutivo. El Estado, por tanto, debe reasumir el control central de sus políticas y con ellas, de su sector descentralizado. La técnica de la descentralización ha permitido, según este diagnóstico, cooptación y bloqueos por parte de sectores “interesados”, y no ha contribuido, en realidad, a la especialización técnica que se aspiraba. Las técnicas para evitar la politización de la administración, por tanto, no han sido tan eficientes como se pensaba originalmente.

A pesar de estas críticas, el derecho administrativo colombiano entre 1950 y 1975 todavía colabora en la expansión del Estado de bienestar permitiendo la asignación de servicios y funciones en su cabeza. El sector descentralizado puede seguir sirviendo algunos objetivos legítimos pero se precisa, en términos de la reforma de 1968, “encuadernarlo”. La crítica todavía no se endereza de frente a la legitimidad del Estado providencia: se trata, por ahora, de una crítica a un Estado que está mal organizado ya que ha permitido que el sector descentralizado sea en realidad paraestatal y corporativista. Lo que se requiere es fortalecer la acción centralizada y planificada de la administración, acción que todavía se asume como necesaria y benéfica. Este proceso de reunificación del Ejecutivo se surtió con notable energía, en Estados Unidos, durante el *New Deal* de Franklin D. Roosevelt y, en Colombia, durante la presidencia de Carlos Lleras Restrepo.

Este diagnóstico general, sin embargo, cambió radicalmente a partir de la segunda mitad de la década de los setenta: se otea en el horizonte con mucha más claridad la crisis del Estado bienestar. La nueva oleada de críticas proviene tanto de posturas de izquierda como de derecha. Para las primeras, por ejemplo, el incipiente Estado de bienestar colombiano liderado por el Ejecutivo ha significado, en realidad, un mayor autoritarismo a través del papel desmedido que han ganado los decretos de estado de sitio y las continuas leyes de autorizaciones en que el Congreso renuncia a su poder legislativo.⁹⁰ El fortalecimiento institucional del

⁹⁰ Como hemos visto, el Ejecutivo emprendió la tarea solitaria de reformar la estructura administrativa del Estado, lo cual conseguía haciéndose aprobar facultades extraor-

Ejecutivo es leído como un desborde del presidencialismo; la reunificación del Ejecutivo es tan sólo un elemento más dentro de los mecanismos de exclusión política que se juzgaron necesarios, en aras de conseguir la paz entre partidos tradicionales, al comienzo del Frente Nacional pero que en las décadas de los setenta y ochenta ya impiden la manifestación de nuevas corrientes de opinión. En un ejemplo típico de esta preocupación con el desbalance entre poderes constitucionales, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de mayo de 1984, pone freno de forma muy significativa al control férreo que el presidente de la República había retomado del sector descentralizado. Recuérdesse que en la reforma de 1968 la arquitectura del Estado descentralizado había sido encuadrada y finalmente controlada en cabeza del Ejecutivo y, además, mediante decretos del presidente⁹¹ expedidos en virtud de una ley de autorización⁹² con lo cual se desplazaba el Poder Legislativo ordinario del Congreso en estos temas. La Corte de los ochenta, muy alarmada por el excesivo presidencialismo al que había llegado el esquema constitucional, afirma de manera vehemente que:

La Constitución y la ley no están sometidas a los mandatos de los decretos-ley. Así pueda parecer superflua, por lo obvia, la afirmación [anterior], se ha tornado indispensable ratificarla como axioma, dado el unísono y extraño pedimento del demandante y del procurador de que se declaren inequívocas disposiciones de una ley, por ser contrarias en un decreto-ley.

