

RELATIVIDAD DE CONTENIDO DEL INTERÉS GENERAL POR SU DEPENDENCIA AL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

(A propósito del libro “con miras del Interés General” de los profesores ARANA-MUÑOZ Y RIVERO YSERN)

Edmer Leandro LOPEZ PEÑA¹

I. INTRODUCCION

El interés general es la *justificación por excelencia* de la actuación administrativa, pero no es exclusiva de esta rama, tanto la legislativa y la judicial invocan el interés general como cláusula de funcionamiento. El interés general es el espíritu del Estado, él es su guardián² ser el custodio implica para el Estado como Unidad que éste tiene efectos *in-put* y *out-put*, pues, por un lado, orienta su actuar (*efecto in-put*); y, por el otro, sirve como técnica de control de sus actos administrativos, judiciales, y legislativos (*efecto out-put*), allí, la razón del principio de Check and balance.

Los profesores españoles Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ y Enrique RIVERO YSERN tocan en su libro “*Con Miras al Interés General*” varios aspectos importantes del interés general, que van desde su correcta concepción, su diferencia con el interés público, su dimensión general y particular y alcances, hasta su interrelación con las potestades administrativas, con la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, el correcto actuar de la administración, el derecho fundamental a la buena administración, la responsabilidad disciplinaria y la conducta ética del servidor público. Pero ha llamado la atención en particular *la relación trascendental* que señalan los autores entre interés general y el Estado Social de Derecho, a suerte que éste termina conteniendo a aquel.

Ante esa premisa se concibe el presente artículo con el fin de discurrir sobre tal *relación trascendental*, en cuanto lo que se propone es, en su orden: I) la existencia de dos paradigmas del principio del Estado social de Derecho que haría superfluo el interés general, y a su propia relatividad como concepto y principio, relatividad materializada tanto en el efecto *in-put* como el efecto *out-put*, como se verá. II) La relación trascendental propuestas por los maestros españoles nos parece que conduce a jerarquizar en un nivel superior al principio de Estado Social de Derecho sobre el interés general, jerarquización que resulta des-

¹ Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia- U.P.T.C. Especialista Derecho Administrativo U. Libre de Colombia. Magister Derecho Administrativo U. Libre de Colombia. Estudiante Doctorado Derecho Administrativo Iberoamericano U. Coruña- España. Director centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Universidad Santo Tomas Tunja Abogado litigante y consultor.

² En términos similares de lo que trabo la discusión entre Schmitt y Kelsen sobre el guardián de la constitución.

afortunada en cuanto que aquel contendría a éste, desconociéndose al interés general como principio autónomo.

II. LA FUNDAMENTABILIDAD DEL PRINCIPIO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LA CONCEPCION DEL INTERES GENERAL. ASPECTOS GENERALES “CON MIRAS DEL INTERÉS GENERAL”.

Los profesores Enrique RIVERO YSERN y Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ sostienen que es importante reconocer como lo ha hecho el Consejo de Estado Francés en su Rapport de 1999 que el interés general es la finalidad última de la acción pública, por tal razón el interés general no puede ser comprendido como la suma de intereses particulares o de grupos.

“Afirmar que existe un interés general por encima de los intereses particulares, que existe un interés social, de todos, que es superior moralmente a los intereses de las diferentes partes, es la tarea que debe presidir el quehacer administrativo del Estado y de los entes territoriales que lo componen, entre nuestras Comunidades Autónomas y Corporaciones locales fundamentalmente”³

El interés general o social no es la suma de las partes, ni tampoco el interés legal y legítimo propio del Estado que toma la forma de interés público, la amplitud del concepto de interés general se relación con el valor de la democracia, con la república y la participación ciudadana en las decisiones del Estado.⁴ Los autores invocan la versión republicana sobre la Concepción utilitarista del interés general, tal como lo plantearía el Consejo de Estado Francés en el Rapport de 1999.⁵ La versión voluntarista y Utilitarista tienen para los profesores españoles varias consecuencias, por un lado la visión utilitaria del interés general está en su inaplicabilidad para dar respuesta a los problemas modernos de la sociedad, por el contrario se le juzga a esta postura de ser la causante de la crisis económica y financiera que atraviesa el mundo; por el otro lado, la visión voluntarista nacida en la revolución francesa, al conjugar el interés general con la voluntad general es *“una operación intelectual tan perfecto como imposible de practicar”*,⁶ pero en esta última se rescata la posición de León Duguit para describir que desde el punto de vista voluntarista, el interés general es la expresión del interés de la sociedad, de todos y cada uno de sus componentes, los autores acuden a Duguit para afirmar la existencia de intereses generales concretos relacionados con los principios y parámetros del Estado Social y Democrático de Derecho.⁷ Frente a esta dicotomía entre la visión voluntarista y utilitarista del interés general, los autores reconocen la posibilidad de encontrar una *tercera vía* *“con sustantividad propia, que explique el interés general desde los valores del Estado Social y democrático de Derecho proyectados en la realidad concreta, en la cotidianeidad”* una visión del interés general que sin apartarse de sus fundamentos primarios, sea reconocida por los ciudadanos *“como expresión y compromiso de la mejora*

