



APROXIMACIÓN ELEMENTAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL ELEMENTARY APPROACH TO GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW

Héctor Turuhpial Cariello¹
<https://doi.org/10.53766/ESDER/2021.01.06.01>

Fecha de Recepción: 12 de Septiembre de 2021

Fecha de Aprobación: 09 de Octubre de 2021

Resumen:

El estudio recoge el análisis de las características y corrientes investigativas y normativas que conforman el proceso de formación del denominado por la mayoría doctrinaria Derecho Administrativo Global, a partir de la conversión progresiva del Estado de Bienestar en un Estado Regulador cada vez más “hueco”, desagregado en administraciones autónomas y transferidas o sustraídas sus competencias, y la generación de diversos sistemas y subsistemas de normas supraestatales, de origen público y privado que hacen necesario el replanteamiento de la noción misma del Derecho Administrativo, de las de Administración Pública, gobernanza y de la interrelación entre los actores públicos y privados.

Palabras Clave: Gobernanza, supra-estatalidad, normalización, Estado hueco.

Abstract:

The study includes the analysis of the characteristics and investigative and normative currents that make up the process of formation of what is called by the doctrinal majority Global Administrative Law, from the progressive conversion of the Welfare State into an increasingly "hollow" Regulatory State, broken down into autonomous administrations and transferred or subtracted from their powers, and the generation of various systems and subsystems of supra-state regulations, of public and private origin that make it necessary to rethink the very notion of Administrative Law, those of Public Administration, governance and of the interrelation between public and private actors.

Key Word: Governance, supra-statehood, normalization, hollow state.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio del poder estatal se ha vuelto más difuso en la sociedad, y en el espacio internacional – el estatocentrismo implosionó- y tal dispersión se ha acentuado con el debilitamiento sustancial del Estado de Bienestar y su mutación progresiva al Estado regulador y con la virtualización y la proliferación de las relaciones del espacio *intra* e inter-estatal.

¹ Abogado, Profesor de Pregrado y Post Grado de la UCAB. En Pre-Grado ha impartido las materias de Organización de la Administración Pública, Teoría General del Procedimiento Administrativo y de los Actos Administrativos y de la Actividad Administrativa. Profesor de Post Grado en la Especialización de Derecho Administrativo en la Teoría General de los Bienes Públicos, Teoría General de los Contratos Administrativos y Teoría General de los Servicios Públicos.
Correo Electrónico: hturuhpial@gmail.com. **Orcid:** 0000-0003-1737-698X



Están mutando sustancialmente las nociones del Estado-Nación, la del poder, la de la Administración Pública y las correspondientes a las relaciones entre lo público y lo privado y la radicación de la autoridad. El rol de regulador desempeñado por el Estado es la traducción de su desmaterialización y desustancialización progresiva, al menos de la noción del Estado-nación como la conocemos, construida silogísticamente sobre los eslabones de un territorio delimitado, unos habitantes en el asentado y una organización del poder público asentada sobre la organización de sus administraciones públicas.

La transformación del derecho administrativo tradicional vinculado umbilicalmente al estado, hacia uno sin estado, ha estado y está influenciada por factores teóricos y prácticos que se han consolidado en las últimas décadas. Entre algunos de los más relevantes, para el análisis que aquí se expone, se encuentran el paso de un Estado intervencionista a uno regulador, más bien a lo que ha dado por denominarse “estado hueco”, la globalización social y política, la integración económica, la regionalización supranacional a través de varios modelos institucionales y el cambio de modelo organizacional de la Administración pública y, por demás, de la construcción positiva de su organización y de los distintos roles que le competen.

Las teorías del *jus cogens* internacional, del derecho mundial, derecho administrativo global, derecho administrativo internacional, de la escuela de Heidelberg, del constitucionalismo social, derecho en red, derecho posmoderno o pluralismo jurídico y de la creación jurídica informal internacional, así como del derecho transnacional, analizan este fenómeno de un derecho sin Estado, promoviendo y propiciando, o sencillamente reconociendo la hibridización y los cruces de sistemas jurídicos, de regímenes regulatorios y la horizontalización de los roles gubernamentales para la equiparación y la incorporación de actores no gubernamentales a los centros de formación y generación de políticas públicas y de normación y regulación supra estatales.

La desregulación supra estatal del Derecho Administrativo como parte del proceso de globalización de sus presupuestos estructurales, es un fenómeno que decididamente va extendiéndose y que ha de cambiar el universo de las



relaciones entre la sociedad y el Estado tal y como estas estaban instauradas desde el Siglo XVIII, y la propia conciencia con la cual se percibe la realidad².

La regulación plurigubernamental o comunitaria de la administración, enfilada a asumir y absorber las consecuencias de las actividades desplegadas por las redes de globalización, públicas y cada vez más con participación de las redes privadas, en servicios públicos o actividades de interés general, en áreas tales como la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los procesos de normalización o estandarización, los movimientos

² Téngase presente que la identificación y la radicación de toda autoridad en lo público, en la organización administrativa del poder del Estado y la separación entre Estado y Sociedad, es obra histórica del Estado Liberal que se encumbra en el siglo XVIII y que no reconoce autoridad para la gobernanza a la sociedad ni a los actores privados, sino autonomía. La actividad teórica de especulación filosófica y política, conocida y llamada genérica y comúnmente como racionalismo filosófico, y más específicamente conocidas como el Iluminismo y la Fisiocracia², alumbraron, entre otras muchas corrientes, la doctrina del liberalismo, cuyos postulados abanderaron las Revoluciones Americana de 1776 y a la Francesa de 1789, siendo en consecuencia estas, revoluciones liberales, en el sentido de que la soberanía de la ley que abanderan ambas revoluciones es un mecanismo político y jurídico de protección de las libertades individuales frente al poder absoluto del Estado. En términos amplios, la doctrina unitaria del Estado Liberal, sustentada sobre la idea de una sociedad autosuficiente en la que el Estado no debe intervenir, recoge y amalgama los postulados teóricos fundamentales de la doctrina económico- filosófica del fisiocratismo, manifestación sectorial de la filosofía del Iluminismo, y, en particular, las contribuciones de QUESNAY, TURGOT y HUME; y por la vertiente del pensamiento político no es casual que las obras de MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, y la de ROUSSEAU, *El Contrato Social*, fueren publicadas en 1748 y 1762 respectivamente, durante el período de auge de las doctrina fisiocráticas. Según la doctrina fisiocrática, la sociedad tiene un orden natural, basado únicamente en el juego del mercado y sobre la base de la propiedad, dinamizada por la “*circulación de la riqueza*”; juego o ley que dejado a la libre voluntad individual, conducirá a una sociedad abierta e igualitaria, condición esencial de la vida social; y en virtud de la cual por la circulación y permeabilidad social de la riqueza desaparecerían las rígidas compartimentaciones del antiguo orden estamental social.

Tal doctrina de un orden natural inmanente a la sociedad y que da nombre a la escuela, queda resumida por QUESNAY en su conocida máxima *Ex natura jus ordo et leges*.

De manera que el naciente Estado Liberal, así pensado por el *doctrinarismo liberal* e inspirado en los postulados de los fisiócratas franceses y pensadores fundamentales que hemos someramente reseñado, modelo de estado asimilado y propugnado por SMITH, en términos de contraposición dialéctica respecto a la sociedad, se explica y justifica políticamente en su relación con la sociedad, como uno de los dos sistemas con dinámicas autónomas entre sí, con sus leyes propias cada sistema, Estado-Sociedad, bajo las siguientes premisas, según lo precisa GARCIA PELAYO:

A.-El Estado se concibe bajo el modelo liberal como una estructura racional pero artificial jerarquizada de relaciones sucesivas de supra y subordinación, ordenadas burocráticamente, divididas en poderes, y dirigidas o gobernadas por leyes abstractas producto de la voluntad general. Sus objetivos y cometidos son la seguridad, la convivencia pacífica, la protección de la propiedad y la prestación de los servicios públicos, directa o indirectamente. Es el titular de toda autoridad y de toda competencia. Así, tanto en el Estado Absoluto como en el Estado Liberal, la noción de autoridad se identifica con la organización jurídica pública constitucional y legal de los Poderes Públicos y excluye toda pretensión de titularidad en cualquier sentido por parte de lo privado, es decir, de la sociedad.

B.-La sociedad, de manera distinta y contrapuesta, es entendida como una ordenación espontánea en su percepción exterior, pero dotada de la racionalidad y la dinámica inmanente de un orden causal natural subyacente, orden que se manifiesta mediante leyes económicas y se gobierna mediante sus propias relaciones competitivas, a las cuales se subordinan otras leyes, todo ello en una estructura horizontal de intercambio de estas relaciones.

C.- El Estado, en tanto organización artificial, en consecuencia, debe abstenerse de intervenir coartando o alterando el orden causal natural con el que la sociedad evoluciona dinámicamente hacia su bienestar. Véase: Turuhpial, H. (2021) “*La Actividad Administrativa*.” CIDEP. Caracas D.F., Venezuela; García, M. (1991) “*Obras Completas, Tomo II, El Estado Contemporáneo y sus Transformaciones*.” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados, las jurisdicciones internacionales, constituyen todas ellas un ejemplo de complejas relaciones entre estas actividades y su indispensable dimensión trans-estatal, dado que no pueden ya ser adecuada ni eficientemente afrontadas a través de legislaciones regulatorias nacionales o aisladas de un entorno global.



DESARROLLO

1_. El Derecho Administrativo Global.

1.1_. Polisemia de la Noción.

En tal virtud, se han creado en el espacio que es de todos los estados y no es de ninguno -*commune spatium omnibus*- sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales o también redes conformadas por actores privados, sustituyendo y desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional y trasladando el centro de decisiones a una instancia global y asociando de unas maneras nuevas a los actores sociales privados con los públicos.

Esta nueva fórmula, todavía no es posible gnoseológicamente calificarla de disciplina, organizativa y de generación regulatoria normativa global viene siendo estudiada y promovida desde diversos centros de investigación y universidades, destacando, entre otras, dos grandes tendencias o corrientes:

-. La anglosajona que estudia el Derecho Administrativo Global y uno de cuyos más conspicuos representantes desarrolla las investigaciones de la Universidad de New York, el Profesor KINGSBURY³ y su equipo, quienes han dado en denominar a este fenómeno, objeto de su proyecto

³ Véanse: Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005): *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*, Universidad de New York, Nueva York; Sabino Cassese, "Administrative law without the State? The challenge of global regulation", en *New York University Journal of International Law and Politics*, n° 37, New York, New York University School of Law, 2005; Guy Isaac (1996), *Manual de derecho comunitario general*, traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, y a Eduardo García de Enterría y Santiago Muñoz Machado (dir.) (1986), *Tratado de derecho comunitario europeo*, 2 ts., Madrid, Editorial Civitas; López Escarcena, Sebastián (2018). Contextualizando el derecho administrativo global. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 11, 259-305. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6544>.



investigativo⁴, con la nomenclatura GAL, es decir, *Global Administration Law* y;

-. La Alemana, que fue “inaugurada” por el profesor Eberhard SCHMIDT-ABMANN, en la lección impartida con ocasión de su jubilación, centrada su exposición en el *Internationales Verwaltungsrecht* (IVR), y que, asumido el relevo, viene desarrollando un proyecto de investigación impulsado desde el Instituto Max Planck de Derecho Público comparado, cuyas directrices fundamentales aparecieron publicadas en un número especial de la *German Law Journal*, bajo el título «*The Exercise of Public Authority by International Organizations: A Research Project of the Max Planck Institute for International Law*»⁵, trazando el perfil del llamado por ellos *Derecho Administrativo Internacional*⁶.

