

Retos de la regulación económica en Latinoamérica desde el Derecho administrativo global

José Ignacio Hernández G.*

Sumario

Introducción

1. Un punto de partida: las diferencias entre el Derecho administrativo en Latinoamérica y el Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica

2. El Derecho administrativo global y su posible impacto en la regulación económica dentro del Derecho administrativo en Latinoamérica. La promoción de la gobernabilidad democrática

Introducción

Nos proponemos abordar, en este ensayo, los retos de la regulación económica en Latinoamérica desde el Derecho administrativo global. Debemos advertir que nuestro enfoque se orientará a la exposición de las bases y fundamentos de ese tema, lo que implicará renunciar a tratar detalles específicos y concretos, que quedarán diferidos a posteriores investigaciones.

En este ensayo explicamos que el Derecho administrativo en Latinoamérica se ha formado preponderantemente —y con gradaciones ciertamente relevantes—

* **Universidad Central de Venezuela** y **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor de Derecho Administrativo. **Universidad Monteávila**, Director del Centro de Estudios de Derecho Público.

bajo los postulados básicos del régimen administrativo francés, y con influencia notable también del Derecho español. Es decir, como un Derecho autónomo y especial, basado en “prerrogativas y privilegios” de la Administración, definida en torno al servicio público, y sujeta a un especial control judicial, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Dentro de este esquema conceptual, la intervención administrativa en la economía se ha estudiado a través de la policía administrativa asociada al orden público. Se reconoce, de esa manera, que la Administración puede crear, extinguir y modificar relaciones jurídico-subjetivas limitando la libertad general del ciudadano a fin de proteger el orden público. El advenimiento del Estado social derivó en la expansión de esa actividad de policía, ahora referida a un muy impreciso “orden público económico”. De acuerdo con estos postulados, el estudio de la intervención administrativa se ha efectuado, en general, a partir de la concepción del Derecho administrativo basado en el poder.

Recientemente, y por influencia de los cambios desarrollados dentro de la Unión Europea, un sector de la doctrina española propuso enfocar la intervención administrativa desde la regulación económica, en un sentido muy similar al tratamiento que esa figura tiene en el Derecho administrativo de Estados Unidos de Norteamérica. La gran ventaja de este aporte es que se prescinde del uso de conceptos de muy difícil aprehensión, como el “orden público económico”, para fundarse en un análisis económico objetivo que permita evaluar en qué medida la regulación propende a la eficiencia económica, en sentido favorable a la libertad.

La globalización y el denominado “Derecho administrativo global” pueden coadyuvar a la consolidación de esta visión, en especial, en Latinoamérica. Actualmente, la regulación económica no es función privativa del Estado. Antes por el contrario, organizaciones supraestatales participan también, y muy decididamente, en la ordenación de la economía. No sólo puede citarse el ejemplo evidente del Derecho Comunitario, sino también, en el orden global, encontramos heterogéneas organizaciones que han venido surgiendo, con mayor o menor formalidad, y que participan activamente en la toma de decisiones relacionadas con la regulación económica. Hay, de esa manera, orga-

nizaciones orientadas a producir normas y, también, decisiones individuales. Otras organizaciones se encargan de revisar la actividad administrativa doméstica, de acuerdo con su subordinación a los principios que informan el orden global.

Al ser consecuencia de la globalización, el llamado Derecho administrativo global, y más en concreto, la regulación global, se orienta a promover la libertad y con ello la gobernabilidad, propendiendo a que la actividad administrativa doméstica se adecue a ciertos principios generales, como la transparencia, participación, objetividad, motivación y proporcionalidad, entre otros. No puede encontrarse, en ese Derecho administrativo global, las expresiones ambiguas que se han formado en el régimen administrativo, como orden público o servicio público. Por el contrario, lo que puede apreciarse es que esa regulación global se preocupa (entre otros objetivos) por establecer controles objetivos a la actividad administrativa, a fin de asegurar el “buen ejercicio” de la regulación doméstica como factor clave para promover la gobernanza democrática.

No puede entenderse que esta regulación global propende a la desaparición del Estado, o del Derecho administrativo doméstico. Es ésta una preocupación que, como veremos, se ha formulado desde la América Latina. Por el contrario, uno de los principios básicos que pueden encontrarse en el orden global, es que la promoción del desarrollo económico y social, centrado en la libertad del ciudadano, requiere de un “Estado fuerte”. Pero el “Estado fuerte” no es aquel que despliega intensas limitaciones administrativas en función al “orden público”, sino el Estado que con eficiencia y eficacia adopta medidas objetivas que promueven el desarrollo centrado en el ciudadano. La Organización de las Naciones Unidas –una de las organizaciones básicas del orden global– ha insistido en esta idea. La Resolución N° 60/34 de 17 de marzo de 2006, por ejemplo, recalca que la Administración Pública eficiente, responsable (“*accountable*”), efectiva y transparente –en niveles nacionales e internacionales– así como la buena gobernanza (“*good governance*”) juegan un rol fundamental en la implementación de los acuerdos internacionales derivados de los objetivos del Milenio.

¿Cómo puede impactar el Derecho administrativo global en la construcción de la teoría de la regulación económica dentro del Derecho administrativo en Latinoamérica? Tal es la pregunta central que queremos abordar, desde una perspectiva introductoria. Hay, ciertamente, factores de resistencia a ese cambio, especialmente en el contexto actual de los modelos económicos desarrollados en algunos países en Latinoamérica –muy especialmente Venezuela– que propenden a la vuelta al estatismo basado en los conceptos más tradicionales del Derecho administrativo (servicio público, orden público, contrato administrativo), pero completamente desvirtuados en su aplicación a través de medidas de claro talente autocrático.

La tesis que defendemos en este ensayo es que el Derecho administrativo global, como consecuencia de globalización, puede tener especial utilidad en el Derecho administrativo en Latinoamérica como control adicional al ejercicio del poder. Como ha señalado Floriano de Azevedo Marques Nieto¹, en América Latina el Estado surge como una “preservación de los Derechos del Rey”, con lo cual el Estado es concebido como “una entidad independiente de la sociedad”, titular de intereses propios que “predominan sobre los intereses de los particulares”. Ello se refuerza, pues, con las diferencias propias de cada país. En América Latina ha predominado la organización del Derecho administrativo sobre la base del régimen administrativo francés y, por ende, a partir de la concepción de una Administración autoritaria que unilateralmente puede imponer su voluntad en ejercicio de “prerrogativas y privilegios”. El Derecho administrativo global puede favorecer, en este sentido, a un mayor equilibrio en el ejercicio de la actividad administrativa de intervención económica en América Latina.

¹ “La moderna regulación: la búsqueda de un equilibrio entre lo público y lo privado”. En: **Derecho administrativo y regulación económica. *Liber amicorum* Gaspar Ariño Ortiz**. La Ley. Madrid, 2011, pp. 1079 y ss.

1. Un punto de partida: las diferencias entre el Derecho administrativo en Latinoamérica y el Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica

Como veremos, los principios del Derecho administrativo global se aproximan más –en un plano descriptivo– al Derecho administrativo de Estados Unidos de Norteamérica que al Derecho Administrativo en Latinoamérica, en su sentido tradicional. Por ello, para poder comprender mejor los puntos de resistencia al Derecho administrativo global en el Derecho administrativo en Latinoamérica, es preciso esbozar, en sus aspectos básicos, cuáles son los principios del Derecho administrativo formado en Latinoamérica, que, como veremos, se inspira en el régimen administrativo francés.