³ RIVERO YSER, Enrique, RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. Con Miras al Interés General. Ed. BUBOK Publishing, SL. España. Introducción, p. 11.

⁴ *Ibid.*, p. 17.

⁵ *Ibid.*, p. 22-29.

⁶ *Ibid.* p. 20.

⁷ *Ibid.* p. 19.

*permanente de las condiciones de vida de las personas*⁸ de allí el papel vital que cumpla hoy el derecho fundamental a la buena administración.⁹

De la relación entre interés general y Estado Social y democrático de Derecho surge la exigencia que éste no se defina unilateralmente por la Administración pública, sino que se deba hacer de manera integrada entre los poderes públicos y los agentes sociales,¹⁰ por el hecho del anclaje del principio de participación en el Estado social de derecho. El papel del juez constitucional y administrativo es activo en esta concepción pues el interés general no es exclusivo del Estado, sino de *todos*, conformado de manera conjunta la justicia y el interés general serán el alma del derecho administrativo¹¹

Por ello que los profesores Arana –Muñoz Rodríguez y Rivero Ysern sostengan-

“El derecho administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro. Las construcciones dogmáticas que situaban al poder en el frontispicio de este sector del derecho Público han pasado a la historia. Hoy el Derecho Administrativo es un Derecho que garantiza derechos e intereses legítimos de los ciudadanos porque el interés general está cada vez más vinculado a la promoción de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los más indefensos.

El papel fundamental del ciudadano, que ya no son sujetos inertes, meros beneficiarios de bienes y servicios públicos, alumbrará a una nueva versión del interés general que es inherente a la democracia y, por tanto, a los valores del Estado Social que en ella habita: libertad, solidaridad, participación y justicia fundamentalmente”.

El interés general toma una visión amplia y particular, respecto de la primera se determina por su orientación hacia la funcionalidad anclada al concepto de democracia. Para los autores el interés general cumple con varias funciones, provenientes una democracia participativa y del Estado Social de Derecho,¹² debiéndose concretar en cada caso, evitando así que la administración recupere su “halo de abstracción e infinitud, de ilimitación y opacidad que tenía en el antiguo Régimen”.¹³ La concreción estaría orientada a su vez por la comprensión del dinamismo del interés general, para los autores es obvio que los intereses generales cambien, pues es la relatividad del mismo concepto, pero esto tiene un límite en los postulados del Estado social y democrático de Derecho, bien sea el principio de juridicidad, la separación de poderes, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y los principios rectores de la política social y económica.¹⁴

Particularmente en la Concepción amplia es donde se resalta la reciprocidad entre la concreción del interés general y el respeto por los postulados del Estado social de derecho, a suerte que sin éste no podría predicarse aquel, o se haría de forma arbitraria, según pareciera dan a entender los profesores ARANA-MUÑOZ RODRIGUEZ Y RIVERSO YSERN

“La dimensión amplia del interés general está compuesta por los valores y directrices que integran la cláusula del Estado Social y Democrático de derecho”.¹⁵

⁸ *Ibid*, p. 22.

⁹ *Ibid*, p. 85-152.

¹⁰ *Ibid*, p. 26.

¹¹ *Ibid*, p. 34.

¹² *Ibid*, p. 39.

¹³ *Ibid*, p. 46.

¹⁴ *Ibid*, p. 59, 60, 62.

¹⁵ *Ibid*, p. 73.