También puede hablarse de una corriente investigativa española, liderada por los profesores y catedráticos RODRIGUEZ ARANA, PONCE SOLÉ, DARNACULLETTA, BARNES, BALLBÉ, MEILAN GIL y otros⁷, corriente definitivamente influenciada por el GAL o la escuela anglosajona.

En abono a lo anterior, diversas fórmulas calificatorias son utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia para definir y describir el fenómeno evolutivo del Derecho Administrativo Global: el denominado Constitucionalismo Social o la

⁴ Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global, Institute of International Law and Justice de la Facultad de Derecho de New York University, en conjunto con el *Center on Environmental and Land Use Law*.

⁵ Véanse de manera fundamental: A. Von Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2008), «*Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*», *German Law Journal*, 9-11, págs. 1375-1400. Una versión en español del planteamiento de este proyecto puede encontrarse en A. Von Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2010), «*El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros*», en J. Martín Y Pérez DE Nanclares (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, IUSTEL, Universidad de La Rioja, Madrid.

⁶ La doctrina, sin embargo, distingue claramente entre el Derecho Administrativo Global y las otras ramas del Derecho en las cuales abrevia. Así, Sevillano Iglesias nos dice “...*el Derecho Administrativo Global puede distinguirse de un Derecho Administrativo Internacional, que sería aplicable a los fenómenos estrictos de administración institucional internacional -tendría quizá un cierto rasgo estatutario-. Igual de clara para esta doctrina es la cesura entre el Derecho (Administrativo) Global y el Derecho Internacional Público, con el que no cabe confusión posible, pues el Derecho Administrativo Global amalgama normas de origen supranacional, procedimientos de origen estatal y sujetos privados jurídicamente activos...*”. Véase: Sevillano Iglesias, Héctor (2020): *El Derecho Administrativo Global: Una teoría normativa*; UNAM, Madrid, pp. 63 y ss.

⁷ J. Barnes (2015), «La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento», M. M. Darnaculleta Gardella, J. Esteve Pardo e I. Spiecker Gen. Döhmman (coords.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Marcial Pons, Madrid, págs. 281-311. 3 J. C. Alli Aranguren (2004), *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; O. Mir Puigpelat (2004), *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid; J. V. González García (2004), «Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación», *RAP*, 164, págs. 7-40; M. BALLBÉ (2007), «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP*, 174, págs. 215-276.

teoría del Bloque de Constitucionalidad; el llamado Derecho Internacional Administrativo y el Derecho mundial para la humanidad, entre otras.

Así entonces, como lo han dejado claro KINGSBURY, KRISCH y STEWART⁸, muchos de los presupuestos y de la implementación de dicha regulación transnacional y supra estatal se hallan establecidos y determinados por órganos administrativos transnacionales –incluyendo organizaciones internacionales y grupos informales de funcionarios- que desarrollan funciones administrativas o, mejor dicho, actividad administrativa, pero que no están sujetos directamente al control de los gobiernos nacionales o a los sistemas legales domésticos o, en el caso de los regímenes basados en tratados, a los Estados parte del tratado. Estas decisiones regulatorias llegan a ser implementadas y aplicadas directamente por el sistema global a actores privados o, aún más frecuentemente, a través de medidas de ejecución a nivel nacional.

Del mismo modo, es cada vez más importante la regulación descentralizada gubernamentalmente y desarrollada por órganos privados internacionales que establecen estándares de rendimiento, producción, prestación de servicios públicos o la gestión de actividades de interés general, etc., y por organizaciones híbridas público-privadas que incluyen representantes de empresas, ONGs, gobiernos nacionales, y organizaciones intergubernamentales.

Este creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional, que no es monopolio de los Estados y ni siquiera de lo público, ha comenzado a estimular dos tipos diferentes de respuestas: primero, la tentativa de extender el derecho administrativo doméstico a las decisiones regulatorias intergubernamentales que afectan a una nación; y segundo, el desarrollo de nuevos mecanismos de derecho administrativo a nivel global para enfrentar decisiones tomadas y reglas adoptadas dentro de los regímenes intergubernamentales.

⁸ Véase: Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart (2005): *El surgimiento del Derecho Administrativo Global...* En el caso de la doctrina española, entre otros, deben consultarse: J. PONCE SOLÉ (coord.) (2010), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, INAP, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires; J. A. Moreno Molina (2011), *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo y Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas, México; J. L. Meilán Gil (2013), *Una aproximación al derecho administrativo global*, Editorial Derecho Global, Global Law Press, Sevilla. 5 J. Rodríguez-Arana Muñoz (2010), «*El derecho administrativo global: un derecho principal*», Revista Andaluza de Administración Pública.





También ha surgido un problema de legitimidad, dado que el desventramiento o ahuecamiento del Estado, cediendo, transfiriendo y trasladando competencias a entes políticos territoriales, a actores privados o a actores transnacionales o supraestatales, significa una ruptura de la relación de representación entre los ciudadanos y los titulares de los poderes u órganos públicos elegidos popularmente. Lo cierto es, que la internacionalización del Derecho Administrativo, reduce sustancialmente el papel de los parlamentos nacionales y, con ello, la democracia parlamentaria pierde protagonismo como argumento de legitimación del poder.

1.2_. El Origen: El Ascenso del Neoliberalismo.

La regulación en el ordenamiento jurídico constitucional venezolano es, una función pública de imperativo acatamiento por el Estado por mandato y prescripción del artículo 112 constitucional, el cual lo instruye para racionalizar y regular la economía, impulsando el libre mercado y la iniciativa privada.

El posicionamiento del Estado Regulador no obedece sólo a su aparición como alternativa sustitutiva del Estado de Bienestar intervencionista y expresión de políticas públicas de liberalización de la economía y de retracción del Estado: Este posicionamiento requiere, pues, el rediseño institucional del rol y la personificación de sus administraciones públicas, así como la implementación de mecanismos que aseguren una real y verdadera autonomía entre los entes reguladores y los sujetos regulados, y la protección del sentido último de la regulación que es la preservación de la eficiencia de los mercados en beneficio de los consumidores y usuarios y también de los productores o agentes económicos.

Las administraciones públicas reguladoras, trátase de agencias o de autoridades o administraciones independientes, y cualquiera sea la forma jurídica que adopten, por lo general y como lo ha precisado POMED SANCHEZ comparten concurrentialmente una serie de características comunes⁹:

- . Todas ellas están llamadas a actuar sobre sectores especialmente sensibles de intervención pública por el interés general que representan

⁹ Pomed, L.A. (1993) *Fundamento y Naturaleza Jurídica de las Administraciones Independientes* En "RAP N° 132." Madrid, España. pp. 120, 121.



esos sectores, ya sea como servicios públicos o como actividades privadas de interés general: radio y televisión, energía nuclear, sistema crediticio y financiero, telecomunicaciones, transporte, etc.

- El propósito que se persigue encomendando a las Administraciones Independientes dicha actuación no es en modo alguno el de proceder a la constitución de Ordenamientos jurídicos sectoriales, modelación que corresponde más bien al legislador. Antes bien, se trata de asegurar el alejamiento de las instancias de intervención de la lucha política partidista.

- Finalmente, al requisito constitucional de la objetividad e imparcialidad de la Administración pública, este modelo organizativo añade otra nota caracterizadora, el de su neutralidad. Se trata de alcanzar objetivos específicos y continuados: la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores, la adecuada cobertura de salud o de la prestación de tales servicios, o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática, entre otros, que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los Gobiernos de turno.

Empero, no obstante, la circunstancia de no constituir el propósito que se persigue con su creación la conformación de ordenamientos jurídicos sectoriales, lo cierto es, que hoy en día, la mayor parte de las agencias reguladoras o autoridades administrativas independientes, operan inmersas en ordenamientos jurídicos sectoriales, los cuales se han enmarcado por el legislador calificando a la actividad privada, que conforma su núcleo dinámico, como una actividad privada de interés general, y habilitando todo un piso sectorial creado por la normación sub-legal, reglamentaria o prudencial, como se quiera calificar – las tres expresiones son válidas- e inclusive supra estatal.

MAJONE¹⁰, ha formulado acendradas críticas por las desbordadas infraestructuras prestacionales, sobrevenidamente ineficientes y generadoras de gastos públicos difíciles de cubrir si se pretende mantener la accesibilidad a los servicios públicos, todo lo cual ha conducido a crisis fiscales con la consiguiente

¹⁰ Giandomenico, M.-La Spina, A. (1993) “*El Estado Regulador.*” Repositorio Digital. CIDE. Génesis y Políticas Públicas. Volumen II. Pág. 198.



dificultad para conseguir los recursos de financiamiento de la actividad administrativa. En pocas palabras,

...La acción reguladora del Estado no ha estado a la altura de los tiempos. Pareciera que el mercado y su “racionalidad” han sobrepasado los instrumentos clásicos de reacción pública ante los desmanes que estamos conociendo. La propia funcionalidad del Estado está en entredicho cuando la aguda crisis financiera y económica ha hecho añicos las formas tradicionales de proyección de la acción pública...¹¹

De modo que, estas disfunciones consideradas como connaturales a la propuestas política y jurídica de la fórmula del Estado de Bienestar, junto a la convicción en influyentes escuelas económicas de la inviabilidad de este modelo prestacional directo, le han abierto las puertas al monetarismo, por un lado, y a la transformación del rol intervencionista del Estado al rol de regulador. El Estado de Bienestar parece condenado históricamente, por lo menos para los monetaristas, en ser el responsable de la ingobernabilidad de las democracias actuales.

Un momento fundamental de esta transformación ideológica y concepción sobre el rol del Estado se cumple cuando Margaret Thatcher llega al poder en 1979 como Primer Ministro de Gran Bretaña, y Ronald Reagan como Presidente de los Estados Unidos en 1980, convirtiendo estas ideas conservadoras en el nuevo catecismo político-económico etiquetadas bajo el mote de *neoliberalismo*.

Lo que en principio, con el monetarismo, parecía una simple receta para controlar la espiral inflacionaria, se convirtió después en un programa político de mayor envergadura que promovió las prescripciones hayekianas de achicamiento del gobierno, privatización y desregulación.

Con este achicamiento, o ahuecamiento más bien, dado que el Estado cedió espacios y titularidades prestacionales a los privados que históricamente formaron parte del núcleo duro de su poder público y del sentido existencial de sus administraciones públicas, el Estado permitió el crecimiento y multiplicación de redes de actores.

¹¹ Rodríguez-Arana, J. (2013) La Crisis del Estado de Bienestar, En “Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano.” Caracas D.F., Venezuela. Pág. 96.



El cambio ideológico hacia el neoliberalismo, es una respuesta al replanteamiento, en un plano general, de la relación Estado-sociedad y a la regeneración de la administración pública, de manera particular, de la interacción de gobiernos y mercados, en el contexto de la crisis y las transformaciones económicas y sociales de la década de los setenta y ochenta, ofreciéndose respuestas por los ideólogos neoliberales, los cuales enfatizaron la importancia de disminuir las funciones económicas del Estado, para dejar mayores espacios de libertad económica a la gestión del mercado y a los actores privados, libertad que fue extendiéndose y trascendiendo al espacio global internacional.

Este nuevo modelo de Estado, que surgió a nivel mundial, a finales de los setenta, y se asentó en la década de los ochenta, se presentó con un arsenal estratégico e instrumental de técnicas y políticas públicas de interrelación con la sociedad, que dieron paso de la intervención disciplinante, a la privatización, liberalización y/o desregulación, recortes fiscales, integración y competencia económica.