Maurice Hauriou² explicaba que todo Estado desarrollado debe contar con una Administración Pública y, por ello, con un Derecho que regule su actuación. En algunos casos, los Estados organizan esas reglas de acuerdo con el “régimen administrativo”, mientras que otros Estados no acuden a ese sistema. En Francia, explicaba Hauriou, el Derecho administrativo se organizó a través del “régimen administrativo”, es decir, como un Derecho autónomo y exorbitante del Derecho común:

La definición de régimen administrativo se resume en la idea de una centralización de funciones administrativas bajo la autoridad jurídica del poder ejecutivo y, por lo tanto, en una separación de atribuciones entre el poder ejecutivo y el poder judicial en lo que concierne a la aplicación del Derecho.

En el régimen administrativo, el Poder Ejecutivo obra bajo dos “prerrogativas” básicas: el disfrute de derechos del poder público “exorbitantes del derecho común”, y la “prerrogativa de la acción de oficio” basada en el acto administrativo o decisión ejecutoria³. Por ello se afirma que el régimen administrativo

² Hauriou, Maurice: *Précis de droit administratif et de droit public*. Dalloz. París, 2002 (reimpresión de la edición de 1933), pp. 1 y ss.

³ *Ibidem*, p. 11.

es autónomo en un doble sentido (Eisenmann⁴): autonomía normativa (el régimen administrativo tiene reglas propias y distintas a las que rigen al Derecho Civil) y la autonomía procesal (pues la Administración no se somete a los Tribunales sino a su propia jurisdicción, la jurisdicción contencioso-administrativa). Todo el régimen administrativo depende, de esa manera, de la dualidad de jurisdicciones (Delvolvé)⁵.

Esa solución fue distinta al modo en el que se organizó a la Administración Pública dentro de los sistemas anglosajones. Una de las primeras críticas en este sentido, y sin duda, la más lúcida, fue la que en su momento formuló Dicey, de acuerdo con el cual en Inglaterra no existía nada semejante al Derecho administrativo como se le conoce en Francia⁶. Explica Dicey que el *droit administratif* se ancla en ideas ajenas a las premisas fundamentales del Derecho común inglés, especialmente del *rule of law*. Por ello, acota Dicey que “para el término ‘*droit administratif*’ la terminología legal inglesa no tiene una expresión equivalente”, lo que implica que esa expresión, simplemente, no es reconocida. Al punto que el propio concepto de *droit administratif*, para Dicey, “requiere ser precisado”. Dicey centró en dos las notas características de ese Derecho, que, en su opinión, se consolidó en la era napoleónica: (i) el reconocimiento de prerrogativas contra los ciudadanos, regidas por normas distintas a las que informan las relaciones entre los particulares, y (ii) la separación entre la Administración y la justicia, lo que da origen a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Gastón Jezè cuestionó esa visión señalando que Dicey ignoraba que en Inglaterra sí existía un Derecho administrativo⁷. La discusión era, en realidad,

⁴ Eisenmann, Charles: “*Un dogme faux: l’autonomie du droit administratif*”. En: **Perspectivas del Derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso**. T. IV. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1969, pp. 419 y ss.

⁵ Delvolvé, Pierre: *Le droit administratif*. Dalloz. París, 2006, p. 82.

⁶ Dicey, Albert Venn: *Introduction to the study of the law and the Constitution*. 9ª, MacMillan and Col, Limited. Londres, 1952, pp. 328 y ss. Luego el propio Dicey llegaría a matizar sus críticas, al constar el avance que el régimen administrativo había alcanzado en el control efectivo de la Administración (ver el apéndice de Emlyn Wade, a la edición de la obra de Dicey comentada, p. 476).

semántica. Si entendemos por “Derecho administrativo” las reglas jurídicas que condicionan a la Administración en el marco del principio de legalidad, ciertamente sí existía un Derecho administrativo. Pero si tomamos la expresión “Derecho administrativo” de acuerdo con su sentido en el régimen francés (que fue el sentido empleado por Dicey), ciertamente, habría que concluir que Inglaterra no conoció de tal Derecho administrativo.

En efecto, siguiendo a Dicey, en el sistema anglosajón la Administración no actúa con base en privilegios ni prerrogativas. No existe un régimen exorbitante del Derecho Común, ni tampoco la Administración se sustrae del control judicial. Por el contrario, la Administración actúa sujeta a Derecho (bajo el genuino sentido de la expresión *rule of law*, que es distinto al mero principio de legalidad) y sujeta al control judicial. Es el mismo sistema que el adoptado en Estados Unidos de Norteamérica, cuyo Derecho administrativo es distinto al Derecho administrativo derivado del régimen francés. En Estados Unidos, el Derecho administrativo se centra en la delegación de poderes a las agencias, y en las exigencias derivadas del *rule of law*, en concreto, el previo procedimiento administrativo y el control judicial⁸, sin considerar la existencia de un Derecho distinto, basado en “prerrogativas” y en el “servicio público”.

Así, la distinción entre el “régimen administrativo” en Francia y el Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica puede también ubicarse

⁷ Jeze, Gastón: **Principios generales del Derecho administrativo**. T. I. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1948, p. 1. Para Jeze, Dicey limitó el Derecho administrativo en la situación particular de los agentes públicos. En cualquier caso, observó Jeze que “en Inglaterra, como en todos los países civilizados, estas reglas especiales existen, y no es posible admitir que ellas no existan. Por consiguiente, Inglaterra tiene un derecho administrativo”. La observación de Jeze peca de imprecisión: cuando se refería a Derecho administrativo, Dicey no aludía al aspecto neutro o descriptivo de esa expresión (normas jurídicas que regulan a la Administración), sino al sentido específico que esta expresión tiene en Francia. Y en este sentido, en efecto, Inglaterra carece de Derecho administrativo, o si se quiere, de régimen administrativo. *Cf*: Dicey: **Introduction to the study of the law and the Constitution**, cit., pp. 388 y ss. Esto fue muy bien apreciado por Emlyn Wade, en el apéndice de esta edición de la obra de Dicey (p. 475).

⁸ Fox, William F.: **Understanding Administrative Law**. LexisNexis. New Jersey, 2008, pp. 1 y ss.

en el “servicio público”. Mientras que en Estados Unidos no puede encontrarse una definición legal de tal expresión como categoría jurídica, en el “régimen administrativo” el servicio público ha servido como “categoría jurídica”, en tanto delimita el ámbito del Derecho administrativo frente al Derecho civil y, por ello, fija en cierto modo los linderos de la jurisdicción administrativa⁹. La esencia de la tesis del servicio público corresponde a Duguit, para quien la libertad y la propiedad no eran derechos subjetivos sino situaciones objetivas configuradas por la norma jurídica a favor del servicio público¹⁰. A partir de allí autores como Jezè y Rolland concluirían, tajantemente, que el Derecho administrativo es el Derecho de los servicios públicos¹¹, todo lo cual supone reconocer conceptualmente a la Administración un amplio margen de apreciación.

Simplificando el análisis de la situación en el Derecho Iberoamericano¹², podemos asumir que el modelo seguido fue el del “régimen administrativo”,

⁹ Para el Derecho administrativo derivado del régimen francés, el servicio público es considerado –en términos generales– una categoría jurídica, pues las actividades de servicio público se someten como regla a un régimen “exorbitante del Derecho Común”, con “prerrogativas y privilegios”, y bajo el sometimiento a la jurisdicción administrativa. Sobre ese régimen general, y la propuesta de asumir –en su sustitución– un modelo que preste más atención a “cómo” deben ser “reguladas” las actividades de servicio público (como en Estados Unidos), *vid.* Ariño Ortiz, Gaspar: **Economía y Estado**. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1993, pp. 387 y ss.

¹⁰ Duguit, León: **Las transformaciones del Derecho público**. Francisco Beltrán. Madrid, 1926, pp. 94 y ss.