“El principio de seguridad jurídica, el de certeza normativa y el de previsibilidad del Derecho, son básicos en el Estado de Derecho. Implican, a los efectos de este estudio, que el Ordenamiento debe proteger aquellos intereses expresados bajo forma de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos. Y estos intereses protegidos bajo forma de derechos subjetivos e intereses legítimos pueden presentar naturaleza individual, colectivo o difusa. Constituyen, es claro, parte integrante de la dimensión amplia del interés general por formar parte de los valores que configuran el Estado social y democrático de Derecho”.¹⁶

La concepción de interés general descansa en la fundamentación del Estado social de Derecho. El interés general en la dimensión amplia reconoce como contenido material los valores del estado social de derecho, allí se interrelacionan los intereses jurídicamente protegibles y los intereses de los ciudadanos; en la dimensión concreta, estos valores se particularizan en cada sector de la actuación administrativa. En una comprensión unitaria del interés general, es entendido como el interés de todos los ciudadanos, cuya funcionalidad es servir a la satisfacción objetiva de las necesidades públicas. La fuente primaria de este interés general es la constitución política por contener la cláusula del Estado social y democrático de derecho, la fuente secundaria es la ley, junto con las normas dictadas por la administración en el marco de los intereses generales concretos.¹⁷

La postura de los profesores ARANA-MUÑOZ Y RIVERO YSERN es clara en todas sus partes, con un propósito objetivo: conducir a la administración hacia los caminos de un actuar más humano y social. Pero reconocemos que en la configuración de la relación trascendental de dependencia que se propone del interés general con el principio de Estado Social de derecho, se produce una grave consecuencia que conlleva a la subsunción del interés general en el principio del E.S.D., proyectando en aquel una relatividad de contenido, como pasaremos a explicar a continuación.

III. LOS DOS PARADIGMAS DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA INQUIETANTE RELATIVIDAD DE CONTENIDO DEL INTERÉS GENERAL.

La grave consecuencia que referimos en el capítulo anterior respecto a la dependencia que recibe el concepto de interés general al principio de estado social y democrático de derecho en la teoría de los profesores ARANA-MUÑOZ Y RIVERO YSERN se asienta sobre estas dos premisas generales: i) El Estado social y democrático de derecho al día de hoy se enfrenta a dos paradigmas que han afectado su contenido inicial, por un lado, la crisis de la democracia formal tanto representativa como participativa, y por el otro lado, el paradigma económico del Estado Social de Derecho. En segundo lugar, ii) se niega a suerte de la relación trascendental la condición de principio autónomo al interés general.

La crisis de la democracia en el siglo XXI se da, o bien, por la falta de legitimidad de los órganos representativos en particular el legislador y el ejecutivo, lo que pone en tela de juicio

¹⁶ *Ibíd*, p. 74.

¹⁷ *Ibíd*, p. 75, 76 también p. 84: “en la dimensión amplia dispone de un protagonismo especial uno de los principales postulados del Estado Social y Democrático de Derecho: los derechos fundamentales”

el alcance de los gobiernos republicanos, o bien por la pérdida en la ciudadanía del valor de lo público.

La democracia es el logro de las revoluciones liberales, y el gran principio fundador de la legitimidad y legalidad del poder, pero ha venido decayendo como valor supremo en la conciencia colectiva, esto por el hecho de ser materializada en las instituciones políticas que constantemente le fallan al ciudadano promedio;

en tierras latinoamericanas no se cree en las instituciones políticas como lo describe el Banco Interamericano de Desarrollo, y no se cree precisamente porque en ellas no se ve un valor supremo de servir al pueblo, la política cambio su naturaleza, ya no es el arte de servir, es un negocio, un botín de partidos, de fuerzas económicas, etc, La crisis económica que hoy vive el mundo, pero la social que siempre ha vivido, no es más que la consecuencia de la degradación de las instituciones, la ley ha sido reducida a un papel secundario debido al fortalecimiento de los decretos del gobierno, esto como consecuencia del hiper-presidencialismo reinante en Latinoamérica, hoy en gobiernos republicanos como Venezuela o Colombia grandes asuntos son desarrollados por decretos provenientes del principio de delegación legislativa que hace el congreso al gobierno constituyendo en la única garantía para el ciudadano el elemento de reserva de ley, que no es siempre respetado a gracia de la creciente técnica de elusión constitucional o las reformas constitucionales constantes, tan solo la constitución Colombia lleva en sus 100 años de vida 50 reformas.

Así la democracia es sinónimo de desconfianza, desconfianza por las instituciones, las normas, y el sistema en general. La democracia representativa es afectada desde el campo de lo práctico por la adopción de sistemas electorales desiguales, que niegan la representatividad de grupos minoritarios, imposibilitan el ingreso de la mujer, del negro o del indígena. Basta recordar a Rousseau y su examen al sistema electoral Romano para determinar el deterioro de la democracia representativa por los sistemas electorales que se adoptan. La realidad de hoy es que no se ha hecho nada para hacer que las cosas cambien.