Es en la década de los 80, que se encumbra hegemoníamente el neoliberalismo, asumido como la contrapartida dialéctica a las antiguas concepciones keynesianas, o en el caso de América Latina a las posturas desarrollistas. Este modelo económico conjuga diversos elementos, en virtud de los cuales el Estado se reserva un rol de mero coordinador y facilitador entre los agentes económicos y la sociedad, dejando al mercado como el principal agente de producción y distribución de la riqueza, y a los privados el papel de principal proveedor de bienes y dinamización del mercado laboral. De manera que, los modos tradicionales de actuación de la administración, en ejercicio de los poderes legales de mandar e imponerse, han ido mutando progresivamente para buscar el consentimiento y apoyo de los ciudadanos en la conformación de las políticas públicas, en un proceso que tiende cada vez más a la auto-regulación, uno de cuyos postulados fundamentales, manifestación evidente de la acumulación de poder de las grandes corporaciones que dominan sectores fundamentales como telecomunicaciones, energía, audiovisual, electricidad, ferrocarriles, etc., es la de la vuelta a la regulación mínima¹².

¹² Muñoz, S. (2004) "Tratado de derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I." Thomson-Civitas. Págs. 1254-1255.



El triunfo ideológico del liberalismo económico por sobre el pensamiento socialista, significó la concepción del mercado en un mecanismo efectivo de regulación que fomenta una cultura global de consumo y, a la vez, se asienta en la democracia liberal como la única forma de organización política capaz de establecer una relación equilibrada entre las aspiraciones individuales y colectivas de libertad con el poder del Estado.

No obstante su heterogeneidad y diversidad, estas nuevas estrategias concurren en un presupuesto finalístico común: limitar el rol del Estado positivo o interventor, con lo cual no se pretendió dismantelar al Estado ni confinarlo a ser un convidado de piedra, sino que se redimensiona su rol en la economía mediante un mayor énfasis en mecanismos de control público externo de las actividades privadas de interés general, caracterizados principalmente por el uso de normas reguladoras y agencias reguladoras, esto es, a través del Estado regulador. Pero lo cierto es, que tal achicamiento o ahuecamiento han producido el fenómeno llamado “el Estado hueco” y a generar lo que ha dado en denominarse “el déficit democrático”.

1.3_. El Ahuecamiento del Estado y el Déficit Democrático.

Las primeras medidas que se asociaron a este modelo neoliberal fueron la desregulación y la privatización. No se pretendía una limitación absoluta del rol del Estado en la economía, lo cual es prácticamente imposible; sino más bien se trataba de reorganizar las funciones y las potestades de intervención en los mercados.

En efecto, la conversión del maltrecho modelo del Estado de Bienestar en un Estado Regulador en asunción y ejecución de un programa neoliberal, en ejercicio de técnicas de repliegue y de “despublificación” para permitir a los actores privados mayores espacios de autonomía, se cumplió entonces como una señal del advenimiento del neoliberalismo.

Así, en 1978 Deng XIAOPING emprendió los primeros pasos decisivos hacia la liberalización de una economía comunista y en el plazo de dos décadas, China se transformó en una turbina de generación capitalista con una tasa de crecimiento sostenido sin precedentes en la historia de la humanidad.



En las antípodas del Pacífico y bajo condiciones muy distintas, Paul VOLCKER asumía el mando de la Reserva Federal de Estados Unidos en julio de 1979, y en los meses inmediatamente siguientes ejecutó una drástica transformación de la política monetaria. A partir de ese momento, la Reserva Federal asumió la lucha contra la inflación, sin importar las posibles consecuencias (particularmente, en lo relativo al desempleo).

En Gran Bretaña, Margaret THATCHER era elegida primera ministra en mayo de 1979, con el compromiso público de someter y erosionar el poder de los sindicatos y de acabar con el deplorable estancamiento inflacionario en el que había permanecido sumido el país durante la década anterior. Poco después, en 1980, Ronald REAGAN era elegido presidente de Estados Unidos e inmediatamente colocó a Estados Unidos en el rumbo de la revitalización de su economía apoyando las acciones de VOLCKER en la Reserva Federal y añadiendo su propia receta de políticas para socavar el poder de los trabajadores, desregular la industria, la agricultura y la extracción de recursos, y suprimir las trabas que pesaban sobre los poderes financieros tanto internamente como a escala mundial.

Tanto VOLCKER y REAGAN, como la THATCHER, aplicaron el recetario de una singular y engavetada doctrina a la que denominaban en el argot y en los ambientes económicos “neoliberalismo”, y la transformaron en el principio rector de la gestión y el pensamiento económicos. HARVEY expone su propia definición del neoliberalismo:

...El neoliberalismo es, ante todo, una teoría de prácticas político-económicas que afirma que la mejor manera de promover el bienestar del ser humano, consiste en no restringir el libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo, dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada, fuertes mercados libres y libertad de comercio. El papel del Estado es crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. Por ejemplo, tiene que garantizar la calidad y la integridad del dinero. Igualmente, debe disponer las funciones y estructuras militares, defensivas, policiales y legales que son necesarias para asegurar los derechos de propiedad privada y garantizar, en caso necesario mediante el uso de



la fuerza, el correcto funcionamiento de los mercados. Por otro lado, en aquellas áreas en las que no existe mercado (como la tierra, el agua, la educación, la atención sanitaria, la seguridad social o la contaminación medioambiental), éste debe ser creado, cuando sea necesario, mediante la acción estatal. Pero el Estado no debe aventurarse más allá de lo que prescriban estas tareas¹³.

Desde la década de 1970, entonces, HARVEY considera, se ha producido y consolidado un drástico giro hacia el neoliberalismo tanto en las prácticas como en el pensamiento político-económico. La desregulación, la privatización, y el abandono por el Estado de muchas áreas de la provisión social han sido generalizadas. En definitiva, “el neoliberalismo se ha tornado hegemónico como forma de discurso”¹⁴.

Los gobiernos centrales transfieren su capacidad o atribuciones de mando y descentralización de los servicios a los gobiernos locales y, por extensión, a terceros privados o particulares. Esta sustitución o traslación de funciones hace necesario replantearse la coordinación de nuevos mecanismos de diseño de políticas públicas, con una administración y una gobernanza horizontalizadas y allanada a la voluntad participativa recíproca de los entes no gubernamentales, el diseño de mecanismos para la rendición de cuentas, la comunicación y coordinación de decisiones entre los distintos actores y la creación de nuevas herramientas intelectuales en la administración pública¹⁵.

La interacción derivada de este “ahuecamiento” del Estado, sus procesos, regulaciones y reglas, han sufrido un cambio drástico, dado que mientras en el interior del Estado este se ha replegado y recogido sobre sí mismo, renunciando a la mayor parte de las técnicas de intervención radicales o del incremento de titularidades públicas, como la expropiación, la nacionalización, la reserva de

¹³ Harvey, D. (1998) “Breve Historia del Neoliberalismo.” Páginas personales UNAM, Págs. 8,9. También debe consultarse la edición en castellano: *La Condición de la Posmodernidad*, Buenos Aires, Amorrortu. J.F. Lyotard (1984) “*The Postmodern Condition*.” Manchester, Manchester University Press. pp. 66 (ed. cast.: *La condición posmoderna*. Madrid, Ediciones Cátedra, 1989).

¹⁴ Ídem, p.9.

¹⁵ El término *hollow state* fue acuñado por H. Brinton Milward, Keith Provan y Barbara Else, basados en un concepto que describe la estrategia de las empresas transnacionales en la época de la globalización (*hollow corporation*). Véase: *La Gestión Pública. Su situación actual*” Bozeman, Barry (Coordinador). Fondo de Cultura Económica. México, 1993. Bajo el título de *¿Qué es el Estado Hueco?, perteneciente a la Parte Séptima (Formulación de Políticas y Gestión Política)*, capítulo XX del manual mencionado anteriormente, H. Brinton Milward, KeithG. Provan y Bárbara A, Else.



actividades y servicios, la publicación de actividades, la gestión empresarial directa; desde el espacio global administrativo llegan verdaderos mecanismos y decisiones regulatorias cuya recepción, incorporación e implementación en el ordenamiento jurídico interno es prácticamente automática.

De modo, que el Estado- nación tradicional, pleno de potestades de ejercicio autónomo, se ve desgarrado y “ahuecado” en el ejercicio real de su actividad prestacional puesto y, además, con una crisis de legitimidad por estas dos fuerzas globalizantes ambas y que operan simultáneamente:

- La primera de ellas sustrae hacia arriba, y abstrae las funciones estatales al espacio de la transnacionalización del poder político en sus diferentes modalidades, espacio plural en el que reúnen actores inscritos en la globalidad, la supranacionalidad, la intergubernamentalidad o la internacionalidad.

- La segunda fuerza opera en sentido político descendente, hacia “abajo”, apunta al empoderamiento del nivel de las entidades político-territoriales menores, es decir, a la corriente propiciatoria de la descentralización o transferencia de competencias sobre servicios esenciales hacia las provincias y municipios y también hacia los sectores privados, que tiende a extenderse progresivamente.

Como consecuencia del accionar simultáneo de ambas fuerzas, se deriva un desgarramiento o “perforamiento” del rol clásico del Estado-nación y un indiscutible “vaciamiento” o pérdida de su capacidad de influencia, situándolo en competencia abierta con estos dos niveles emergentes¹⁶.

¹⁶ En su sentido esencial El término **déficit democrático** es empleado de manera oficial por la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), para designar a las organizaciones públicas y privadas que no desarrollan mecanismos democráticos y sobre todo a la inexistencia en ellas y en sus procesos de un sistema de elección por votación universal, libre, directa y secreta de sus líderes o miembros rectores de sus órganos de dirección. Aunque algunos autores atribuyen la primera alusión del déficit democrático a David Marquand en el año 1979, lo cierto es que apareció dos años antes en el manifiesto elaborado por Richard Corbett en nombre de Jóvenes Europeos Federalistas. Así las cosas, en el capítulo primero del Manifiesto, redactado por él, se titula “El déficit democrático”. disponiendo que “Las pocas medidas que se han tomado para abordar los problemas a nivel europeo se han realizado en un marco intergubernamental. [...] Este sistema [de la Comunidad Europea], agravado por la práctica del derecho de veto para cada país, simplemente logra un compromiso de los enfoques nacionales, no una solución europea”. Defienden los jóvenes federalistas, en lo que aquí interesa, que “es necesario crear instituciones capaces de resolver problemas a escala europea que hayan escapado al control de los estados nacionales”.

Véase: Jorge Grandi: *Deficit democrático y social en los procesos de integración*, p. 428. El criterio contrario, es decir, la negación de que en la UE exista un déficit democrático es sostenida por Salvador Fornes y Heidy Cristina Senante en una magnífica obra titulada “*La Unidad Europea. Una aproximación histórica a la Europa Comunitaria*”; publicación de la Universidad de Alicante; Azman, Dilek Kübra: “problema of ‘democratic deficit’ in the European



Este “ahuecamiento” del Estado por la sustracción supranacional de sus atribuciones, mucha de ellas esenciales, así como la traslación o transferencia en sentido descendente de sus competencias, ha provocado entonces una ruptura entre los mecanismos democráticos de elección que corresponden a los ciudadanos respecto a sus autoridades políticas y de gestión y, derivado de ello una situación de déficit democrático. Ello, en virtud, de que quienes desarrollan actividad administrativa fundamental ya no son en muchos casos actores públicos y en particular no son los actores públicos elegidos electoralmente, sino actores privados subrogados en el ejercicio de potestades públicas, actores locales o nacionales y actores globales y supraestatales y, por tanto, no sometidos al poder de sujeción y subordinación que es típico de las organizaciones administrativas formales tradicionales.

Este cambio radical en la relación entre el Estado y la sociedad, entre lo público y lo privado y, en particular, en la ruptura de la relación unívoca entre la noción de autoridad y su entificación en la Administración Pública, se refleja en tres situaciones concurrentes y vigentes:

A.- El estado es desplazado o acepta retirarse como el actor principal de la política pública -STRANGE, 1996- al romperse la relación de identidad de la autoridad política con lo público y aceptarse la idea y la realidad tangible de la autoridad política privada en la gobernanza global. Este desplazamiento ocurre por las presiones globales sobre los gobiernos nacionales a través de los mercados internacionales de capital y de organizaciones supranacionales, empresas transnacionales, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Organización de Libre Comercio, etc., actuando como actores privados dotados de una autoridad privada con poder para movilizar recursos e influir en la disciplina de las relaciones internacionales¹⁷.