¹¹ *Cfr.* Jezè: **Principios generales del Derecho administrativo**, cit., p. 1. Rolland llevó a cabo, sin excesivas complicaciones, la equiparación entre Administración y servicio público, al concluir que la Administración es simplemente el ensamblaje de servicios públicos, siendo el Derecho administrativo la rama del Derecho público relativa a la organización del servicio público. Sin embargo, resultaba inevitable que Rolland diferenciara entre todos los servicios públicos (basados en los principios de regularidad y continuidad) y los servicios públicos propiamente dichos, que se sumergen completamente en un régimen especial (*Précis de Droit administratif*. 9ª, Librairie Dalloz. París, 1947, pp. 16 y ss).

¹² Una acotación conceptual se requiere. El término “Iberoamérica” se emplea, de acuerdo con la definición de la Real Academia Española, abarcando a los países de América que formaron parte de los reinos de España y Portugal, incluyendo a estos dos países.

aun cuando con importantes modulaciones. En efecto, en Iberoamérica el Derecho administrativo ha sido definido de manera tradicional como un Derecho autónomo y exorbitante del Derecho Común, en el cual la Administración cuenta con privilegios y prerrogativas basadas en el servicio público. Por ejemplo, Rafael Bielsa sostuvo que el Derecho administrativo es el conjunto de normas de Derecho Público que de manera concreta regulan a la institución y al funcionamiento de los servicios públicos¹³. Por ello, como apuntó Garrido Falla, se trata de un Derecho “especial”, que parte de una solución distinta a la imperante en el Derecho anglosajón¹⁴. Como Derecho especial, el Derecho administrativo “deroga” al Derecho civil, aun cuando la Administración puede quedar también sujeta a ese Derecho civil si lleva a cabo su actividad como un particular¹⁵. Típicamente la Administración lleva a cabo la función administrativa con finalidad de servicio público y, por ende, por medios y procedimientos de Derecho Público como “procedimientos exorbitantes del Derecho Común”¹⁶.

Asimismo, la autonomía del Derecho administrativo no se agota en el plano sustantivo, sino que pasa además al plano procesal, dado que la Administración

En ocasiones haremos referencia a la “América española”, o sea, los países de América que formaron parte del Reino de España. Portugal y Brasil presentan, en este sentido, rasgos culturales e históricos propios que marcan algunas diferencias con lo que aquí llamamos “América Española”. La expresión “Latinoamérica”, que emplearemos como regla, la usamos en sentido general para comprender a los países del continente que formaron parte de España y Portugal. La concepción del Estado y de la Administración, en la América Española, incluso hoy día, aparece profundamente influenciada por los tres siglos de dominación bajo el Reino de España, y de allí la conveniencia de efectuar, en algunos casos, tal precisión. Sobre ello, véase a Rangel, Carlos: **Del buen salvaje al buen revolucionario**. Caracas, 2005, pp. 29 y ss.

¹³ Bielsa, Rafael: **Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina**. T. I. Buenos Aires, 1947, p. 5.

¹⁴ Garrido Falla, Fernando: **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. I. Madrid, 1992, p. 80.

¹⁵ Sayagués Laso, Enrique: **Tratado de Derecho Administrativo, I**. Montevideo, 1974, p. 23.

¹⁶ Brewer-Carías, Allan: **Las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia venezolana**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1964, p. 116.

se somete al control de una jurisdicción especial, cual es la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya base es la “autodefensa administrativa”, es decir, la capacidad de la Administración de imponer su voluntad y dictar actos administrativos que sean títulos ejecutivos¹⁷. Sin embargo, la llamada jurisdicción contencioso-administrativa, como fórmula general, no ha sido en Iberoamérica una jurisdicción administrativa sino, en realidad, una “jurisdicción judicial”. Es decir, que el Derecho administrativo en Iberoamérica tomó prestado el régimen administrativo para organizar su Derecho administrativo, a pesar de que no hay, en estricto sentido, dualidad de jurisdicciones como en Francia. Ello resulta sin duda paradójico, pues como señalamos, la clave del régimen administrativo es, precisamente, la existencia de una jurisdicción administrativa. Tanto más: históricamente ese régimen administrativo surge a consecuencia de la decisión política adoptada durante la Revolución francesa de excluir a la Administración del Poder Judicial¹⁸.

El régimen administrativo, según su original formulación en Francia y su peculiar adaptación en Iberoamérica, tiene en todo caso puntos en común con el Derecho Administrativo anglosajón y más en concreto, con el Derecho administrativo de Estados Unidos de Norteamérica. En esos sistemas se admite que la Administración sólo puede actuar en el marco de la Ley; que debe seguir un previo procedimiento garantista; que debe actuar racional y razonablemente y que su actuación queda sujeta a controles. Las semejanzas, dibujadas aquí sólo en trazos muy gruesos, encuentran para nosotros una explicación histórica: la subordinación de la Administración a la Ley, admitida en estos sistemas, es consecuencia de los principios liberales que inspiraron a la Revolución Norteamericana, Francesa y en la América española, así como a los profundos cambios operados en España en el siglo XIX. Así, la Constitución de Estados Unidos (1787), Francia (1791), Venezuela (1811) y España (1812), cada una con sus propias condiciones sociales, económicas y políticas, diseñaron un régimen en

¹⁷ González Pérez, Jesús: **Derecho procesal administrativo hispanoamericano**. Temis. Bogotá, 1985, pp. 3 y ss.

¹⁸ Como explicó tan bien García de Enterría, Eduardo: **Revolución francesa y administración contemporánea**. Civitas. Madrid, 1994, pp. 41 y ss.

el cual el Gobierno actúa al servicio de los ciudadanos con sometimiento a la Ley¹⁹. Más allá, incluso, si tomamos el ejemplo de la Constitución de Venezuela de 1811 –la primera Constitución escrita en la América española, y la tercera Constitución escrita del mundo– puede apreciarse una influencia muy determinante de los principios constitucionales fundacionales de Estados Unidos de Norteamérica²⁰, que son principios básicos de su Derecho administrativo. Siguiendo con el ejemplo de Venezuela, a pesar de que en los orígenes de ese Estado la influencia determinante en el Derecho Público correspondió a Estados Unidos, el posterior diseño del Derecho administrativo en el siglo XX mostró una influencia determinante del Derecho francés²¹.

Por ello, lo que difiere, y lo hace en grado intenso, es “cómo” el objetivo básico del Derecho Administrativo es alcanzado en esos sistemas. Mientras que Estados Unidos de Norteamérica se basa en el *rule of law*, Iberoamérica, por seguir a Francia, fundamentó su Derecho administrativo en un conjunto de privilegios y prerrogativas basadas en conceptos imprecisos y vagos, como es sin duda el caso del “servicio público”²². El servicio público ocupa en

¹⁹ Para una perspectiva comparada, véase a Brewer-Carías, Allan: **Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno**. Universidad Externado de Colombia – Editorial Jurídica Venezolana. Bogotá, 2008, pp. 29 y ss.

²⁰ Es notable, en este sentido, la lectura del libro de Yanes, Francisco Javier: **Manual político del venezolano**. 1839. El libro, que explica las bases constitucionales del Estado venezolano, se fundamenta preponderantemente en los principios constitucionales de Estados Unidos.

²¹ Véanse los estudios colectivos que se realizaron con propósito al centenario de la Clase de Derecho administrativo en la Universidad Central de Venezuela, en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 147. Caracas, 2009).