En cuanto a la democracia participativa, ésta sufre un problema más grave que la democracia representativa, pues, si la falla está en el sistema electoral lo que se necesitaría es voluntad política para cambiar el sistema haciéndolo más equitativo y justo, garantizando los derechos fundamentales y políticos a los ciudadanos sin distinción alguna. La democracia participativa impone la consolidación de una cultura política y para la política, que, hoy por hoy no existe, la desafección política es reinante, la falta de credibilidad en las instituciones han alejado al ciudadano de la cosa pública, el Estado ha entrado a auto-vigilarse (a través del juez, de los entes de control, de entidades supranacionales) y en ese proceso el ciudadano adopto una postura pasiva. Consolidar una verdadera democracia participativa trasciende el mero acto de jurisdicción, de creación de leyes y normas, de espacios para que el ciudadano participe, lo que se hace indispensable es construir cohesión social alrededor de la política, es decir, la verdadera y efectiva democracia participativa es un tema de cultura de lo público, cultura que dista de ser real.

Tenemos entonces que la democracia representativa no se da objetivamente por la imposición de sistemas electorales contradictorios con el fin único de la política, lo mismo acontece con la democracia participativa que no se da por el hecho de una falta de cultura para la política construida por la desafección política que genera la deslegitimación constante de las instituciones política y del apartamiento del ciudadano de los problemas de lo público.

De esta manera estaría descrito en términos generales el paradigma de la democracia, ahora pasemos al segundo paradigma del Estado social de Derecho que es el económico.

Los principios de la administración pública en particular y del Estado en general, contenidos en las constituciones entre estos el principio de Estado Social de Derecho han sufrido importantes alteraciones en su contenidos y alcances por motivos de la integración en la norma superior de principios de naturaleza económica que obedecen a razones importantes como es el caso de la sostenibilidad fiscal del sistema, el cumplimiento de compromisos económicos internacionales (pago deuda externa), el cumplimiento de condiciones de mercado (*lex-mercatoria*), de tratados internacionales que necesitan de modificaciones normativas para entrar a operar, o en el caso de los pueblos latinoamericanos de políticas económicas impuestas para estimular el crecimiento económico (razones de principios de gobernanza o buen gobierno dadas por el Banco Mundial). Los cambios que logran estos principios recaen sobre i) la toma de decisiones judiciales (por ejemplo la Concepción delimitante de lo que puede entenderse por derechos adquiridos, pues, se legitima el cambio permanente de los sistemas pensionales y el aumento de requisitos, la rebaja de las mesadas pensionales, o la eliminación de prestaciones sociales, o reducción de tiempo como se dio en el evento de las prestaciones sustitutivas que solo puede ser beneficiario por 20 años, cuando antes era de por vida del beneficiario) ii) las actuaciones de la administración, en tanto sus fundamentos de actuación (motivos, causas y fines del acto administrativo por cambio en el ordenamiento jurídico), determinación de competencias, así como el control jurisdiccional posterior; y , iii) en la papel del legislador en la creación de las leyes que deben ajustarse a estos principios económicos de sostenibilidad fiscal, buen gobierno, competitividad económica.

Las situaciones reales de la democracia tanto representativa como participativa, como los cambios ocasionados por los principios económicos integrados en el ordenamiento jurídico a suerte de normas o de interpretación, han conducido por un lado que el Estado democrático de derecho tenga grandes fallas para la salvaguarda de una democracia sustancial como lo sostiene Luigi Ferrajoli, y por el otro, que los principios económicos orienten la determinación no solo de un estado social y democrático, sino de un Estado económico de derecho, con efectos importantes en la juridificación, reconocimiento de derechos y cambios normativos.

El desconocimiento de estas situaciones reales del E.S.D, hacen que al integrar el interés general al contenido del principio contemporáneo del Estado Social de derecho, haciéndolo depender de él (dimensión amplia), aquel se convierta en una justificación de las debilidades manifiestas de la democracia y en la cláusula legitimante para la imposición de principios económicos que modifican el ordenamiento jurídico en términos generales , y en lo concreto (dimensión particular o concreta) conduzcan a la administración a procesos de privatización , huida de derecho administración, economización de la actuación administrativa, etc. Este es el gran riesgo de hacer depender el interés general de la dimensión del Estado Social De Derecho, pues *elimina por completo* el potencial que tiene el principio de interés general para servir como causa delimitante de los arbitrios en que pudiese recaer el Estado amparado de la formula Estado Social y democrático de Derecho, de modo que el interés general pierde su capacidad de servir de causa de control jurisdiccional, en tanto que subsumido al E.S.D, es parte de su fundamento, no pudiéndose alegar el interés general en contra de la amplitud económica constante del E.S.D. Estas consecuencias es lo que entendemos es la relativización del contenido del interés general, para evitar que esto ocurra proponemos que

conceptualización del interés general como principio autónomo y principal no subsumido al como es expuesto por los profesores ARANA-MUÑOZ Y RIVERO YSERN.