Y más adelante continúa la Corte:

Deja claramente sentado la Corte que la terminología y clasificación técnica de la denominada “descentralización por servicios” es esencialmente

dinarias para luego, mediante decretos presidenciales, proceder a implementar las recomendaciones técnicas propuestas por las misiones internacionales invitadas al país. Muchos de estos informes, de hecho, buscan hacer recomendaciones que no requieran de cambios legislativos y, con ellos, de discusión política ampliada. Así, para Chailoux-Dantel, “la mayor parte de la reforma puede lograrse solamente con decretos-leyes y decretos reglamentarios o simples. La reforma de la Constitución no es estrictamente necesaria; sin embargo, la modificación de determinados artículos de la Carta sería deseable dentro de un lapso de tiempo *más o menos largo*. En otros términos, la reforma propuesta en las páginas siguientes es posible de inmediato...”. *Op. cit.*, nota 72, p. 2.

⁹¹ Decretos 1050 y 3130 de 1968.

⁹² Ley 65 de 1967.

doctrinaria y didáctica y circunstancialmente legal, pero en ningún caso de estirpe constitucional, por lo cual el legislador puede variarla sin infringir mandatos constitucionales.

Por tanto, concluye la Corte,

...es de la potestad legislativa del Congreso determinar la estructura de los establecimientos públicos y de las unidades administrativas especiales y que, por lo mismo, es también de su competencia modificarla, o variarla pues quien puede lo más puede lo menos, así resulte a juicio de algunos o de todos antitécnico o antiestético, sin que por ello comporte inconstitucionalidad.

Desde posiciones de derecha, en cambio, la crítica es sencilla pero muy poderosa: el tamaño del Estado y sus niveles de intervención son, en sí mismos, un problema a resolver. A partir de este momento la reforma administrativa se funda en una preocupación directa por el aumento incontrolado de los gastos de funcionamiento del Estado. Igualmente se empieza a dudar de los beneficios de redistribución que presuntamente prometía el Estado de bienestar a través de sus entes descentralizados. Los mayores niveles de intervención en mercados, servicios públicos, etcétera, constituyen en sí una política equivocada que no se logra salvar a través de la pretendida autonomía de los entes descentralizados encargados de ejercer tal función.

Este profundo cambio ideológico se manifiesta ya con mucha claridad en el Informe Bird-Wiesner de 1981.⁹³ El informe revela un cambio fundamental en la concepción económica que se da hacia la época y que habrá de orientar la gestión administrativa y haciendística colombiana durante el último cuarto del siglo XX. Las principales líneas del argumento presentado por el informe son las siguientes: todo parte de reconocer que existe en el país un verdadero “laberinto fiscal”. Mientras que para los reformadores de la década de los sesenta el problema estaba en la imposibilidad de controlar la ejecución de las políticas encomendadas al sector descentralizado, la nueva preocupación enfatiza la imposibilidad de efectuar un riguroso control fiscal de las mismas. El

⁹³ *Finanzas intergubernamentales en Colombia- Informe final de la misión*, Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, 1981.

informe, por tanto, busca dar recomendaciones generales para resolver esta problemática fiscal.

Una de las piezas constitutivas de este laberinto es la presencia de un amplio sector paraestatal que surge desde la década de los cuarenta y que es fruto del crecimiento de los servicios que el Estado debe prestar. En este punto el informe muestra una clara ventaja del enfoque económico: para los economistas la existencia de “empresas del Estado” viene, en realidad, desde la Colonia y consiste en la participación del sector público en el PIB nacional a través de inversiones en empresas u otras unidades de explotación que poseyeran, por alguna razón, alguna forma de independencia frente a la administración central: dentro de este grupo podrían citarse, por ejemplo, los estancos de licores, tabaco e inversiones productivas realizadas por el Estado en empresas manufactureras a lo largo del siglo XIX, muchos años antes de que en Colombia se utilizara la noción técnico-jurídica de descentralización por servicios. El tamaño de estas inversiones, sin embargo, es mínimo si se le compara con el proceso de estatalización de las actividades económicas que se da con la creación de numerosas empresas del Estado (Empes) en el segundo tercio del siglo XX.