²² Es importante insistir en que el servicio público es una categoría jurídica, pues a partir de ese concepto se levanta todo el régimen de Derecho administrativo. En la América Española esta concepción de servicio público, que es francesa, ha tenido un gran peso histórico. En Francia, actualmente se sigue estudiando el servicio público a través del régimen jurídico especial asociado a éste, y caracterizado por su carácter exorbitante. Como es de suponer, aquí se presenta un interesante punto de fricción con el Derecho

Francia lugar central, al ser el punto de distinción histórico entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción civil. En Iberoamérica, igualmente, el servicio público ha cumplido un rol relevante como elemento definitorio del Derecho administrativo y sus instituciones, así como título genérico que tiende a justificar el ejercicio de “privilegios y prerrogativas”, especialmente en el marco del llamado contrato administrativo²³.

Pero en este punto también hay que señalar que en la evolución del Derecho administrativo en Estados Unidos, especialmente, luego del *New Deal* de Roosevelt, el *common law* es derogado cada vez con mayor frecuencia por “estatutos” que confieren a las “agencias” poderes jurídicos para “adjudicar” decisiones administrativas (Edley)²⁴. Tal y como ha explicado Richard Stewart²⁵, el Derecho administrativo en Estados Unidos pasó, de un modo basado en el Derecho común (*Common Law Model*), a un modelo tradicional de asignación de potestades (*statutory power*) a las agencias que debían ser ejercidas en el marco de un previo procedimiento administrativo, especialmente, bajo la *Administrative Procedure Act (APA)* de 1946. El *New Deal* de Roosevelt

Comunitario Europeo, que no maneja ese concepto de servicio público (Dupois, George *et alter*: **Droit administratif**. Sirey Université. París, 2007, pp. 5 y ss.). En cuanto a la visión tradicional del servicio público en la América española, y de nuevo, su contraste con la teoría de la regulación, puede verse a Zegarra, Diego: **El servicio público. Fundamentos**. Palestra, 2006, pp. 303 y ss. En Venezuela, por ejemplo, *vid.* Araujo-Juárez, José: **Manual de Derecho de los servicios públicos**. Vadell. Valencia, 2003, pp. 39 y ss.

²³ En el “régimen administrativo” se admite que la Administración puede celebrar dos tipos de contratos: unos sujetos a Derecho Civil y otros sujetos a Derecho administrativo, que son los llamados “contratos administrativos”. Todo contrato suscrito por la Administración para atender la finalidad de servicio público es contrato administrativo, en el cual la Administración siempre podrá ejercer “prerrogativas” de manera unilateral que le permiten interpretar, terminar y modificar el contrato, así como inspeccionar la conducta del contratista, imponiendo órdenes y medidas. *Cfr.* Richer, Laurent: **Droit des contrats administratifs**. LGDJ. París, 2006, pp. 21 y ss.

²⁴ *Cfr.* Edley, Christopher: **Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy**. Yale University Press-New Haven and London. 1990, pp. 4 y ss.

²⁵ Stewart, Richard: “*Administrative law in the Twenty-First Century*”. En: *New York University Law Review*. Vol. 79, N° 2. 2003, pp. 437 y ss.

promovió la mayor extensión de las normas de Derecho administrativo que, derogando el Derecho Común, asignaron a las agencias no sólo poderes de adjudicación sino también poderes normativos.

El siglo XX, para Stewart, demostró un “incremento dramático en el enfoque e intensidad de la regulación administrativa”. Ello movió a ampliar controles sobre la Administración, a través del fomento de la participación ciudadana (el llamado modelo de intereses representativos) y un mayor control judicial (el “*hard look*”), lo que se tradujo en exigencias judiciales sobre el buen ejercicio de poderes discrecionales.

El incremento de la regulación en Estados Unidos, durante el siglo XX, no es una situación muy distinta a la evolución que presentó el Derecho administrativo en Iberoamérica. Por el contrario, la ampliación de los cometidos del Estado llevó también a la ampliación del ámbito y alcance del Derecho administrativo. Villar Palasí, en 1950, lo resumió de esta manera²⁶:

Estamos viviendo en nuestros días la superación y arrumbamiento definitivos de viejos sistemas y viejos moldes y el surgimiento y cristalización de nuevas formas y concepciones políticas. El Estado controlador y regulador de la existencia social e individual, pero que abandonaba la total actuación económica a la *privata vis*, pertenece al pasado. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano –tradicionalmente individual– de lo económico. Las antiguas fronteras entre Estado y Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden.

Empero, ni siquiera luego de esta evolución, el Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica se ha basado en un concepto como el del

²⁶ Villar Palasí, José Luis: “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 3. Madrid, 1950, pp. 62 y ss.

“servicio público” para promover la existencia de un régimen general y exorbitante del Derecho Común en el que el funcionario público cuenta con prerrogativas y privilegios que le permiten coartar la libertad general del ciudadano²⁷. En Iberoamérica, por el contrario, la ampliación del Derecho administrativo fue también la ampliación del servicio público como categoría. Como bien ha observado Delvolvé, en ese sentido, el servicio público constituyó –y lo es todavía– un riesgo a la libertad, en tanto habilita restricciones a esa libertad sobre la base de conceptos vagos e imprecisos²⁸.

Desde esta comparación muy general, y se insiste, dejando a salvo el análisis concreto de cada ordenamiento jurídico, puede señalarse que desde un plano conceptual el Derecho administrativo derivado del régimen administrativo, en su visión tradicional, ofrece menos garantías a la libertad que el Derecho administrativo de Estados Unidos de Norteamérica. El tradicional Derecho administrativo derivado del régimen francés se basa en un sistema conceptual indeterminado y ambiguo, que con base en expresiones como el “servicio público” propenden a la adopción de restricciones poco racionales a la libertad general del ciudadano²⁹. Ello se ve agravado por la tendencia a “excluir” a la Administración del Derecho Civil, con lo cual muchas veces la Administración queda sujeta a “reglas jurídicas” que sin embargo, no están ni escritas ni sistematizadas.

Debemos de inmediato advertir que el Derecho administrativo en Iberoamérica, derivado del régimen administrativo, ha establecido un amplio sistema de garantías jurídicas del ciudadano, que propenden a proteger a la libertad

²⁷ Las principales críticas a la ampliación de las potestades de la Administración luego del *New Deal* radicarón en la inconstitucionalidad de esos poderes al considerarse contrarios a la separación de poderes. De igual manera se cuestionó su déficit democrático. En la práctica, sin embargo, se propendió a ampliar el control judicial, en especial, sobre las potestades discrecionales, a fin de asegurar su ejercicio con base en hechos objetivamente valorados, de manera racional y razonable. *Cfr.* Stewart: “*Administrative law in the Twenty-First Century*”, cit., pp. 441-443.

²⁸ Delvolvé, Pierre: “*Services publics et libertés publiques*”. En: *Revue Française de Droit Administratif*. N° 1. París, 1985, pp. 2-6.

²⁹ En tal sentido, véase la crítica formulada por Hayek, Frederick: *Law, Legislation and Liberty, Volume I. Rules and Order*. Routledge. Londres, 1998, pp. 137 y ss.

general frente a los privilegios y prerrogativas. Una expresión que se repite, en este sentido, es que el Derecho administrativo no sólo atribuye prerrogativas y privilegios, sino que también diseña garantías a los ciudadanos, con lo cual ese Derecho se basa en el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de la libertad³⁰. Asimismo, es preciso señalar que esta visión tradicional del Derecho administrativo en Iberoamérica (que tiende a consolidarse hacia mediados del siglo xx), ha mostrado recientemente cambios fundamentales, que propenden a la mayor racionalización del Derecho administrativo centrado en la defensa de la libertad general del ciudadano. En el caso de España, esta transformación ha sido notable en los últimos años, al punto que hay ya una tendencia que propende a promover el cambio, de un Derecho centrado en el poder a un Derecho centrado en el ciudadano.