IV. EL INTERÉS GENERAL COMO PRINCIPIO. EFECTO IN-PUT Y OUT-PUT

En la comprensión de las normas jurídicas como reglas y principios, el interés general se ubica en esta última forma, haciendo parte del ordenamiento jurídico e integrando la completitud del derecho en el principio de juridicidad, esto implica que las decisiones tanto del ejecutivo, legislativo, y judicial deben contener la no lesión al interés general. Como principio autónomo el interés general orienta el actuar del Estado, de sus funcionarios y de los propios ciudadanos invitando a estos a apropiarse de los problemas de lo público, llegándose a invocar por alguno de los actores del sistema (cada una de las ramas del poder o ciudadanos) el principio de no lesión del interés general en contra de las actuaciones camufladas en el principio de E.S.D. De allí, lo importante de la separación que proponemos, el interés general cuenta con un guardián que somos todos, en ese sentido estoy de acuerdo con el concepto de interés general dada por los autores, pero no veo con claridad que siendo el interés general el interés de todos se incluya en el principio de Estado Social de Derecho que como principio se invoca como cláusula de funcionamiento del Estado, lo que origina esta subsunción de principios, es mantener la brecha entre el ciudadano y lo público, pues, siendo el interés general el de todos, el Estado es quien lo materializa, este ha sido el grave problema de la democracia, de la excesiva institucionalidad del Estado de Bienestar.

Como principio autónomo y principal el interés general, en el efecto *in-put* sirve como pieza clave y de fundamentación de la actuación de la administración, claro que el principio ESD también lo hace y de modo más general, pero lo importante de la separación, está en el hecho que el principio de interés general sirve como criterio particular en los procesos de toma de decisiones políticas, judiciales, económicas y colectivas, siendo un ingrediente en la fórmula de la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones, así puede que determinada providencia no sea contraria al principio de Estado Social de derecho, por ejemplo el caso de solicitud de préstamo al Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional que por lo general se da por motivos de satisfacción de prestación de servicios o de derechos colectivos, pero que sí lo sea respecto al principio de interés general en tanto que aumenta los niveles de endeudamiento externo del Estado y en sí de los ciudadanos. El efecto Out-Put se da en este choque de principios, así se entiende como efecto out-put la posibilidad real que el Interés general se invoque como causa objetiva del ordenamiento en contra de otros principios, lográndose con ello dos fenómenos: i) dotar al ciudadano de una herramienta objetiva de control de la actuación del Estado, una herramienta que lo hace participe de lo público, ii) conducir a que en cada caso en concreto se concretice el interés público determinándose su relación con otros principios, la consecuencia positiva de esto es ir eliminando el juego demagógico en que ha recaído el actuar del Estado empoderado del principio E.S.D.

Agradezco a los profesores españoles ARANA-MUÑOZ Y RIVERO YSERN y a la universidad de la Coruña- España en el marco del Doctorado de derecho administrativo Iberoamericano, permitir que estos espacios académicos se den en aras de consolidar una mejor ciencia del derecho administrativo cuyo objetivo sea mejorar la calidad de vida de los administrados proponiendo una actuar del Estado más justo y equitativo tan necesario no solo en tierras latinoamericanas sino en el mundo como lo ha demostrado las crecientes crisis.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Democracias sostenibles. tomado de: <http://idb-docs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1600268>
- HART ELY, John, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control Constitucional*. trad. Magdalena Holguín Ed. Universidad de los Andes. Colombia
- IBÁÑEZ ANDRES, Perfecto, *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Ed. Trotta España.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta España.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos Humanos y el Estado constitucional*.
- PETEV, Valentin, *Metodología y ciencia Jurídica en el umbral del siglo XXI*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogota-Colombia.
- RIVERO YSERN, Enrique y RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime, *Con miras al Interés General*, Ed. Bubok, España.
- WALTER, Robert, *La estructura del Orden Jurídico*, Ed. Temis, Colombia.