Union. *International Journal of Humanities and Social Science* 2011/1, p. 244 y Meny, Yves: “De la *Démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges*”. *Journal of Common Market Studies* 2002/1, p. 8 y Díaz Narváez, Antonio: El principio democrático en el Derecho de la Unión Europea. Tesis doctoral. Getafe, 2015, disponible en <https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22243/diaz-narvaez-a-tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 46, nota 73. 3 Marquand, D. (1979) “*Parliament for Europe*.” Jonathan Cape Ltd. Londres, <http://federalunion.org.uk/the-first-use-of-the-term-democratic-deficit/>; Francisco Javier Matia Portilla Del déficit democrático de la Unión Europea a la defensa de la pervivencia de los estados constitucionales en su seno.

¹⁷ El concepto de autoridad privada en la disciplina de las relaciones internacionales, que rompe el monopolio de la identificación de la autoridad con lo público-gubernamental, se le debe a Strange y luego a sus investigaciones junto a Stopford. Véase: Strange, S. (2001) “*La retirada del Estado. La Difusión del Poder en la Economía Mundial*.”



B.-La formación de redes de actores sociales mediante la instauración de lazos formales e informales entre el estado y otros actores sociales, tales como sindicatos y grandes empresas. Los actores sociales también desarrollan redes de interacción entre ellos que son ajenas al estado. Las redes no-estatales son capaces de diseñar y operar políticas que anteriormente eran administradas de manera jerárquica por el estado.

C.- Cambios en la relación sector público-sector privado, rompiéndose así la tensión dialéctica que existía desde el siglo XVII con la instauración del Estado Liberal y la separación entre Estado y sociedad, con la consiguiente atribución monopólica de la autoridad a la organización estatal de lo público. Predomina la corriente de la nueva gerencia pública (NGP) que propone la adopción de la administración y técnicas de distribución de los recursos con base en las reglas del mercado; mayor participación del sector privado en la provisión de los servicios públicos.

STRANGE sostiene, que el Estado no es la única fuente de autoridad en la EPI, sino que hay que diferenciar entre el poder relacional y el poder estructural. El primero se define como la capacidad que tiene un actor de hacer que otro actor haga algo que no haría de otra forma. Mientras que el poder estructural es un concepto más complejo y al mismo tiempo más relevante para entender la dinámica de las relaciones económicas internacionales. El poder estructural es el poder de dar forma y determinar las estructuras de la política económica global en las cuales los otros Estados, sus empresas y sus científicos y otros profesionales deben operar.

En este orden de ideas, el *déficit democrático*, manteniendo su pluralidad gnoseológica o significativa, traduce las siguientes situaciones:

- La falta de mecanismos democráticos en los actores privados y en los actores públicos que integran la institucionalidad global o supraestatal, para que los ciudadanos participen en la elección de sus directores y en la formación y toma de decisiones sobre políticas públicas. Tal carencia es producto de sucesivas y múltiples traslaciones o transferencias de poderes

Intermom Barcelona. Tanto Strange como Stopford e investigadores como Gilpin, desde la ventana de la corriente denominada de la Economía Política Internacional –EPI-, plantean desde distintas perspectivas, esta mutación del ambiente global internacional.



y facultades estatales, o de sustracciones, por entes y organismos subestatales en el primer caso y supraestatales en el segundo.

-. La retirada, repliegue y renuncia del Estado a ejercer específicas competencias y atribuciones y la asunción de la opción de transferirlas a otro titular, de preferencia privado.

2_. En Torno a una Definición.

2.1_. El GAL.

En este marco conceptual y bajo este esquema de ideas, KINGSBURY, KRISCH y STEWART definen entonces lo que entienden por Derecho Administrativo Global:

... aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.

Obsérvese que la definición implica para los autores afirmar al modo de un entimema respecto a su significado, que la mayor parte de la gobernanza global puede ser entendida, analizada a través de la acción administrativa: la reglamentación administrativa y ejercido el juzgamiento administrativo de intereses contrapuestos, y otras formas de decisiones y gestión regulatoria y administrativa.

KINGSBURY y su equipo han precisado y propuesto cinco ejes para orientar en el proceso de sistematización presente y futuro del derecho administrativo global, tal y como lo precisa COSTA CEVALLOS:¹⁸



(1) cuestiones sobre los modelos básicos estructurales de la administración global, y cómo la variación entre ellos está modelando nuevos mecanismos de accountability; (2) cuestiones metodológicas y empíricas relacionadas con el alcance y las fuentes del derecho administrativo global, los mecanismos de accountability, y los principios doctrinarios que actualmente existen o que surgen en la práctica; (3) cuestiones normativas sobre cómo justificar y defender dichos mecanismos; (4) cuestiones de diseño institucional en cuanto a cómo dichos mecanismos deberían ser diseñados para asegurar accountability sin comprometer indebidamente a la eficacia; y (5) cuestiones de teoría política positiva sobre el surgimiento y diseño de dichos mecanismos y qué factores pueden conducir a su éxito.

Conceptuación similar formula DARNACULLETA al aproximarse a la noción del Derecho Administrativo Global, estableciendo que:

...lo que caracteriza el denominado Derecho Administrativo Global es un movimiento general de apertura e interpenetración de sistemas normativos de múltiples niveles, y de origen público y privado. Y en la producción y ejecución de estos sistemas normativos participan una pluralidad de sujetos que tienen un enorme poder y que ejercen funciones de autoridad pública. Los esfuerzos doctrinales para dotar de contenido al Derecho Administrativo Global tienen por objeto controlar, limitar y someter al Derecho el ejercicio de este poder. Y, sin embargo, el Derecho Administrativo Global no es, tampoco, por el momento, una nueva disciplina. A pesar del interés y la motivación de la doctrina al respecto, no se

¹⁸ Marcelo Armando Costa Cevallos (2020): *Los espacios administrativos globales, legitimidad y eficacia de sus regulaciones, Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia* [online]. 2020, vol.5, n.15 [citado 2021-11-06], pp.113-141. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-51362020000200113&lng=es&nrm=iso>. Epub 04-Ago-2020. ISSN 2448-5136. <https://doi.org/10.32870/dgedi.v5i15.344>.



advierte la existencia de un consenso suficiente sobre el método y sobre el concepto que permita sostenerlo¹⁹.

Las múltiples investigaciones en curso sobre este tema han calificado este fenómeno que se describe de las más diversas maneras, en unos casos, anudando la calificación a una reivindicación del espacio intergubernamental o supraestatal para el Derecho Internacional; otras poniendo el énfasis en el carácter global de la normación y finalmente otras reconstruyendo la estructura primigenia del Derecho Administrativo aplicado al ámbito internacional incluyendo la condición de actividad administrativa que de manera predominante se desarrolla en dicho espacio. De este modo se tiene:

1-. Un primer sector doctrinal que prima todavía el dominio del Derecho Internacional y lo llama “derecho administrativo internacional” refiriéndose al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales. 2.- Otro sector utiliza la expresión “derecho administrativo global” para referirse, en ocasiones, al derecho aplicable a las administraciones públicas autónomas que existen con independencia de un Estado y, en otras, al derecho que estudia las relaciones jurídicas de los llamados órganos administrativos globales, que incluyen tanto a administraciones sin Estado como a los Estados en sus actuaciones con eficacia global y a ciertos organismos internacionales.

2.2_. El Derecho Administrativo Multinivel.

Particular relevancia tiene la concepción de CASSESE, quien habla del Derecho Global como un nivel del propio Derecho administrativo, reconocido con normalidad. De manera fundamental, elabora un concepto de Derecho administrativo como Derecho mixto, en la medida en que confluyen en él la aplicación de normas de Derecho público con otras de Derecho privado.

Como lo expresa IGLESIAS SEVILLANO, con esta concepción de CASSESE caería entonces el mito del Derecho administrativo como un Derecho

¹⁹ Mercé Darnacullea, M. (2016) *El Derecho Administrativo Global*, En “*Revista de Administración Pública* Nº 199,” Madrid, España. enero-abril, págs. 11-50 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01> 49.



genuinamente público, dada la evidencia de la cada vez más frecuente aplicación del Derecho privado a la Administración y del Derecho público a entidades privadas que ejercen potestades públicas. De este modo y en definitiva, para CASSESE el Derecho administrativo sería un Derecho multinivel, de múltiples estratos sistémicos, territorialmente hablando, integrado por un nivel estatal, que es el tradicional, desbordado por abajo por la desterritorialización interna basada en la autonomía política o descentralización de las regiones y las garantías institucionales de las Entidades Locales, y superada desde fuera por los varios niveles de desterritorialización supranacional, en particular el Derecho Europeo y el Derecho Global²⁰.

Por su parte, BREWER-CARIAS establece diferencias históricas o más bien dos momentos distintos en la evolución del Derecho Administrativo Global. Señala que el derecho administrativo global actual presenta características distintas al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las llamadas “administraciones internacionales,” y de lo que se conoció como “derecho administrativo internacional,” el cual se manifestó, por una parte, en el régimen jurídico que surgió en el ámbito de organizaciones internacionales, citando como ejemplo las relaciones laborales en el orden interno de las mismas; y por la otra, la actividad desplegada por instituciones regulatorias internacionales, básicamente configuradas como “uniones” -p.e. la Unión Postal Universal-, que se establecieron para canalizar la cooperación internacional de las Administraciones Públicas Nacionales en la prestación de determinados servicios públicos como el servicio de correos, o como las telecomunicaciones y la navegación internacional. En esas materias, enseña BREWER CARIAS las administraciones públicas nacionales seguían teniendo el rol regulatorio central, no teniendo las Uniones poderes regulatorios y decisorios propios, aun cuando si una organización que originaba aspectos importantes de derecho administrativo internacional como el relativo al servicio civil internacional. Las Administraciones Globales de estos tiempos recientes, en cambio, precisa el autor, están sometidas a un derecho administrativo global, con poderes regulatorios y decisorios propios ejercidos en el marco de un tratado internacional. Estas Administraciones Globales inicialmente se fueron configurando en el campo de la gestión económica, para regular o actuar en los mercados que trascienden, rebasan o desbordan las fronteras estatales y a las

²⁰ Héctor Iglesias Sevillano, ob, cit, p. 102



empresas que extienden su actividad más allá del ámbito de los Estados para alcanzar dimensión mundial, por ejemplo en materia de comercio internacional la Organización Mundial de Comercio, o de control de las actividades de los bancos e instituciones financieras citando el caso del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea²¹.

Concluye el autor que en la actualidad se trata de un derecho administrativo global, que presenta las siguientes características:

- Constituido por normas jurídicas internacionales o supranacionales que no tienen origen nacional.-. No obedece a la tradicional idea de soberanía, de manera que sus efectos rebasan o desbordan los confines de los Estados.
- Regula a Administraciones también globales que no pertenecen a Estado alguno.

Podría hacerse la observación al planteamiento descriptivo y definatorio de BREWER CARIAS, que su descripción del Derecho Administrativo Global se restringe fundamentalmente a las Administraciones Públicas Globalizadas, es decir a los entes y órganos sometidos al derecho público y al derecho administrativo, pero no incorpora como parte fundamental del fenómeno del Derecho Administrativo Global la intensa participación de los entes privados que conforman verdaderas estructuras administrativa regulatoria, muchas veces sin un tratado que les sirva de soporte, sino de manera informal.

2.3_. El Constitucionalismo Social.