2. El Derecho administrativo global y su posible impacto en la regulación económica dentro del Derecho administrativo en Latinoamérica. La promoción de la gobernabilidad democrática

Conocido es el impacto que, sobre el Derecho, deriva de la globalización. No se trata, ciertamente, de un tema que pueda ser calificado de “novedoso”. Ya en la década de los setenta del pasado siglo Manuel García-Pelayo³¹ advertía sobre la influencia que, para el concepto de Estado, traería la progresiva internacionalización del tráfico económico. Mucho antes incluso, la doctrina de Derecho administrativo ya comentaba acerca del “Derecho administrativo internacional”, como sucede por ejemplo con el autor venezolano Hernández-Ron, de la década de los cuarenta del pasado siglo³². Hoy día, en todo caso, la globalización y sus efectos sobre el Derecho es una realidad fácilmente constatable: la existencia de una economía globalizada aparece consigo

³⁰ Por todos, véase las referencias en García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: **Curso de Derecho administrativo**. T. I. Madrid, 2002, pp. 44 y ss.

³¹ García-Pelayo, Manuel: **El Estado de nuestro tiempo**. Cuadernos de la Fundación Manuel García Pelayo N° 13. Caracas, 2008, p. 90.

³² **Tratado elemental de Derecho administrativo**. T. I. 2ª, Las Novedades. Caracas, 1943.

el surgimiento progresivo de un ordenamiento jurídico global³³ que, nótese bien, prescinde del Estado, lo que de por sí trae ya notables complicaciones conceptuales.

En el ámbito de la regulación económica la conclusión es, si cabe, más contundente. De hecho, el surgimiento del Derecho administrativo global se encuentra, precisamente, en esas medidas regulatorias adoptadas en el orden global. Así, las medidas de intervención administrativa en el ámbito doméstico dependen, cada vez más, de la regulación adoptada en el espacio global³⁴. Esa regulación global deriva, en ocasiones, de sistemas formalizados basados en Tratados³⁵, pero también en redes informales, que incluso dictan decisiones que, aun cuando no son jurídicamente vinculantes, terminan impactando las medidas de intervención administrativa en el ámbito global³⁶. Como ha señalado Cassese, actualmente no hay parcela de la actividad de los ciudadanos que no esté afectada por regulaciones ultra-estatales o globales³⁷.

En este ordenamiento global, comenzaron a surgir figuras similares a la Administración, o sea, organizaciones encargadas de la gestión directa de ciertas actividades con capacidad para dictar decisiones en el espacio global. Ello permitió valorar cómo esas organizaciones internacionales llevaban a cabo una actividad que bien podía ser calificada de actividad administrativa pero en

³³ Cassese, Sabino: “El espacio jurídico global”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 157. Madrid, 2002, pp. 11 y ss.

³⁴ En general, *vid.* Wessel, Ramses A. y Wouters, Jan: “*The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres*”. En: *Multilevel Regulation and the EU*. 2008, pp. 9 y ss. Tomado de: <http://www.utwente.nl/mb/pa/research/wessel/wessel44.pdf> [Consulta: 23.08.12].

³⁵ Como es el caso de la Organización Mundial del Comercio. *Vid.* Shapiro, Sidney: “*Internacional Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability*”. En: *Administrative Law Review*. N° 54. 2002, pp. 435 y ss.

³⁶ Slaughter, Anne-Marie: “*The Accountability of Government Networks*”. En: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 8, N° 2. 2001. Consultado en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol8/iss2/5> [Consulta: 30.07.12].

³⁷ Cassese, Sabino: “*Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation*”. En: *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 37. 2005, p. 671.

ese espacio. Tal es el origen, a grandes trazos, del llamado: Derecho administrativo global³⁸. En cierto modo, esa actividad “global” rememoraba a la actividad administrativa tal y como se le conoce en el ámbito doméstico³⁹.

La posibilidad de emplear la expresión “Derecho administrativo” para describir a esa compleja realidad puede ser cuestionada⁴⁰. Primero, pues el Derecho

³⁸ Dentro de los muchos estudios e investigaciones en la materia, destaca la labor realizada desde la Universidad de Nueva York, a través del “Proyecto de Derecho administrativo global” de su Instituto para el Derecho Internacional y la Justicia. La página del Proyecto contiene abundante información en esta materia: <http://www.iilj.org/gal/default.asp> [Consulta 16.08.12]. En la explicación o fundamentación del Proyecto, se pone en evidencia cómo la calificación del “Derecho administrativo global” parte de la caracterización de la actividad que ciertas organizaciones despliegan en el espacio global: “Buena parte de la gobernanza global puede ser entendida como una Administración regulatoria. Esa Administración suele estar organizada y estructurada bajo principios del Derecho administrativo. Trabajando en estas dos ideas, podemos argumentar que un cuerpo de Derecho administrativo global está emergiendo. Se basa en los principios de transparencia, participación, revisión, y sobre todo, rendición de cuentas (*accountability*) en la gobernanza global”.

³⁹ Los aspectos centrales sobre el Derecho administrativo global pueden verse en Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B.: “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, **El nuevo derecho administrativo global en América Latina**, Editorial Res. Buenos Aires, 2009, también en “*The emergence of Global Administrative Law*”, *68 Law & Contemporary Problems*. Duke University, pp. 15 y ss., que es uno de los trabajos básicos del Proyecto de la Universidad de Nueva York, al cual referimos en la nota anterior. En España puede consultarse entre otros y recientemente a Ponce Solé, Juli (coordinador): **Derecho administrativo global**. Marcial Pons. Madrid, 2010, *in totum*. En Venezuela, véase el completo trabajo de Muci-Borjas, José Antonio: **El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)**. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Véase también recientemente el libro ***Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*** (Cameron May, 2010) coordinado por Javier Robalino-Orellana y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, con estudios desde la realidad Iberoamericana. Una revisión sobre la “internacionalización” del Derecho administrativo, en contraposición a su carácter interno, en Gordillo, Agustín: **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. I. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2009, p. III-3. Del autor, asimismo, *vid.* “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”. En: **El nuevo Derecho administrativo global en América Latina**, cit., pp. 83 y ss.

⁴⁰ Una posición más bien cauta, en relación con esta visión, puede ser vista en Harlow, Carol: “*Global Administrative Law: The quest for principles and values*”. En: *The*

administrativo –con independencia que se trate o no de un régimen administrativo– es una disciplina que incide sobre el Estado, es decir, es un Derecho estatal⁴¹. Sin embargo, en el Derecho administrativo global, como advirtiera Cassese, no hay un Estado⁴². Además, la propia expresión “Derecho administrativo”, como hemos referido, no es en absoluto un concepto unívoco.

En todo caso, desde una aproximación práctica, ciertamente, existen en el ámbito global “Administraciones globales”, de carácter flexible y heterogéneo, que abarcan incluso a organizaciones privadas, cuyo sustento primero es la “internacionalización” del Derecho administrativo⁴³. Si se emplea la expresión “Derecho administrativo”, siempre con las reservas ya formuladas, es por esa razón: estas organizaciones globales llevan a cabo una actividad similar a la actividad que, en el ámbito doméstico, es conocida como “actividad administrativa”. Con lo cual, ciertamente, el Derecho administrativo global queda informado por el concepto de “Derecho administrativo” formado en el ámbito doméstico, que es el ámbito propio de ese Derecho. Y aquí surge otro aspecto relevante. La posibilidad de identificar a la “Administración global”, como señalamos, precisa tener en cuenta “lo que es” la actividad administrativa en el orden doméstico. Asimismo, aludir al “Derecho administrativo global” supone tener en cuenta “lo que es” el Derecho administrativo en ese orden doméstico⁴⁴. A tal fin, la doctrina muy probablemente ha tenido en

European Journal of International Law. Vol. 17, N° 1. 2006, pp. 187 y ss. Nosotros preferimos asumir la expresión “Derecho administrativo global” desde una posición descriptiva, como explicamos en el texto principal.