Dentro de este marco histórico las conclusiones de la misión Bird-Wiesner sobre las Empes revelan una desconfianza creciente en la gestión técnica y financiera del sector descentralizado, mostrando que, de hecho, el Estado de bienestar no tiene una mayor capacidad redistributiva. Así, en primer lugar, aunque el sector descentralizado colombiano se comporta de manera muy similar a otros existentes en países en vías en desarrollo, las Empes tienen una participación más importante en el PIB (entre 9.8 y 12.7%) que la media internacional.⁹⁴

En segundo lugar,

...la mayoría de las Empes en los distintos países desarrollan actividades económicas similares. Típicamente, las más importantes de estas actividades incluyen el suministro de servicios públicos, de transporte, de educación, de salud, la explotación de recursos naturales, y el sector manufacturero. En el caso colombiano, dicha distribución sectorial se cumple cabalmente para los servicios públicos, educación y salud, pero apenas medianamente en las otras ramas.⁹⁵

⁹⁴ *Ibidem*, p. 296.

⁹⁵ *Idem*.

Así, según el informe, el sector descentralizado no concurre, por ejemplo, a la prestación de servicios en el mercado de transporte aéreo, urbano y marítimo como sí lo hacían Estados en situación comparable a la colombiana. Lo mismo ocurría en el sector manufacturero, donde el Estado participaba mucho menos que otros, a pesar de que Ecopetrol y el IFI eran para el momento empresas estatales de tamaño significativo.

Finalmente el informe propone un argumento fundamental para probar la crisis del Estado de bienestar al mostrar que la prestación de servicios de providencia a través del sector descentralizado no tiene el efecto distributivo que se le asignaba sin hesitación alguna en la primera mitad del siglo XX:

En lo que respecta a la incidencia de la actividad de las Empes sobre la distribución del ingreso, tiende a ser progresiva, según un estudio reciente que analizó la distribución de los subsidios implícitos en el suministro de los servicios de educación, salud, electricidad, acueducto y alcantarillado, y algunos otros. Tal y como se comentó [antes], el efecto progresivo de los servicios de educación primaria y de salud básica se ha compensado, en cierta medida, por el impacto regresivo del subsidio oficial a la educación superior y de los servicios de salud prestados a través de seguridad social. A su vez, los servicios públicos municipales han sido también ligeramente redistributivos, al igual que los beneficios derivados de las operaciones de la Caja Agraria, mientras que las actividades del SENA han sido aparentemente regresivas. En otro estudio reciente se identificó que, en el balance final, el programa de precios de sustentación del IDEMA había sido bastante regresivo. Existe escasa evidencia adicional sobre los impactos distributivos del resto de la actividad paraestatal, particularmente en lo referente al sector industrial, si bien algunos estudios para otros países sugieren que estas actividades a menudo resultan ser regresivas.⁹⁶

La conclusión general de la Misión fiscal con relación a los Empes es desfavorable, pero cauta: no aboga todavía por la privatización, ni por la reabsorción estatal. El informe, sin embargo, ya señala claramente que la justificación política y constitucional tradicional del sector paraestatal está comprometida. El punto fundamental de sus recomendaciones radica en que el sector centralizado tiene que retomar un control más estrecho de las Empes ya que su situación financiera es alarmante y su autonomía

⁹⁶ *Ibidem*, p. 302.

financiera es, en realidad, un mito: “De hecho, estas entidades no generan los suficientes recursos propio para cubrir sus gastos de funcionamiento... En la práctica, este grupo de entidades constituye un apéndice de la Nación”.⁹⁷

Paralelas a las críticas de naturaleza económica, la opinión pública y la ciencia política (pero no la disciplina del derecho), perfilan con mayor precisión las insuficiencias de la descentralización por servicios. Frente al dogma jurídico-administrativo según el cual las entidades descentralizadas por servicios aíslan mejor a la tecnocracia estatal, resulta claro que los datos provenientes del sistema político parecen contrariar dicha sabiduría. De hecho se tiene la marcada impresión de que el sector descentralizado es más permeable a la influencia de la política y de su sector regulado que las dependencias que están *adentro* de la rama ejecutiva del poder público. Una impresión similar se constata en el derecho comparado cuando se pregunta:

¿Por qué las agencias independientes del presidente son susceptible al poder faccional [de sus regulados]? El fenómeno puede explicarse parcialmente por el hecho de que las agencias dependientes del Ejecutivo, precisamente porque están sometidas a control presidencial, están en capacidad de resistir presiones particulares que logran vencer a las agencias independientes que carecen de la amortiguación que les brinda el control presidencial. La ausencia de esta amortiguación presidencial deja a las agencias muy vulnerables frente a los congresistas y sus comisiones, los cuales representan a veces facciones particulares y grupos privados bien organizados con intereses muy significativos en las decisiones regulatorias. Las agencias al interior del Ejecutivo por lo menos están inmunizadas de estas presiones precisamente por el efecto protector y aislante de estar bajo el ala del presidente.⁹⁸

Dentro de su influyente presentación del funcionamiento del clientelismo político en Colombia, Francisco Leal y Andrés Dávila ofrecen algunas pistas de la inversión del ideal tecnocrático de la descentralización administrativa. La tesis principal de los autores pretende mostrar cómo el Estado colombiano sólo crece aceleradamente a partir de la década de los

⁹⁷ *Ibidem*, p. 303 (énfasis añadido).

⁹⁸ Sunstein, Cass, “Paradoxes of the Regulatory State”, 57 *University of Chicago Law Review*, núm. 427, 1990.

cuarenta y este crecimiento, de hecho, se da de forma muy marcada en el “bloque paraestatal”. El desarrollo del bloque paraestatal, sin embargo, se da por dos motivaciones, conflictivas entre sí: por un lado, porque se busca la creación de unos servicios públicos eficientes, técnicos, alejados de la política ya que sólo de esa forma se puede alcanzar los niveles de inversión pública que son precondition gubernamental para la existencia de una economía capitalista robusta. A esta dinámica los autores la denominan racionalidad técnica o capitalista. Frente a este propósito administrativo, sin embargo, se ha impuesto en la realidad una racionalidad burocrática que marcha en sentido diametralmente contrario a las intenciones político-constitucionales de la descentralización por servicios:

No obstante cierta saturación en la nómina estatal y el abultado déficit fiscal, en el plano de la burocracia continúa el manejo clientelista ajeno a cualquier otra racionalidad. En el mismo Congreso y en las demás instancias de los cuerpos colegiados se manejan permanentemente nombramientos de planta y supernumerarios, muchos con carácter temporal y bastantes que ni siquiera necesitan hacer acto de presencia. Por otra parte, las influencias de los políticos en los nombramientos de los empleados del Ejecutivo, en todos sus niveles, son conocidas por aquellos que han ocupado algún puesto directivo en cualquier gobierno. Así mismo, la creación de cargos adicionales en las burocracias regionales, con recursos provenientes de variadas fuentes oficiales, es práctica permanente en los establecimientos públicos. Toda esta inserción y reinserción humana se lleva a cabo dentro de una guerra sorda y permanente por la distribución de cuotas en el microcosmos de las facciones bipartidistas. De esta guerra no se han salvado siquiera los cargos claramente técnicos y supuestamente despolitizados, tanto en los niveles medios como en los más encumbrados del Estado. Esta situación frecuentemente pone al descubierto la contradicción entre la racionalidad del clientelismo y aquella que exige, al menos idealmente, la eficiencia del capitalismo.⁹⁹

Es dentro de este nuevo marco de ideas entorno a la descentralización administrativa que aparece en Colombia la Constitución Política de 1991. La nueva Constitución propuso una agenda administrativa compleja con relación al sector descentralizado por servicios dentro de la cual se desta-

⁹⁹ Leal, Francisco y Dávila, Andrés, *Clientelismo: el sistema político y su expresión regional*, Bogotá, Tercer Mundo, 1990, pp. 77 y 78.