No puede dejarse de lado la importante tesis del profesor Gunter TEUBNER del Instituto Max Planck en Alemania, quien desde la óptica del llamado constitucionalismo social (CS), teoría jurídica del pluralismo jurídico según la cual el surgimiento de los procesos constitucionales no se produce únicamente en el marco de los sistemas jurídicos político-estatales, sino también

²¹ Brewer-Carias A.R. (2009) "El Derecho Administrativo Global en Materia de Cooperación Policial y el Procedimiento Administrativo Global Desarrollado ante INTERPOL, como Administración Global, para la Protección de las Personas." Documento preparado para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre "Derecho Administrativo Global" organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril.

en los sistemas jurídicos privados y/o híbridos de los órdenes sociales no estatales.

CS se configura como una teoría del pluralismo jurídico y constitucional que, a pesar de su aplicación en el marco del Estado-nación, posee las herramientas analíticas adecuadas para la labor investigativa en los contextos transnacionales.

En tiempos recientes, el CS se ha orientado con creciente dedicación a analizar la normatividad no estatal que desarrolla cualidades constitucionales; particularmente en la economía transnacional y en el mundo digital²².



2.4_ El Derecho Administrativo Internacional.

En el mismo afluente creativo se encuentra el profesor de la Universidad de Heidelberg, Eberhard SCHMITD-ARMANN, quien en su obra fundamental en este tema y titulada *La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la Internacionalización de las Relaciones Administrativas*, categoriza cuatro tipos distintos de relaciones administrativas internacionalizadas subsumidas en la noción de Derecho Administrativo Internacional:

1.- las formas de cooperación bilateral

²² Gunther Teubner y Angelo Jr Golia; Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrec:*El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales*. ReDCE núm. 35. Enero-Junio de 2021

El CS es una relativa nueva corriente dentro del constitucionalismo, cuyos pilares constitutivos y operativos son los siguientes:

1.-Cuestiona la pretensión de las constituciones estatales de asumir el monopolio de la constitucionalidad, desconociendo el fenómeno real de la formación de constituciones sectoriales y de aquellas que denomina “constituciones civiles”.

2.- El CS reprocha al constitucionalismo tradicional su limitado enfoque de la constitución y de la limitación del poder político del Estado, en tanto el CS atribuye a todas las constituciones la función de formalizar y limitar los medios de interacción de los sistemas sociales: el poder en la política, el conocimiento en la ciencia, el dinero en la economía y la información en los medios de comunicación. Así, en este orden de idea, las constituciones políticas no son más que la forma más relevante de las “constituciones sociales”, aunque limitadas al sistema político.

3.- El CS se opone al principio sostenido por los constitucionalistas convencionales y que predica que las constituciones estarían vinculadas exclusivamente al Estado-nación. El CS ilustra los procesos de constitucionalización global, identificando fenómenos constitucionales en los regímenes transnacionales: tanto en el sector público como en el privado. A consecuencia de la globalización —entendida como una combinación entre la apertura de los mercados económicos y la revolución info-telemática. La globalización “no significa simplemente capitalismo global, sino la realización mundial de la diferenciación funcional”.

4.- El CS rechaza la idea de una constitución cosmopolita unitaria que cumpliría, a nivel global, las mismas funciones de integración que han venido asumiendo las constituciones políticas a nivel nacional.



2.- las formas organizativas regionales;

3.- las formas organizativas de alcance mundial.

4.- Las formas de cooperación bilateral se encuentran especialmente extendidas en el Derecho policial, lo cual es ciertamente desconcertante y sorprendente, sabiendo que la policía y todas las modalidades instrumentales que esta utiliza implican el ejercicio de la coacción.

A.- Expone el maestro germano que la criminalidad y las necesidades de protección de grandes eventos internacionales han traído consigo cambios notables, dándose el caso incluso que los funcionarios policiales de un Estado adopten medidas en el territorio del otro —sin tener ni siquiera que informar con anterioridad a sus autoridades, en casos de urgencia— con ocasión de la vigilancia y persecución de delincuentes.

La Ley de la policía federal *-Bundespolizeigesetz-* amplía también enormemente los espacios de acción en caso de actividades internacionales: los §§ 8, 64 y 65 habilitan a la policía federal no sólo a actuar en el marco de operaciones *internacionales II* sino también a intervenir, en casos concretos, en el extranjero, cuando sea necesario para proteger a personas de peligros ciertos para su vida o integridad física. A la inversa, funcionarios de otros Estados pueden asumir también funciones policiales en Alemania, cuando así lo prevean Tratados internacionales. Dichos funcionarios extranjeros podrán ejercer incluso potestades de autoridad; para ello, la celebración del Tratado correspondiente requerirá la intervención de las Cámaras, según lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn (GG). La praxis prefiere, sin embargo, acuerdos bilaterales de nivel inferior a los Tratados internacionales.

Los acuerdos adoptados por los ministros competentes son calificados de *Memoranda of Understanding*. Prevén, entre otros aspectos, análisis compartidos de riesgos, escoltas policiales y la presencia de funcionarios de enlace que, pese a no ejercer potestades de autoridad, forman parte de los planes de acción policiales.

B.- La cooperación administrativa se ha desarrollado también —de forma menos espectacular, pero no menos intensa— en el Derecho



de la Seguridad Social. Aquí son también Tratados internacionales bilaterales los que constituyen el fundamento y el marco dentro del cual los diferentes entes gestores de Seguridad Social se prestan asistencia *Amtshilfe III* recíproca, intercambian datos y se relacionan directamente con sus asegurados, incluso cuando estos se encuentran en el territorio del otro Estado. Las notificaciones administrativas no deben tramitarse necesariamente por vía diplomática, sino que pueden practicarse directamente, a través de correo certificado. Las instancias y recursos de los particulares son trasladados en plazo por las autoridades de un Estado al órgano competente del otro. Aquí las barreras territoriales de la actuación administrativa de los distintos Estados prácticamente han desaparecido, aunque ello se produzca siempre en virtud de un Tratado internacional, que a su vez es expresión de la soberanía estatal.

El aspecto más importante sigue siendo, sin embargo, el de garantizar una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las reglas materiales de reparto por parte de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados signatarios de dichos Tratados. El Derecho tributario internacional prevé al respecto algunos mecanismos interesantes de armonización: la interpretación orientada por la finalidad de los Tratados de la «armonía decisoria», la existencia de un comentario oficial del Convenio Modelo de la OCDE y la facultad — prevista en los propios Tratados— de que las autoridades nacionales puedan superar las dificultades aplicativas a través de acuerdos interpretativos.

Todas estas definiciones, tanto conceptuales como organizativas dejan ver la profunda transformación que está sufriendo el Derecho Público por su proceso de internacionalización.

Es en este ámbito del derecho administrativo global (o internacional) en el que cabe distinguir cuatro líneas de investigación ampliamente desarrolladas y en curso:

- la relativa a la administración de territorios por instituciones internacionales, como en el caso de Kosovo;
- la investigación de colisiones normativas entre los distintos órdenes jurídico-administrativos nacionales;
- la



investigación sobre los efectos del derecho internacional en el derecho administrativo nacional; y - la investigación que se ocupa del derecho aplicable a los mecanismos de gobernanza más allá del ámbito nacional.

Por su parte, BREWER-CARÍAS, delimitando la noción que ocupa este estudio, expresa que los ciudadanos se encuentran en presencia de un derecho administrativo global distinto al que a comienzos del siglo pasado se desarrolló en el marco de las “administraciones internacionales,” y que se denominó por la doctrina “derecho administrativo internacional,” el cual se manifestó, fundamentalmente, por una parte, en el régimen jurídico propio e interno de las organizaciones internacionales; y por la otra, en la actividad desarrollada por instituciones internacionales, configuradas en su mayoría bajo la fórmula de las “uniones” (p.e. la Unión Postal Universal), que se establecieron para coordinar regulatoriamente la estandarización y la cooperación internacional de las Administraciones Públicas Nacionales en la prestación de determinados servicios públicos, de los cuales cita, el servicio de correos, o como las telecomunicaciones y la navegación internacional. En esas materias, las administraciones públicas nacionales seguían teniendo el rol central, no teniendo las Uniones poderes regulatorios y decisorios propios, aun cuando si una organización que originaba aspectos importantes de derecho administrativo internacional como el relativo al servicio civil internacional. Como lo señala BREWER-CARIAS:

...Las Administraciones Globales de nuestros días, en cambio, están sometidas a un derecho administrativo global, con poderes regulatorios y decisorios propios ejercidos en el marco de un tratado internacional, y que por tanto, “regulan y administran amplios sectores de la vida económica y social a través de decisiones específicas y de regulación administrativa.”²³

²³ Brewer-Carias A.R. (2009) “El Derecho Administrativo Global en Materia de Cooperación Policial y el Procedimiento Administrativo Global Desarrollado ante INTERPOL, como Administración Global, para la Protección de las Personas.” Documento preparado para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 23-25 abril.



3_. Las Fuentes Formales del Derecho Administrativo Global.

Respecto a las fuentes del Derecho Administrativo Global, estas conforman un complejo sincrético de diferentes ramas del derecho que pertenecen a la administración global pero que han sido tratadas en forma separada por mucho tiempo. Incluye, como uno de sus componentes el llamado “derecho administrativo internacional”, noción utilizada fundamentalmente para sistematizar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos.

Lo cierto es, que la doctrina administrativa no ha logrado integrar adecuadamente, los presupuestos y planteamientos del Derecho Administrativo Global con los de la Gobernanza global, el Constitucionalismo global y el Derecho Internacional Público y Privado²⁴.

También, aceptando las elaboraciones de NEUMEYER y otros investigadores del “derecho administrativo internacional” se configuraría una variante definitoria, entendiéndolo como “...*el cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un estado extranjero en el sistema normativo del estado*”²⁵.

Al final, en el caso de KINGSBURY, este se decanta por el enfoque de NEGULESCO que percibe al derecho administrativo internacional como:

...una rama del derecho público que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración. Esta rama específica del Derecho Público se concentra en particular en las estructuras administrativas, en la transparencia, en los elementos participativos, en el procedimiento administrativo, en los principios de una toma de decisiones razonadas, y en los mecanismos de revisión.

Desde otra perspectiva, las fuentes formales del derecho administrativo global pueden catalogarse críticamente de la siguiente forma:

²⁴ Cfr. Mercé Darnaculeta Gardella, M. (2016) El Derecho Administrativo Global. ¿un nuevo concepto clave del derecho administrativo?, En “Revista de Administración Pública Núm. 199.” Madrid, enero-abril. Págs. 11-5.

²⁵ Ídem, p. 11.



1.- Las fuentes clásicas del derecho internacional público –los tratados, la costumbre y los principios generales-, las cuales si bien son un primer nivel generador de un soporte formal, no explican sin embargo el origen ni la dinámica práctica que caracteriza al Derecho Administrativo Global. Los tratados sólo en muy raras ocasiones tratan temas de derecho administrativo. En la medida en que regulen principios de procedimiento administrativo, en general se dirigen a y son vinculantes sólo para los estados, no las instituciones internacionales o las redes intergubernamentales de funcionarios nacionales.

2.- El derecho internacional consuetudinario es entendido todavía como formado primordialmente por la acción de los estados y por lo tanto por el momento no incorpora del todo la práctica relevante de los actores no-estatales, como los órganos administrativos globales.

3.- Los “principios generales del derecho” como fuente del derecho internacional, han estado limitados principalmente a las necesidades internas de las instituciones internacionales. La aceptación de los mismos en la práctica del derecho internacional formal ha sido baja y no es probable que se extienda rápidamente a los diversos y dispersos contextos de la administración global.