⁴¹ Sobre esta característica del Derecho administrativo, en contraste con el Derecho global, *vid.* Brewer-Carías, Allan: “*Global Administrative Law on International Police Cooperation: A Case of Global Administrative Law Procedure*”. En: ***Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa***, cit., pp. 343 y ss.

⁴² Cassese: “*Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation*”, cit., 663 y ss.

⁴³ Entendemos que la internacionalización del Derecho administrativo es un fenómeno previo al llamado “Derecho administrativo global”. Además de lo ya señalado, puede verse a Schmidt-Assmann, Eberhard: “*The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship*”. En: *German Law Journal*. Vol. 9, N° 11. 2006, pp. 2061 y ss.

cuenta, como veremos, “lo que es” el Derecho administrativo en Estados Unidos y Europa, a fin de tratar de identificar –y caracterizar– al Derecho administrativo global.

Luego, entendemos que la expresión puede usarse para describir la actuación de un conjunto de organizaciones que operan en el ámbito global de manera similar a como opera, en el ámbito doméstico, la Administración⁴⁵. De allí la propuesta inicial de Stewart de plantear dos aproximaciones al Derecho administrativo global: “desde abajo”, mediante la aplicación de las medidas adoptadas en el ámbito global a través de instrumentos domésticos de Derecho administrativo, o “desde arriba”, construyendo con cautela reglas de Derecho administrativo para esas organizaciones globales⁴⁶.

Por lo anterior, nosotros preferimos abordar este tópico desde una perspectiva un tanto diferente, que parte de una aproximación pragmática. Así, y en primer lugar, el Derecho administrativo global puede ser analizado desde la existencia de la “Administración global”, definida por oposición a la Administración doméstica. La segunda aproximación, que es la que queremos explorar en este ensayo, es el impacto que sobre la Administración doméstica tiene el Derecho administrativo global.

⁴⁴ Así, en el trabajo ya citado de Kingsbury, Nico y Stewart (“*The emergence of Global Administrative Law*”, pp. 15 y ss.), señalan que las organizaciones que actúan en el espacio global realizan una actividad de producción de normas y decisiones, que podría ser calificada como “actividad administrativa”. Pero ello sólo es posible si se parte del concepto de actividad administrativa, que es un concepto que sólo existe en el ámbito doméstico y que presupone al concepto de Estado.

⁴⁵ La propia denominación del “Derecho administrativo global” plantea interesantes problemas conceptuales. *Vid.* Marks, Susan: “*Naming Global Administrative Law*”. En: *Journal on International Law and Politics*. Vol. 37. 2006, pp. 995 y ss.

⁴⁶ *Cfr.* Stewart: “*Administrative law in the Twenty-First Century*”, cit., pp. 445 y ss. Del autor, véase asimismo “*U.S. Administrative law: a model for global administrative law*”. En: *Law and Contemporary problems*. N° 68. 2005, pp. 63 y ss. El autor propone, como uno de los modelos a través de los cuales puede actualizarse el Derecho *administrative* global, el sistema imperante en Estados Unidos. Luego volveremos sobre ello. También puede verse, de este autor, “*The global regulatory challenge to U.S. Administrative Law*”. En: *Journal on International Law and Politics*. Vol. 37. 2006, pp. 695 y ss.

i.- La existencia de un Derecho administrativo global, como señalábamos antes, parte de constar una realidad: el surgimiento de organizaciones que, en el ámbito global, llevan a cabo una actividad cercana a la actividad administrativa, tal y como ésta es concebida en el ámbito doméstico. Por ello, el primer enfoque posible del Derecho administrativo global es desde la “Administración global”. Este concepto sólo puede asumirse desde una visión muy limitada, a través de un método negativo: la Administración global es aquella que no es una Administración doméstica, pese a lo cual realiza una actividad similar a la actividad administrativa, es decir, la gestión concreta del interés público a través de normas y decisiones, a fin de propender a una “regulación global”. La existencia de tal “Administración global” puede apreciarse más fácilmente en sistemas formalizados en Tratados, como sucede, por ejemplo, en el marco de la Organización Mundial del Comercio o la Organización Mundial de la Salud. También en oposición a la Administración doméstica –pero en un sentido distinto al ámbito global– encontramos a las organizaciones que realizan una actividad similar a la actividad administrativa en el marco del Derecho Comunitario, como por ejemplo, la Unión Europea⁴⁷. De allí que una de las principales preocupaciones respecto a tales organizaciones, precisamente por la prescindencia del Estado, es su déficit democrático y de responsabilidad (*accountability*)⁴⁸.

⁴⁷ Hay semejanzas entre la “Administración global” y la “Administración comunitaria”, pues ambas operan en un ámbito que excede lo doméstico. Pero hay también grandes diferencias: mientras que la “Administración global” actúa en un espacio no formalizado, como el “orden global”, la Administración comunitaria opera en un ámbito formalizado, a través de los Tratados que conforman el Derecho originario. Una comparación entre ambos modelos puede ser vista en Chiti, Edoardo: “Organización Europea y Organización Global: Elementos para una comparación”. En: **Derecho administrativo global. Organización, procedimientos y control judicial**. Marcial Pons. Madrid, 2010, pp. 33 y ss.

⁴⁸ La Administración Global no es, como en el ámbito doméstico, resultado de un proceso democrático de elección de representantes. A ello se le agrega que los cauces formales de toma de decisiones no siempre propician la participación ciudadana con las garantías propias del ámbito doméstico. Sobre ello puede verse, entre muchos otros, Aman, Alfred C.: “*The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law: From Government to Governance*”. En: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 8, N° 2. 2001. Tomado de <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol8/iss2/7> [Consulta 15.08.12].

ii.- Junto a esta perspectiva, el Derecho administrativo global puede ser también estudiado no desde la Administración global, sino desde las “Administraciones domésticas”, cuya actividad resulta incidida por el ordenamiento global, que como ya se advirtió, resulta heterogéneo y flexible. Actualmente, la Administración en el ámbito doméstico no sólo actúa de acuerdo con la Ley doméstica, en tanto su actividad es influenciada también por el ordenamiento global, muy especialmente, en el ámbito económico. La actividad administrativa de limitación responde, muchas veces, a decisiones adoptadas por organizaciones globales. En ocasiones se trata de regulaciones que son adoptadas en el ámbito global, de manera formal o, incluso, a través de reglas informales. De allí resulta que la actividad de regulación de las Administraciones domésticas queda influenciada determinadamente por la regulación global.

Otro ámbito relevante de influencia es el control que ejercen organizaciones globales sobre la regulación doméstica⁴⁹. Un célebre caso relacionado con la pesca del atún, precisamente, comenzó a propósito de la revisión global de una regulación doméstica⁵⁰. Dentro del impacto derivado de la revisión global de decisiones regulatorias domésticas, el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras ocupa un lugar relevante. Como plantea Dolzer⁵¹:

Desde un punto de vista sistemático que considera a la inversión extranjera como un elemento clave para promover el crecimiento y reducir la pobreza, los tratados bilaterales de inversiones son un conjunto de reglas

⁴⁹ Hay, en este sentido, una dependencia entre la Administración global y la Administración doméstica: aquélla, que usualmente carece de mecanismos de coacción para exigir el cumplimiento de su regulación, debe apoyarse en ésta. Cfr: Cassese: “*Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation*”, cit., p. 682.