can, al menos, tres componentes principales: en primer lugar es claro que la Constitución persevera en establecer los mecanismos de burocratización weberiana, dándoles incluso el lugar de principios constitucionales, a pesar de las enormes dificultades históricas que se han presentado en su cabal implementación: entre ellos se destacan evidentemente la carrera administrativa¹⁰⁰ y la burocratización especializada por vía de descentralización funcional.¹⁰¹

En segundo lugar, es preciso reconocer que la tendencia hacia la reducción del tamaño del Estado se manifestó de manera muy clara: el Estado, en todo caso, se vio obligado a activar iniciativas para disminuir su tamaño y por tanto se intentó de nuevo una simplificación del organigrama mediante la supresión de entidades ineficientes, innecesarias y redundantes (tal y como quedó articulado en el artículo 20 transitorio de la Constitución). Gran parte de este proceso de simplificación se dirigió a la eliminación de entidades del sector descentralizado y, en realidad, sólo se realizó de manera lenta y con resultados muy ambiguos mediante normas jurídicas expedidas sucesivamente en el periodo 1991-2002 debido a la tenaz y efectiva resistencia presentada por el sector político y administrativo.

En tercer lugar es claro que, aunque se buscó reducir el tamaño del sector descentralizado, la tipología de sus entes creció bajo las presiones de una mayor especialización funcional: a pesar del esfuerzo de control fiscal, el tipo de entidades del Estado se expandió con la Constitución de 1991 y la Ley 489 de 1998 para incluir ahora a las “empresas sociales del Estado” y a las “empresas prestadores de servicios públicos”. Este aumento de los tipos de entes estatales se realizó dentro del marco de políticas de liberalización de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y de salud. La participación estatal en estos sectores se redujo porcentualmente de manera significativa, pero se precisó el estatuto y régimen jurídico de las empresas estatales que continuaron concurriendo en la prestación de estos servicios.

¹⁰⁰ Establecida como principio general y normal del funcionariado en el artículo 125 de la Constitución Política. El principio, sin embargo, continúa siendo derrotado por la resistencia política a su implementación.

¹⁰¹ En la Constitución de 1991 se reconoce y da amplio espacio al papel del sector descentralizado por servicios.

2. *De la descentralización por servicios al órgano constitucional autónomo*

Este nuevo papel del sector descentralizado por servicios implicó, al mismo tiempo, un cambio significativo del modelo constitucional de la descentralización funcional: podría decirse que el país relanzó¹⁰² el ideal de la agencia independiente (bajo el nombre de órganos constitucionales autónomos e independientes)¹⁰³ que, en realidad, no realiza las mismas funciones ni tiene la misma estructura que los entes descentralizados, aunque se arroja en la misma ideología de gobierno tecnocrático en la que se enmarcan estos.

En un resumen de grandes tendencias podría decirse que la especialización burocrática es un ideal administrativo no abandonado aún al que han venido concurriendo diferentes tendencias políticas e ideológicas:¹⁰⁴ en su primera encarnación, la del establecimiento público o la empresa estatal, la descentralización fue la cabeza de playa de la intervención del Estado de bienestar en la prestación de servicios públicos fundamentales para la consolidación de la infraestructura (tanto social como material) del aparato productivo del país; con la crisis del Estado de bienestar pierde sentido en parte la autonomía de estos entes: buscan reincorporarse al Ejecutivo para que este, con mayor fortaleza y unidad de gestión, pueda realmente dirigir la sociedad y la economía. La crítica neoliberal llegará, sin embargo, a partir de preocupaciones fiscales: las múltiples y excesivas funciones que se realizan por parte del sector descentralizado son excesivamente costosas, generan indebida complejidad en la administración del Estado y, finalmente, asumen tareas que el sector privado podría realizar más adecuada y eficientemente.

¹⁰² Se habla en texto de “relanzar” porque gran parte de la descentralización por servicios del Estado colombiano se debatió muy dificultosamente entre el modelo de los Estados Unidos (donde apareció originalmente de *independent agency*) y el modelo francés de “descentralización funcional”. Ambas técnicas se confunden con facilidad porque proceden del mismo ideal de burocratización weberiano.