4.- El *ius Gentium* pareciera, según se ha expuesto ya a lo largo de este estudio, que ofrece una plasticidad que se adapta a las necesidades regulatorias y axiológicas de los diversos actores, tanto gubernamentales como no gubernamentales, y que en su versión moderna y en expresión de CANCADO TRINDADE, puede ser entendido hoy como formando parte de un verdadero cuerpo de “Derecho para la Humanidad”²⁶, denominación y conceptualización que sin embargo el jurista mantiene dentro del cuerpo del *ius cogens* internacional o Derecho Internacional

²⁶ Expone Cancado Trindade que viene progresando la construcción doctrinal y jurisprudencial del *ius cogens* internacional como propia de un nuevo *ius gentium*, el Derecho Internacional para la Humanidad. Sostiene que “...en este entendimiento, y por definición, el *ius cogens* internacional va más allá que el derecho de los tratados, extendiéndose al derecho de la responsabilidad internacional del Estado, y a todo el *corpus juris* del Derecho Internacional contemporáneo, y abarcando, en última instancia, a todo acto jurídico. Al abarcar todo el Derecho Internacional, se proyecta también sobre el derecho interno, invalidando cualquier medida o acto incompatible con él. El *ius cogens* tiene incidencia directa en los propios fundamentos de un Derecho Internacional universal, y es un pilar básico del nuevo *ius gentium*. Vid:



Humanitario, recurriendo a los principios sentados por los padres del Derecho Internacional.

Así, TRINDADE recuerda a la Escuela de SALAMANCA, empezando por Francisco DE VITORIA, por ejemplo:

...en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de Derecho, sostuvo, en sus aclamadas Reecciones Teológicas (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos - tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.

De igual forma y concurriendo con el Maestro de Salamanca, evoca la visión de Francisco Suárez con su obra *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612, que proclama que:

...el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal". Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo, y el derecho atendía a las necesidades de reglamentación de todos los pueblos y seres humanos.

Finalmente completa la triada fundacional del derecho para la humanidad con HUGO GROTIUS y su *jus gentium*, para quien

...el Estado no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad"²⁷.

Los principios que rigen a ese cuerpo de *ius cogens* permean todo el ordenamiento jurídico, y conforman el *substratum* del propio orden jurídico. De este modo, CANCELADO TRINDADE considera que tanto ese *jus cogens*, así como las obligaciones *erga omnes* de protección-, pertenecen o pueden ser subsumidas

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva Oc-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados voto concurrente del Juez a.a. Cançado Trindade.



en el ámbito de la concepción de la *civitas maxima gentium*²⁸ y de la universalidad del género humano:

... ya no es posible abordar el Derecho Internacional a partir de una óptica meramente interestatal. Los sujetos del Derecho Internacional ya hace mucho dejaron de reducirse a entes territoriales; hace más de medio-siglo, a partir de la célebre Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las Reparaciones de Daños (1949), las organizaciones internacionales rompieron el pretendido monopolio estatal de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí advinieron²⁹.

CANDADO TRINDADE, no obstante formular su concepción de un *jus cogens* mundial fundado en los principios del *ius Gentium*, sigue manteniéndolo dentro de la esfera del Derecho Internacional dado su objetivo fundamental de protección de los derechos humanos.³⁰

²⁸ En sentido similar respecto al concepto unitario y aglutinante de humanidad como objeto del Derecho Administrativo Global encarnado en la noción de La *Antroparquía*, la cual es definida por DOMINGO como “una forma de gobierno que ha de desarrollarse paulatinamente al ritmo de la formación una voluntad universal, expresa toda la humanidad, y no sólo de un fragmento de los hombres. Hablamos de y no de Antropocracia porque se trata de un sistema de gobierno basado más en la legitimidad (-arquía) que en la legalidad- (-cracia). Así, la exigencia natural de constituimos en una comunidad de personas que asumen el imperativo de construir un mundo más humano, se opone a los intentos autocráticos de cimentar un orden fruto del acuerdo de las voluntades presentes, de los intereses coyunturales y de las políticas oportunistas un espacio-tiempo concreto. La Antroparquía apuesta por el *rule of law* inglés, y no por el Estado de Derecho (*Rechtstaat*) alemán, ya que éste exige, como es obvio, que el Derecho emane del Estado. Por el contrario, en el *rule of law* la ley tiene un límite preciso, y las otras fuentes del Derecho no pierden su protagonismo. La Antroparquía se halla, por el momento, más próxima al mundo de la utopía que a la esfera de la realidad. Para instaurarla, urge abandonar la jurisdicción territorial propia del Estado -puedo todo en este e instaurar una jurisdicción material, acorde con los tiempos modernos - puedo todo en todo el mundo sobre esta materia-. Del protoprincipio de personalidad que informa todo el Derecho -y que lo hace sustancialmente diferente al Derecho internacional- ha de derivar un principio jurídico, que determine la competencia en razón de la materia del Derecho global, excluyendo, al menos parcialmente, a los restantes ordenamientos.”

²⁹ Cf. Cançado, A.A. (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Caps. VII-XI, pp. 203-333.

³⁰ La Opinión Consultiva n. 16 de la CtIADH Interamericana, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (del 01.10.1999), al reconocer la cristalización de un verdadero derecho subjetivo a la información sobre asistencia consular (de que es titular todo ser humano privado de su libertad en otro país) rompió con la óptica tradicional puramente interestatal de la materia, amparando numerosos extranjeros pobres y trabajadores migrantes. Esta nueva visión fue reiteradamente expresada por la CtIADH en su igualmente pionera Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados, de trascendental importancia en el mundo de hoy, la cual amplió el contenido material del *jus cogens* al sostener que éste abarca el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación. Véase: Cançado A.A., (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*. Caps. VII-XI, pp. 203-333

4_. Las Organizaciones Administrativas de la Administración Global.

En lo que respecta a las fórmulas organizativas regulatorias que se mueven en el espacio dinámico y multifacético del Derecho Administrativo Global, se encuentran sobre el tapete diversas clasificaciones.



4.1_. Esquema de KINGSBURY.

KINGSBURY esquematiza cinco:

A.- La administración representada por organizaciones internacionales formales o intergubernamentales, establecidas por un tratado o acuerdo ejecutivo, como lo es el caso de la ONU o la OEA.

B.- La administración fundada en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios regulatorios nacionales. Se caracterizan por el predominio de una cooperación informal entre los reguladores estatales que no se sustenta necesariamente ni nace de acuerdos o tratado intergubernamentales, pero que genera directrices o recomendaciones que no son vinculantes ni de obligatorio acatamiento por los países representados en esos organismos regulatorios en tanto no son de *ius cogens*. Se trata de un modelo horizontal de cooperación que puede, generarse en el marco de un tratado o sencillamente de reuniones periódicas. Es el caso, por ejemplo, del COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA, el cual no constituye una autoridad supranacional en materia de supervisión, ni sus conclusiones o recomendaciones contienen fuerza legal o algún tipo de coercibilidad, pero la incorporación de sus principios y recomendaciones prudenciales en la legislación interna de los países del G-10 y luego en muchos otros países ha generado una gran influencia en la comunidad internacional, de manera que hoy en día la mayoría de los países han incorporado en su legislación interna dichas recomendaciones.



El COMITÉ DE BASILEA ha logrado generar directrices y recomendaciones que por su alto y preciso nivel técnico y el consenso entre sus miembros, forman un cuerpo regulatorio calificado como de “supervisión prudencial”, que ha ido permeando las legislaciones y la actividad administrativa de las autoridades supervisoras de los países que lo integran y que hoy se encuentran incorporadas al derecho administrativo interno de los mismos como un *corpus* que las legislaciones internas califican e incluyen formando parte de las “normas prudenciales”.

C.- Administración conformada por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos. En esta fórmula o categoría, las agencias o autoridades regulatorias nacionales o locales actúan como parte del “espacio administrativo global”³¹: toman decisiones sobre temas que generan necesidades decisorias a nivel extranjero o global. Un ejemplo es el ejercicio de jurisdicción regulatoria extra-territorial, por la cual un estado busca regular una actividad que primordialmente se desarrolla en algún otro lado. En algunos casos, dicha regulación está sujeta a limitaciones substantivas e incluso a requisitos procedimentales establecidos internacionalmente

D.- Administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, Se trata de órganos que en su conformación o en su proceso de toma de decisiones públicas o de políticas públicas, o de interés general, tienen una conformación constituida por órganos o entes privados y públicos, es decir, tanto de entes no gubernamentales como de entes gubernamentales. En estos casos, la sujeción y disciplina homogénea por el Derecho Administrativo

³¹ *Ibidem*, p. 6

Es el caso del Sistema Europeo de Supervisión Financiera (SESF), el cual se organizó atendiendo a las necesidades y realidades de interrelación entre las distintas actividades financieras, ámbito de actuación supraestatal que incorpora a las autoridades regulatorias locales, las ANC o Autoridades Nacionales competentes, necesidad de coordinación entre las distintas autoridades de supervisión, junto con la constatación de la necesidad de una respuesta a escala comunitaria integrado por los siguientes sujetos: la Junta Europea de Riesgo Sistémico, creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1092/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1093/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1094/2010; la Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), creada en virtud del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; el Comité Mixto de las Autoridades Europeas de Supervisión (Comité Mixto) previsto en el artículo 54 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, del Reglamento (UE) n.º 1094/2010 y del Reglamento (UE) n.º 1095/2010; y las autoridades de supervisión de los Estados Miembros.



presenta situaciones complejas dado que se trata de actores no gubernamentales privados que no constituyen objeto de este derecho estatutario y, por otra parte, se encuentran los actores gubernamentales sometidos al derecho público nacional e internacional. Los controles aquí en esta fórmula organizacional son difíciles e irregulares.

E.- Administración por instituciones privadas con funciones regulatorias. En el derecho nacional, dichos órganos privados son típicamente tratados como entes asociativos más que como administradores, a no ser que ejerzan poder público por delegación explícita de un texto normativo o de una Administración Pública habilitada para delegar tales poderes o potestades administrativas. Sus actos no son muy distintos en especie a muchas normas públicas intergubernamentales de carácter no vinculante, y frecuentemente pueden llegar a ser más efectivas.

Es el caso de la actividad administrativa de armonización internacional, la cual se desarrolla principalmente a través de complejas redes de regulación, públicas, privadas o mixtas, que operan habitualmente no sólo en proceso de gestación de las normas y estándares internacionales sino también en el de su ejecución o aplicación. De manera fundamental, debe destacarse que en un número cada vez más extenso de sectores, los organismos transnacionales de regulación ejercen el monopolio de la producción de estándares internacionales, en una suerte de delegación de la autoridad regulatoria en el ámbito global.

El ejemplo prototípico es el caso de la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés), una entidad no gubernamental, privada e independiente con una membresía de 164 organismos nacionales de normalización. ISO crea documentos que proporcionan requisitos, especificaciones, pautas o características que se pueden usar de manera consistente para garantizar que los materiales, productos, procesos y servicios sean adecuados para su propósito. Algunos de los estándares más conocidos son las Normas: iso 9000-Gestión de Calidad, iso / iec 27001 - Gestión de seguridad de la información³².

³² Véase para ejemplos de las cinco categorías tipificadas por KINGSBURY el

4.2_. Clasificación de SCHMIDT-ABMANN.



Por su parte, SCHMIDT-AßMANN discierne cuatro tipos distintos de relaciones administrativas internacionalizadas o sectores de espacio global, en el entendido de que él mismo expone una definición de lo que entiende por internacionalización de las relaciones administrativas:

Por internacionalización de la Administración se entiende todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras. Dicha internacionalización se caracteriza, así, por una pérdida de territorialidad...