⁵⁰ Vid. Cassese: “*Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation*”, cit., pp. 663. Se trató del caso relacionado con la pesca del atún, que implicó la participación de organizaciones internacionales e incluso de un Tribunal arbitral, a fin de revisar regulaciones domésticas.

⁵¹ Dolzer: “*The impact of international investment treaties on domestic administrative law*”, cit., pp. 953-954. Véase también el informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo intitulado: ***Good Governance in Investment Promotion***, agosto de 2004.

consensuadas que sirven para atraer a la inversión extranjera reduciendo el espacio de acciones sin principios y arbitrarias por parte del Estado sede, lo que contribuye a la buena gobernanza, que es una condición necesaria para alcanzar el progreso económico en el Estado sede de la inversión.

El Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, en especial, en el contexto de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBIs), ha sido considerado parte del Derecho administrativo global⁵². Jorge A. Barraguirre, en Argentina, cuestiona esa conclusión –al menos, afirmada categóricamente– considerando que los Tribunales arbitrales no pueden ser considerados estrictamente como “cortes administrativas”. Su posición, en todo caso, se fundamenta en la defensa de la aplicación del Derecho administrativo doméstico, generalmente desplazado en los arbitrajes internacionales⁵³. Reiterando nuestras reservas sobre la expresión “Derecho administrativo global”, lo cierto es que el arbitraje internacional de inversiones forma parte de un espacio supraestatal, caracterizado por el libre tránsito de bienes y servicios, característica esencial de la globalización. Desde tal perspectiva, el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras puede ser considerado parte del ordenamiento global que condiciona la actuación de la Administración doméstica, y que ciertamente

⁵² Por ejemplo, Cassese se refiere al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) como una “corte administrativa global” (“*Global administrative law: an introduction*”, 2005, p. 34). Revisado en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/CassesePaper.pdf> (Consulta 01.08.12). En Venezuela, véase el trabajo ya citado de Muci-Borjas: **El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)**, pp. 51. Del autor, asimismo, *vid.* “Control judicial y arbitraje internacional conforme al Derecho administrativo global”. En: *Revista de Derecho Público*. N° 122. Caracas, 2010, pp. 71 y ss.

⁵³ “Los tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el Convenio CIADI ¿la evaporación del Derecho Administrativo Doméstico?”. En: **El nuevo Derecho administrativo global en América Latina**, cit., pp. 203 y ss. Barraguirre critica directamente la posición de Van Harten, Gus y Loughlin, Martín (“*Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*”). En: *The European Journal of International Law*. Vol. 17, N° 1. 2006, pp. 121 y ss.). Los autores concluyen enfáticamente, que más que ser concebido como una especie del arbitraje comercial, el arbitraje de inversión debe ser tratado como una muestra de Derecho administrativo global.

plantea focos de conflictos con el Derecho administrativo doméstico, especialmente, si éste es organizado bajo los principios del régimen administrativo⁵⁴.

Así, el arbitraje de inversiones como parte del ordenamiento global, al cual queda sometida la Administración doméstica, se basa en un cometido básico: promover la actuación racional y razonable de la Administración como factor facilitador de la gobernanza democrática. Ciertamente, el Derecho administrativo global no aparece anclado en los conceptos que han caracterizado al régimen administrativo, sino más bien en conceptos más simples y objetivos, cuyo propósito último es promover la protección de la libertad frente a la actividad administrativa. Hay, en este sentido, una mayor sintonía entre los presupuestos del Derecho administrativo global con los fundamentos del Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica, según vimos. No se trata, así, de reconocer mayores “prerrogativas y privilegios” a la Administración, sino de promover la responsabilidad (*accountability*), transparencia, participación, motivación adecuada de las decisiones y legalidad⁵⁵. En cierto modo, el Derecho administrativo global incentiva que las Administraciones domésticas actúen conforme al postulado de buena Administración⁵⁶, muy en especial, en respeto a los derechos humanos⁵⁷, y en concordancia con la buena Administración.

⁵⁴ El arbitraje internacional coadyuva, de esta manera, a la gobernanza global y, por ello, impone matizaciones al Derecho administrativo doméstico que, basado en el régimen administrativo, se centra en los “privilegios y prerrogativas” de la Administración. Puede verse en este sentido a Kingsbury y Schill: “*Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law*”. En: **El nuevo Derecho administrativo global en América Latina**, cit., pp. 219 y ss.

⁵⁵ Tales serían los objetivos básicos del Derecho administrativo global, de acuerdo con Kingsbury, Krisch y Stewart: “*The emergence of Global Administrative Law*”, cit., p. 17.

⁵⁶ Como sostiene Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “...al día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho administrativo global” (“El derecho administrativo global: un derecho principal”. En: *Revista de Derecho Público*. N° 120. Caracas, 2009, pp. 7 y ss.). Véase también a Ponce Solé: “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”. En: **Derecho administrativo global. Organización, procedimientos y control judicial**, cit., 79 y ss.

⁵⁷ Por ejemplo, la aplicación del *rule of law* por jueces domésticos puede verse reforzada bajo principios del Derecho administrativo global, ante la preeminencia de los derechos

Por ejemplo, la Organización de Naciones Unidas ha insistido en la necesidad de promover la transformación de las Administraciones domésticas, a través de postulados que calzan muy bien con el principio de buena Administración. Así, en el marco de las Metas del Milenio, la Administración Pública debe ser facilitadora del desarrollo centrado en el ciudadano, con lo cual la Administración⁵⁸:

Reafirma que la democracia y la gestión pública y la administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad constituyen las bases indispensables para el logro de un desarrollo sostenible de carácter social y centrado en la población.

Conviene tener también en cuenta el concepto de “buen gobierno” del Código Iberoamericano del Buen Gobierno suscrito por los Gobiernos de Iberoamérica en Montevideo (2006):

Se entiende por buen gobierno aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho.

De acuerdo con ese Código, la Administración “perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y los pueblos, y sus decisiones y actuaciones se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio”⁵⁹.

humanos. En general, *vid.* Dyzenhaus, David: “*The Rule of (Administrative) Law in International Law*”. En: **New York University School Of Law, Institute for International Law and Justice (IILJ), Working Paper**. N° 2005/1. Tomado de: <http://ssrn.com/abstract=692762> (Consulta: 16.07.12). Sobre la conexión de los derechos humanos con el Derecho administrativo global, véase a Meilán Gil, José Luis: **Una aproximación al Derecho administrativo global**. Global Press. Sevilla, 2011, pp. 47 y ss.

⁵⁸ Resolución N° 50/225 del 1 de mayo de 1996, adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas. En general, *vid.* *The contribution of the United Nations to the improvement of the Public Administration*. Naciones Unidas. Nueva York, 2009, pp. 3 y ss.

El Derecho administrativo global puede ser, desde esta perspectiva, un factor que promueva la gobernanza en el ámbito doméstico, afianzando los principios que aseguren la mejor subordinación formal y sustancial de la Administración a la Ley. Una de las grandes ventajas de ese Derecho global es que, a diferencia del Derecho doméstico, no deberá tener por propósito ampliar los “privilegios y prerrogativas” de la Administración Pública, sino por el contrario, asegurar que su actuación se lleve a cabo a través de decisiones racionales y razonables.