¹⁰³ Esta designación genérica está en el inciso 2 del artículo 116 de la Constitución. De otro lado la Constitución consagra específicamente la “autonomía” de diferentes órganos estatales en los artículos 69, 76, 103, 150-7, 249, 267 y 371.

¹⁰⁴ En mi opinión los estudios jurídicos sobre el tema no han demostrado suficiente sensibilidad a los ajustes ideológicos que, con el tiempo, ha tenido el ideal de especialización burocrática.

Podría pensarse, por tanto, que los entes autónomos deben desaparecer y así lo hicieron muchos de los establecimientos públicos y empresas estatales propios de una política económica más dirigista; sin embargo, el ente autónomo, concepto administrativo, ha mostrado una enorme capacidad de perpetuarse en una nueva reencarnación que cuadra muy certeramente con el nuevo constitucionalismo económico.¹⁰⁵ El nuevo ente autónomo no es, por antonomasia, la empresa estatal sino el órgano regulatorio independiente: se trata, usualmente, de una comisión en la que participan diversos sectores y en la que se estructura la regulación básica de un determinado sector económico: este derecho regulatorio, hasta ahora, había sido en general encomendado a una típica dependencia del Ejecutivo, bajo la forma de la superintendencia. Es más, en la historia institucional colombiana la superintendencia fue la forma de adoptar al derecho colombiano las primeras comisiones regulatorias que llegaron al país por vía de transplante de los Estados Unidos. Ahora, sin embargo, gran parte de la regulación pasa por las comisiones independientes en las que se adopta, ya no solo la función, sino también la forma de la *independent commission* del derecho estadounidense. Estas comisiones encontraron explícita constitucionalización y un marcado fortalecimiento en 1991: en particular, vale la pena destacar entre ellas a la Junta Directiva del Banco de la República, a la Comisión Nacional de Televisión y a las comisiones regulatorias especializadas en servicios públicos domiciliarios establecidas por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

El siguiente cuadro puede ayudar a resumir algunas de las diferencias esenciales entre estas dos formas de autonomización burocrática:

¹⁰⁵ Véase al respecto Tushnet, Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

<i>Establecimiento público</i>	<i>Entes autónomos</i>
Función de administración y ejecución de programas administrativos específicos.	Función de regulación de sectores productivos.
Ubicados al interior de la rama ejecutiva, pero con garantías de independencia burocrática mediante la descentralización funcional.	Ubicados, en general, <i>por fuera</i> de la rama ejecutiva.
Liderazgo unipersonal.	Liderazgo colegiado.
Nombrados por el Ejecutivo y con pocas garantías de estabilidad de cargo.	Nombrados mediante negociación de diferentes entes estatales, con participación gremial y con aumentadas garantías de estabilidad de cargo.
	Ejemplos: Junta Directiva del Banco de la República; Comisión Nacional de Televisión.