En este contexto, el profesor germano ofrece su clasificación de las relaciones administrativas internacionalizadas:

A. Formas de cooperación bilateral.

a) Las formas de cooperación bilateral se sustentan fundamentalmente en Tratado o Convenios entre los países. Estas formas se encuentran especialmente extendidas en el Derecho policial. Cita el maestro germano como ejemplo a la Ley de la policía federal alemana (*Bundespolizeigesetz*) la cual establece la posibilidad de espacios de acción en caso de actividades internacionales: los §§ 8, 64 y 65 habilitan a la policía federal no sólo a actuar en el marco de operaciones internacionales, sino también a intervenir, en casos concretos, en el extranjero, cuando sea necesario para proteger a personas de peligros ciertos para su vida o integridad física. A la inversa, funcionarios de otros Estados pueden asumir también funciones policiales en Alemania, cuando así lo prevean Tratados internacionales. Dichos funcionarios extranjeros podrán ejercer incluso potestades de autoridad; para

siguiente estudio: Costa Cevallos, M. A. (2020). *Los espacios administrativos globales, legitimidad y eficacia de sus regulaciones. Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, 5(15), 113-141.
<https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.344>



ello, como lo señala el jurista germano, la celebración del Tratado correspondiente requerirá la intervención de las Cámaras, según lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn (GG).

BREWER CARIAS, por su parte, presenta el ejemplo de INTERPOL, ente de administración pública global, cuyo objeto fundamental, tal y como reza el artículo 2 de sus Estatutos, es facilitar la cooperación internacional en materia policial a través de las fronteras, y apoyar y asistir a todas las organizaciones, autoridades y servicios cuya misión sea prevenir o combatir el crimen internacionalmente en relación con los delitos comunes o de derecho común. Su misión, conforme se declara en su Estatuto, se realiza siempre sujeta a por regímenes jurídicos:

1.- en primer lugar, en el marco del ordenamiento jurídico contenido en su propio Estatuto, en los reglamentos y en el Acuerdo de Sede;

2.-en segundo lugar, “dentro del espíritu de la Declaración Universal de Derechos Humanos” de las Naciones Unidas de 1948, lo que tiene particular importancia dado que la actividad de policía, esencialmente resulta en una restricción o limitación de los derechos de las personas; y en tercer lugar, “dentro de los límites de las leyes existentes en los diferentes países”.

De acuerdo con su propia normativa ,que conforma un derecho administrativo global, lo que caracteriza de manera focal y restrictiva la actuación de esta Organización, tal y como lo destaca BREWER CARIAS es que está esencialmente restringida a la cooperación internacional exclusivamente en materia de delitos comunes, estándole expresamente prohibido en el artículo 3 del Estatuto, cualquier intervención o actividades en relación con delitos de carácter político, militar, religioso o racial, de manera que los Estados Miembros no pueden utilizar la cooperación internacional que facilita para materializar persecuciones de carácter político, militar, religioso o racial, y solicitar de la misma que emita y ejecute órdenes de detención internacional contra sus nacionales por delitos que no sean de derecho común.

b) La cooperación administrativa se ha desarrollado también en el Derecho de la Seguridad Social (*Sozialrecht*), precisa SCHMIDT-AßMAN, sustentada igualmente en Tratados internacionales bilaterales los que constituyen el fundamento y el marco dentro del



cual los diferentes entes gestores de Seguridad Social se prestan asistencia (AmtshilfeIII) recíproca, intercambian datos y se relacionan directamente con sus asegurados, incluso cuando estos se encuentran en el territorio del otro Estado. c) Un tercer sector de referencia de las formas de cooperación bilateral lo ofrece el Derecho tributario internacional. El aspecto más importante sigue siendo, sin embargo, el de garantizar una interpretación y aplicación lo más uniforme posible de las reglas materiales de reparto por parte de las autoridades administrativas y judiciales de los Estados signatarios de dichos Tratados.

- B. Formas organizativas regionales.** Explica SCHMIDT-AßMANN que la internacionalización alcanza un nivel mayor de intensidad cuando la cooperación se articula a través de organizaciones propias, como comisiones fluviales, secretariados permanentes, sistemas centralizados de información y organizaciones internacionales dotadas de estructura propia. Las organizaciones forman su propia voluntad y se independizan de los Tratados que les sirven de fundamento. Pocas dificultades han generado, sin embargo, hasta el momento, las actividades transfronterizas de corporaciones territoriales locales y regionales, asumiendo funciones de planificación, de infraestructuras y de representación común. Muchas de estas actividades son, por ello, desarrolladas con los medios que ofrece el Derecho privado. Así, las 60 «Euroregiones» actuales han adoptado la forma de asociaciones privadas. El reconocimiento de potestades de autoridad propias de la soberanía en favor de tales organizaciones transfronterizas se encuentra previsto por Tratados internacionales marco y, en lo que respecta al Derecho constitucional alemán, resulta admisible en virtud del artículo 24.1. a) GG. Otro ejemplo citado por SCHMIDT-AßMANN es el caso de EUROPOL, la autoridad policial europea con sede en Ámsterdam que actúa sobre la base del Derecho internacional público y no del Derecho comunitario. Su función principal consiste en la recogida, procesamiento y transmisión de datos, sin que se le hayan atribuido todavía facultades operativas.
- C. Formas organizativas mundiales.** Las tareas administrativas desarrolladas por las organizaciones que actúan a nivel mundial son



todavía más difíciles de aprehender y delimitar. Dichas organizaciones tienen su fundamento en Tratados internacionales. Pero a menudo se trata de Tratados-marco de gran amplitud, que deben ser concretados de forma gradual en conferencias de los Estados firmantes y a través de órganos propios. Las instancias de resolución de conflictos de la Organización Mundial del Comercio (OMC/WTO) suministran ejemplos del tercer tipo de funciones. Organizaciones como el Banco Mundial sirven igualmente de ejemplo de este tipo de relación dado que desempeñan actualmente, junto a sus funciones políticas, un número considerable de actividades típicamente administrativas, dotadas de eficacia externa.

D. Redes informales de autoridades. Un cuarto tipo lo constituyen las redes informales que se han desarrollado, p. ej., entre distintas autoridades de control y regulación. Resulta paradigmático el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, con sus frecuentes directrices sobre aspectos importantes de la actividad bancaria (como la dotación de capital propio). Dicho Comité también ha fijado principios para una supervisión bancaria efectiva. Ningún país –al menos ninguno de los que integran el G-10– puede ignorar sus prescripciones. Pese a ello, no posee un estatuto formal de constitución ni un mandato vinculante.

5_. El Espacio Administrativo Global.

Todas las propuestas teóricas que tienen por objeto al Derecho Administrativo Global han asumido su pilar fundacional en la constatación de la dilución, de la evaporación de la línea tempo-espacial que separaba los ámbitos interno y externo de actuación de los Estados, regulados respectivamente por el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público. Esta dilución tiene su causa, por un lado, en el denominado proceso de internacionalización del Derecho Administrativo, propiciado por la forzosa apertura de los Estados hacia el exterior dadas las influyentes y poderosas fuerzas organizadas que han ido tejiendo un espacio global y, por otro lado, por el progresivo sometimiento de las organizaciones supra y transnacionales a los principios y presupuestos axiológicos propios del Derecho Administrativo.



Esta “interpenetración”³³ y acrisolamiento de los ordenamientos nacionales y supranacionales se sincretiza en un espacio dinámico global que supera la capacidad de sistematización y categorización del Derecho Público Internacional clásico.

Vista esta nueva arquitectura de la gobernanza supraestatal disciplinada por un Derecho Administrativo Global todavía en plena adolescencia, cuyo objeto y finalidad es:

...el funcionamiento de principios existentes o posibles, de reglas procedimentales, de mecanismos de revisión y de otros mecanismos relativos a la transparencia, participación, toma de decisiones razonadas y a garantizar la legalidad en la gobernanza global...³⁴

Por ello, el GAL, en sus diversas manifestaciones organizativas y regulatorias, se desenvuelve en un espacio que le es propio pero que se solapa en muchas ocasiones con el tradicionalmente ocupado por el Derecho Internacional.

Sin embargo, a tono con KINGSBURY³⁵, y frente a la dicotomía representada por el espacio interno en el que se desenvuelve el Derecho Administrativo nacional y sus políticas domésticas, por una parte, y por la otra, la coordinación interestatal de la gobernanza global, se presenta hoy en día una simbiosis o vasocomunicancia entre la intensa actividad regulatoria global y su incorporación y asimilación por los ordenamientos internos estatales, al punto de que la producción normativa de Derecho Administrativo en esos ordenamientos, entre otras disciplinas, se encuentra fuertemente incidida, afectada y sometida a prescripciones provenientes de la regulación global. Sólo piénsese en los sectores bancarios, telecomunicaciones, medio ambiente, etc.

De modo que, la estrecha imbricación entre los dos espacios, da por resultado real la existencia de un espacio multifacético y plural en el que conviven ambos órdenes y que es el espacio del Derecho Administrativo global³⁶.

³³ M. Mercé, Darnaculleta, ob cit, p. 16.

³⁴ Ídem, p. 16

³⁵ Ibíd., p. 8

³⁶ Esta noción fue propuesta inicialmente por S. CASSESE (2002), «*Lo spazio giuridico globale*», Rivista trimestrale di Cassese (2012) *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Press, Sevilla, pág. 175. Véase: Cassese, S. (2002) *Lo spazio giuridico globale*, In “*Rivista trimestrale di diritto pubblico* Nº 2. Págs. 323-340;

DARNACULLETA, M. Mercé, ob cit, p.17



Esta noción fue propuesta inicialmente por S. CASSESE (2002), «*Lo spazio giuridico globale*», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, en un intento de fundamentar la existencia de un ordenamiento jurídico global. Si bien es cierto que, como se expondrá con mayor detalle, la existencia de un ordenamiento³⁷ jurídico global es discutible y discutida, no puede negarse la existencia de un espacio jurídico global, entendido como “...*a mosaic of legal systems, with different layers (local, national, regional, global) and a plurality of sectorial regulatory regime*”.

6_. Los Principios que Rigen al Derecho Administrativo Global.

El gran reto que tiene planteado el Derecho Administrativo Global es responder pragmáticamente a la pregunta de cómo lograr una Gobernanza Global³⁸, no solamente eficiente en su actividad administrativa, sino respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en el marco axiológico y finalístico de los principios que conforman el Estado de Derecho y la primacía aplicativa de la *Rule of Law*.

Agregado a lo anterior, hay que decir que el reto se extiende a indagar las formas en que el Derecho Público puede sustentar y regular la constitución y ejercicio de una autoridad pública internacional, ya no solo ligada o identificada con las administraciones públicas estatales sino, incluyendo también la autoridad espontánea que pueden ejercitar actores privados o redes de actores privados que igualmente desarrollan regulación normativa, por ejemplo en materia de estandarización y normalización e igualmente en el campo regulatorio de las denominadas normas prudenciales propias de los ordenamientos sectoriales financieros, es decir, bancarios, bursátiles y seguros.

El otro problema fundamental que presenta la aceptación y ejercicio de la Gobernanza Global fundada en el Derecho Administrativo Global es el tema de la legitimidad de ciertas decisiones, funciones o actuaciones públicas globales,

³⁷ Cassese, S. (2012) “*The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law.*” Global Press. Sevilla. Pág. 17

³⁸ Los orígenes del término “gobernanza global” pueden rastrearse germinalmente hasta Rosenau, James N., “*Governance, Order, and Change in World Politics*”, en Rosenau, James N. y Czempiel, Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government*, 1992; Kooiman, Jan, “*Findings, Recommendations and Speculations*”, en id. (ed.), *Modern Governance: New Government-Society Interactions* 249, 1993. El concepto de “gestión de los asuntos públicos” o “*governance*” se adopta teniendo su paternidad originaria en la economía. Véase Williamson, Oliver E., “*The Economics of Governance: Framework and Implications*”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1984.



provenientes de autoridades o simplemente de actores o redes de actores privados, y las cuales se imponen a los ciudadanos en el ámbito de sus diversas esferas de libertad o, inclusive, se imponen a las autoridades nacionales para ser aplicadas o incorporadas a los presupuestos de la actividad administrativa que tienen atribuida competencialmente. ¿Cómo debe explicarse bajo los principios del Derecho Público Internacional o Administrativo la gestión pública y global ejercitada por actores privados y que se extiende, permea y aplica de manera supraestatal al conjunto de los ciudadanos que desarrollan la actividad específica objeto tutelar de tal gestión?