Así, la globalización, como señala Delpiazzo, ha promovido cierta convergencia de los distintos sistemas de Derecho administrativo, hacia la creación de un *ius commune administrativum* basado en “servicialidad” de la Administración y, por ende, en la centralidad del ciudadano y de sus derechos fundamentales⁶⁰. Esa convergencia⁶¹, de acuerdo con los rasgos que presenta hoy el Derecho administrativo global –en el sentido descriptivo que esa expresión tiene para nosotros– apunta a una mayor influencia de los aspectos básicos del Derecho administrativo en Estados Unidos de Norteamérica, en el sentido de un Derecho ocupado de la defensa de la libertad y del control de los abusos del poder, al margen de los conceptos imprecisos sobre los cuales se ha

⁵⁹ El Derecho administrativo se ha ocupado, en fecha reciente, de esta idea de “gobernanza”. Entre otros, *vid.* Sosa Wagner, Francisco: “Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?”. En: **Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo**. Vol. I. Universidad de Zaragoza. 2008, pp. 643 y ss. Véase también a Arana-Muñoz, Jaime: “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas”. En: *Revista de Derecho Público*. N° 113. Caracas, 2008, pp. 31-41.

⁶⁰ Delpiazzo, Carlos: “Hacia un Derecho administrativo global”. En: *Estudos sobre Regulação e crises dos mercados financeiros*. Lumen. Río de Janeiro, 2011, pp. 289 y ss.

⁶¹ Véase también a Cassese: “*Administrative Law without state? The challenges of Global Regulation*”, *cit.*, p. 691. El desarrollo global del Derecho *administrative* se basa en principios básicos, tales y como participación, transparencia, decisiones razonables, proporcionalidad y otros. Aquí debe recordarse la importancia que, para el Derecho administrativo derivado del régimen francés, han tenido los principios generales del Derecho, así como los riesgos asociados a su manipulación. Recientemente, véase la “Presentación” de Santamaría Pastor, Juan Alfonso a la obra colectiva: **Los principios jurídicos del Derecho administrativo**. La Ley. Madrid, 2010, pp. 7 y ss.

articulado el régimen administrativo⁶². Desde esta perspectiva, tal proceso de convergencia desde el Derecho administrativo global puede contribuir a redefinir el Derecho administrativo en la Latinoamérica (como ha sucedido en España, particularmente en el contexto del Derecho europeo) a partir del ciudadano y el respeto a sus derechos fundamentales.

En la Latinoamérica, el principal obstáculo que presenta este cambio de paradigma es la resistencia a cualquier cambio derivado del “Derecho global”, bajo la defensa del dogma de la soberanía, por el peso histórico que en Latinoamérica tienen dogmas como la inmunidad jurisdiccional y la Cláusula Calvo⁶³. Precisamente, la defensa de estos dogmas, en Venezuela, han justificado la denuncia reciente del Convenio de Washington constitutivo del CIADI, así como el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela consistente en declarar “inejecutables” decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por resultar contrarias a la soberanía de los Poderes Públicos⁶⁴. De hecho, recientemente el Presidente de la República ha anunciado su intención de “retirar” a Venezuela de esa Corte⁶⁵, igualmente, en defensa de la “soberanía nacional”.

⁶² Stewart: “*U.S. Administrative law: a model for global administrative law*”, p. 74.

⁶³ En general, *vid.* Montt, Sanitiago: ***State Liability in Investment Treaty Arbitration***. Oxford and Portland. Oregon, 2009, pp. 31 y ss. De acuerdo con el artículo 151 de la Constitución de Venezuela, en todo contrato de interés público se entenderá incluida una cláusula de acuerdo con la cual toda controversia será conocida por los tribunales nacionales, cuando ello no sea incompatible con la naturaleza de la contratación. Además, se prevé que en ningún caso tales controversias darán lugar a controversias internacionales. En cuanto a la inmunidad de jurisdicción –que es el punto que resulta relevante– cabe recordar que de acuerdo con el citado artículo 151, se trata de una disposición relativa, en tanto se admite el conocimiento de esas controversias por jueces extranjeros e incluso, por tribunales arbitrales internacionales, atendiendo a la “naturaleza económica” de la operación relacionada con el contrato. De allí la crítica al artículo 151 constitucional, al no contemplar una limitación absoluta al arbitraje internacional de inversiones. *Vid.* Rondón de Sansó, Hildegard: **Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión**. Caracas, 2010, pp. 151 y ss.

⁶⁴ Ayala Corao, Carlos: **La inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)**. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2009, pp. 91 y ss.

Al considerar el posible impacto del Derecho administrativo global en la regulación económica dentro de la Latinoamérica, debemos tener en cuenta, al menos tres aspectos:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta la resistencia tradicional en Latinoamérica a la “cesión” de la soberanía a favor de acuerdos y tratados internacionales. A ello se le agrega el contexto actual de los modelos económicos desarrollados en buena parte del continente –especialmente en Venezuela– en el que resalta la reticencia a ciertos aspectos del orden global, especialmente, relacionados con los aportes realizados por los países desarrollados y muy en concreto, Estados Unidos de Norteamérica. Por lo tanto, hay –podríamos decirlo– elementos culturales (estructurales) y políticos (coyunturales) en Latinoamérica que pueden marcar cierta resistencia a la influencia del Derecho administrativo global.

En segundo lugar, debemos agregar, como antes advertíamos, que la configuración del Derecho administrativo en Latinoamérica, a la usanza del régimen administrativo francés, dificulta la incorporación de los conceptos claves del Derecho administrativo global, más cercano al Derecho administrativo en Estados Unidos y, también, al Derecho europeo. Tal y como ha señalado Michelle Ratton Sanchez Badin en Brasil⁶⁶, el contraste de culturas jurídicas en el Derecho administrativo es un elemento determinante al momento de ponderar el impacto del Derecho administrativo global en Latinoamérica.

Cabría incluso aludir a una tercera razón: la poca influencia que en Latinoamérica han tenido los procesos de integración, principalmente, en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (Mercosur). Sin

⁶⁵ Véase la exposición crítica que un grupo de profesores hemos formulado sobre ese “retiro”. En: la página de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: <http://www.aepda.es/aepdapublicaciones-362-documentacion-documentos-de-interes-declaracion-sobre-la-decision-del-presidente-de-venezuela-de-renunciar-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos.aspx> (Consulta 21.08-12).

⁶⁶ “El proyecto Derecho administrativo global: una reseña desde Brasil”. En: **El nuevo Derecho administrativo global en América Latina**, cit., pp. 135 y ss.

negar los avances en esos procesos, lo cierto es que no podría hablarse –como sucede en Europa– de un “Derecho administrativo latinoamericano”, similar al Derecho administrativo europeo.

Ahora bien, en nuestra opinión, y desde un plano académico, el Derecho administrativo global puede contribuir a reforzar el proceso de redefinición del Derecho administrativo en Latinoamérica, de un Derecho centrado en el poder a un Derecho centrado en el ciudadano, lo que debe traducirse en técnicas más refinadas de control de la actividad administrativa y, en especial, de la regulación económica que promueva en mejor medida la gobernanza. El Derecho administrativo global puede contribuir a la progresiva transformación de la regulación económica doméstica, a fin de propender a un mayor control objetivo de esa regulación, desde el análisis económico centrado en la comparación entre sus costes y beneficios. Asimismo, el Derecho administrativo global puede propender a que la regulación económica se oriente, efectivamente, a promover el desarrollo centrado en el ciudadano. Tal y como quedó resumido en el informe del PNUD de 2011⁶⁷, la regulación debe propender a fomentar “la capacidad humana y aumentar la cantidad de logros que las personas pueden alcanzar a lo largo de sus vidas”, pues “el bienestar y la calidad de vida de las personas es la medida más importante para determinar si el ‘desarrollo’ ha tenido éxito”. Precisar el impacto del Derecho administrativo global en Latinoamérica, a fin de alcanzar esos objetivos, es una tarea que estimamos necesaria para el futuro inmediato.

La Unión, agosto de 2012

⁶⁷ *People centred-development*, PNUD, 2011, p. 2.