El nacimiento del órgano constitucional autónomo, sin embargo, no debe darnos mayores esperanzas de que, ahora sí, el ideal weberiano se ha de cumplir adecuadamente, todas las críticas que se le han hecho a la descentralización por servicios y a las *independent regulatory agencies* parecen estar reproduciéndose en el caso colombiano. Este escepticismo se basa en la posibilidad cierta que los órganos sean capturados, o por los intereses de aquellos a quienes deben regular o por los políticos que, abierta o solapadamente, sirven de *brokers* de esos mismos intereses; de la misma forma, el juicio experto de los órganos usualmente se compromete porque las agencias (debido a su composición colegial) terminan negociando con el sector regulado y, con ello, buscan más complacerlos que formular políticas que los puedan disgustar de manera significativa; de igual forma, los órganos independientes pueden no poseer el conocimiento técnico que reclaman porque, al final de cuentas, los mecanismos clientelistas básicos funcionan allí de forma tan rampante como en la administración general.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Véase, al respecto, Swire, Peter, "Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch", 94 *Yale Law Journal*, núm. 1766, 1985.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, "The New Separation of Powers", 113 *Harvard Law Review*, núm. 633, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público*, Madrid, Universidad Externado de Colombia-Fundación de Estudios de Regulación, 2003.
- BANCO DE LA REPÚBLICA, *Reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, Editorial Banco de la República, 1961.
- CARLILE, Lonny, "Reforma administrativa y desregulación económica en Japón", *Comercio Exterior*, febrero de 1998.
- CASTRO, Jaime, *Constitución Política de Colombia*, 3a. ed., Editorial Oveja Negra, 1987.
- CURRIE, Lauchlin, *Reorganización de la rama ejecutiva del Gobierno de Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1952.
- DAMAŠKA, Mirjam, *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DEAS, Malcolm, "Gramática y poder en Colombia", *Del poder y la gramática*, Bogotá, Tercer Mundo, 1993.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, *Finanzas intergubernamentales en Colombia*, Bogotá, Biblioteca del Desarrollo-Redactores Asociados, 1981.
- DEZALAY, Ives y GARTH, Brian, *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar el Estado latinoamericano*, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional, 2002.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- EVANS, Peter, *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA, 2007.
- HAURIU, Maurice, *La descentralización par établissements publiques. Revue politique et parlementaire*, 1895.
- IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis Editores, 2007.
- , *Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas. Justicia y desarrollo sostenible*, Bogotá, Ltda, 2006.

- KEMMERER, Edwin Walter, *Kemmerer y el Banco de la República. Diarios y documentos*, Bogotá, Banco de la República, Departamento Editorial, 1994.
- , “Economic Advisory Work for Governments”, *American Economic Review*, núm. 17, 1927.
- LEAL, Francisco y DÁVILA LADRÓN DE GUEVARA, Andrés, *Clientelismo. El sistema político y su expansión regional*, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales-Tercer Mundo Editores, 1994.
- LOCHAK, Danièle y CHEVALLIER, J., *Science Administrative*, París, LGDJ, 1978-1979.
- LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando, *Pensamiento económico y fiscal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- MARÍN VÉLEZ, Marco, *Los establecimientos públicos*, 1a. ed., Pereira, Ediciones Abogados Librería, 1993.
- OCAMPO, José Antonio (comp.), *Historia económica de Colombia*, Presidencia de la República, Imprenta Nacional de Colombia, 1997.
- OSORIO ISAZA, Luis Camilo, *Los establecimientos públicos en Colombia*, Bogotá, Editorial Kelly, 1969.
- PAREJA, Carlos H., *Curso de derecho administrativo teórico y práctico*, 2a. ed., Bogotá, El Escolar, 1939.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Manual de la rama ejecutiva del poder público*, Consejería Presidencial para la Modernización del Estado-Imprenta Nacional de Colombia, 1994.
- , *Manual de la rama ejecutiva del poder público*, Secretaría de organización e Inspección de la Administración Pública-Imprenta Nacional de Colombia, 1970.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano*. <http://www.clad.org.ve/fulltext/0052007.pdf>.
- RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2000.
- SANDILANDS, Roger, *Vida y política económica de Lauchlin Currie*, Bogotá, Legis, 1990.
- SARRIA, Eustorgio, *Esquema de la reforma administrativa en Colombia*, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 1961.
- SUNSTEIN, Cass, “Paradoxes of the Regulatory State”, *57 University of Chicago Law Review*, núm. 427, 1990.

- SWIRE, Peter, "Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch", 94 *Yale Law Journal*, núm. 1766, 1985.
- TAFUR GALVIS, Alvaro, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- , *Las entidades descentralizadas*, 3a. ed., Montoya & Araujo Ltda., 1984.
- TUSHNET, Mark, *The New Constitutional Order*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- VEDEL, Jorge, *Derecho administrativo*, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
- VERKUIL, Paul, "The Purposes and Limits of Independent Agencies", *Duke Law Journal*, núm. 272, 1988.
- VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Contemporánea-Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1970.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- YOUNES MORENO, Diego, *Panorama de las reformas del Estado y de la administración pública*, Bogotá, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.