También de manera insoslayable, la carencia de una tutela judicial global y de garantías procesales o procedimentales en el ámbito global pudiera favorecer la afectación gravosa de derechos fundamentales o individuales.

Tal y como lo señala RODRIGUEZ-ARANA, el Derecho Administrativo Global parte de una concreta experiencia histórica de gobierno centrada en el siglo pasado en los EEUU como consecuencia del modelo del Estado regulador, fórmula de retracción hoy incorporada a muchos países de ordenamientos jurídicos continentales³⁹. De hecho según BALLBE, la globalización que ha germinado en el Derecho Administrativo combina un componente de regulación de las actividades económicas de interés general y un elemento de naturaleza social producido por la movilización de los enfoques comunitarios y su reelaboración y traducción en directrices y pautas regulatorias.

Podría decirse que se trata al final de un coctel de neoliberalismo más iniciativas sociales, como resultado de la acción del Derecho Administrativo Estadounidense de buena parte del siglo pasado⁴⁰. La influencia del Derecho Público Norteamericano en la actividad de regulación económica europea y en Latinoamérica ha sido evidente⁴¹. El modelo de agencias autónomas se ha

³⁹ Rodríguez-Arana, J. (2009) El Derecho Administrativo Global: un derecho principal En "Revista de Derecho Público n. 120." Caracas D.F., Venezuela. p. 9

⁴⁰ Ballbé, M. (2007) "El Futuro del Derecho Administrativo en la Globalización: Entre la Americanización y la Europeización", RAP N° 174. Diciembre. Madrid, España.

⁴¹ En su estudio, Ballbé perfila la afirmación tajante de que "Para comprender la globalización jurídica en la que estamos inmersos es ineludible estudiar el modelo norteamericano de Estado administrativo y regulador (tardíamente creado en el siglo XX), así como el funcionamiento y la armonización interna entre los 50 Estados y Washington, porque, hasta cierto punto, la Unión Europea y la globalización se inspirarán en él. La globalización es en gran parte un producto de la americanización, que ha extrapolado su modelo administrativo y regulador a todo el mundo. Hay que reconocer que, asimismo, existe una globalización-europeización en el sentido de que muchas de las reformas y procesos de integración regional y global tienen muy en cuenta la experiencia de la Unión Europea, puesto que se vislumbra más la unión entre Estados independientes que la de los 50 Estados de la Federación norteamericana..." Vid: "El futuro del Derecho Administrativo..."

importado y en los sectores de la energía, las telecomunicaciones o de los valores, por ejemplo, existen en múltiples países de la UE agencias autónomas o independientes que se solapan y superponen a las competencias tradicionales de los ministerios y de las fórmulas organizacionales de las administraciones públicas tradicionales del Derecho Administrativo Continental.



RODRIGUEZ-ARANA destaca que, mientras que en los EEUU la Administración pública nace en forma de agencias⁴² y, son, por ello, entes

⁴² La relación existente entre la intervención pública en la vida económica y la aparición de Agencias Regulatoras Independientes coincide con la política intervencionista del Presidente F. D. Roosevelt en la década de los treinta. Frente al dogma liberal clásico de la neutralidad de los poderes públicos en materia económica, los ideólogos del *New Deal* afirmaron la necesidad de una acción positiva e interventora del Estado, intervención que llevarían a cabo las Agencias Regulatoras Independientes, consideradas inmunes a toda influencia política y dotadas de una gran especialización técnica, las que estaban llamadas a transformar la sociedad estadounidense.

Las Agencias Independientes presentarían otras dos ventajas añadidas, como lo ha precisado POMED SANCHEZ. En primer lugar, al tratarse de órganos de la Federación, no se ven constreñidas por los frenos e insuficiencias que aquejaban a los Estados. Por otra parte, representan una cierta superación de la división horizontal de poderes, puesto que se trata de instancias que, ejerciendo funciones de tipo normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos, permitían al Gobierno federal aplicar un programa político de vastas dimensiones.

La independencia de las Agencias quedó reafirmada y definitivamente asentada, con la célebre Sentencia *Humphrey's Executor V. U.S.*, de 1935. En dicha Sentencia, el Tribunal negó la pretensión de cese de un miembro de la Comisión Federal de Industria, que había sido nombrado por el Presidente republicano E. HOOVER y que se mostraba desafecto a la política del nuevo Gobierno.

En los años siguientes a la Sentencia *Humphrey's* se crean más de diecisiete Agencias Independientes. Así, se constituyeron el Fondo Federal de Garantía de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation*), la Comisión de Títulos y Cambio (*Securities and Exchange Commission*), encargada de disciplinar la actividad de los mercados de valores, la Oficina Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*), la Oficina de la Seguridad Social (*Social Security Board*) y, finalmente, se reformó la Ley de la Reserva Federal, a fin de dotar a este órgano de mayores competencias y de fortalecer su independencia.

Las agencias independientes nacen como producto de una consagración constitucional que no primaba la separación estanca de los poderes públicos entre sí. Así, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, si bien asignó a cada rama del poder público una función propia y connatural, es decir, la legislativa, judicial y ejecutiva, sin embargo, omitió cualquier declaración expresa que prohibiera la concentración de funciones públicas de diversa naturaleza en una misma autoridad, razón por la cual, algunos estudiosos han expresado que la teoría clásica de la separación de poderes, acogida por esa constitución constituyó una formulación jurídicamente inacabada e incompleta. Sin embargo, por obra de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, la teoría fue evolucionando hasta abrirle paso al principio de equilibrio entre los poderes y de reciproca influencia entre ellos, conocido hoy como el principio de checks and balances o equilibrio de poderes, que se considera hoy, propio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y que constituye un presupuesto fundamental del sistema de administración por agencias independientes y de su marco constitucional.

En 1887, se creó la primera agencia administrativa independiente federal en la figura de la *Interstate Commerce Commission (ICC)*, como administración competente en el ámbito federal, para regular y supervisar el funcionamiento del sector ferroviario, habilitada competencialmente con facultades que la doctrina calificaría inmediatamente como cuasilegislativas y cuasijudiciales. Este modelo surge como algo totalmente novedoso en donde el acento funcional y competencial estaba puesta en su verdadera independencia y autonomía respecto a los poderes públicos y en particular respecto al ejecutivo, además de su notoria atribución regulatoria; luego de lo cual fueron creadas, otras AAI, como *la Federal Reserve System (1913)*, *la Federal Trade Commission (1914)*, *la Federal Radio Commission (1927)*, *la Federal Power Commission (1930)*, *la Securities and Exchange Commission (1934)*, *la Federal Communications Commission (1934)*, *la National Labor Relations Board (1935)*, *la United States Maritime Commission (1936)* y *la Civil Aeronautics Board (1938)*.

La real y material independencia técnica de las AAI, genero casi inmediatamente una reacción en las altas esferas de los poderes dirigida a pregonar su inconstitucionalidad por constituir un poder al margen de todo tipo de control por cualquiera de los otros poderes públicos. Ello se debió, como lo apunta FERNANDEZ ROJAS, a los tres elementos que, en su conjunto, parecían amenazar el orden constitucional:

- la escasa responsabilidad política por sus decisiones;

- su atomización en múltiples centros de decisión y;
- la potestad para actuar al margen de la orientación política del gobierno.

Casi inmediatamente a su nacimiento, las AAI se vieron confrontadas por el rechazo y la hostilidad del Poder Ejecutivo frente a ellas, intentando someter y subordinar a las AAI, a la categoría de agencias ejecutivas, dado que, en muchos casos se convertían en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental.

La célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, fue la primera en pronunciarse a favor de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias o administraciones independientes. La destitución del director de la *Federal Trade Commission* (FTC), William F. Humphrey, fundada en su negativa reiterada a someterse a la política presidencial, dio lugar a que, tras su fallecimiento, el albacea administrador de su herencia intentara ante los tribunales un proceso civil declarativo contra la administración federal, exigiendo los salarios dejados de percibir desde su destitución, al haber sido cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de la agencia. La Suprema Corte, emitió por unanimidad la sentencia que se convertiría en el pilar protector a favor de la legitimidad constitucional de las AAI. Ya la sentencia *Myers vs. United States* de 1926 había sostenido la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente de los Estados Unidos remover libremente de sus cargos a los *executive officers*, y permitió a la Suprema Corte afirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la administración. Esta sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia *Humphrey's Executor vs. United States* de 1935, preciso y delimito el alcance de aquélla, al sostener que, en ciertos casos, el poder presidencial de remoción podría verse seriamente limitado legalmente, en particular las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, sin que ello significara trasgredir el orden constitucional, cuando dichas administraciones desempeñasen además, funciones de naturaleza cuasilegislativa regulación o cuasijudicial resolución de conflictos técnicos y jurídicos.

El temprano informe *Brownlow* de 1937, realizado bajo la administración ROOSEVELT, fue quizás junto a los informes HOOVER lo más agresivo que se haya elaborado por los partidarios de las tesis unionistas contras las AAI. En el caso del informe *Brownlow*, este concluye, definiendo las AAI como “una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional”. Los informes elaborados por representantes del gobierno federal y funcionarios del ejecutivo se multiplicarían los años subsiguientes, como fue el caso de los informes, de Ash (1971), Grace (1983) y Gore (1993), por mencionar solo algunos, informes estos que insistirían duramente en la inconstitucionalidad y en la inconveniencia de mantener el sistema de administraciones independientes como órganos no sujetos o adscritos al ejecutivo federal. Lo más paradójico es que un cúmulo jurisprudencial que cubría varios años reconocía al Presidente atribuciones cuasilegislativas y cuasijudiciales, por lo que objetar la legitimidad y la constitucionalidad de las AAI por ostentar tales atribuciones es una supuesta ruptura del sistema de tripartición de los poderes públicos clásicos, resultaba un débil argumento. De esta forma, las sentencias sentadas en los casos, *Field v. Clark* (1892), *United States v. Grimaud* (1911), *Myers v. United States* (1926), *J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States* (1928), y *Yakus v. United States* (1944), ya habían declarado constitucionales varias leyes que otorgaban al presidente de los Estados Unidos atribuciones cuasilegislativas y cuasijudiciales.

Pero la independencia de las agencias administrativas comienza a ser reinterpretada y redelimitada a partir de la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, dictada en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C. la cual comienza a abrirle camino a un nuevo criterio enraizado igualmente en la constitución de 1787 y que descansa en el también clásico principio constitucional del *checks and balances*, contenido desde antiguo en la Constitución de 1787. La aplicación de este criterio para justificar la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes, demostró su efectividad en 1993, cuando el Congreso de los Estados Unidos, con mayoría parlamentaria del Gobierno negó la modificación y supresión de algunos aspectos esenciales de algunas AAI, bajo el argumento de que tal reducción efectiva de la autonomía de las AAI podría derivar en una concentración inconstitucional de facultades a favor del ejecutivo.

De modo que, hoy en día las AAI se sostienen legitimadas por este principio y su interpretación jurisprudencial del *check and balances*, el cual ha propiciado una serie de reformas, sobre todo en las últimas dos décadas del siglo XX, y las cuales han dimanado tanto de la actividad parlamentaria, judicial y administrativa, intentando y logrando equilibrar la situación del Presidente y mecanismos de tutela o control sobre las AAI. Así, el Congreso, poder modelador precisamente del sistema de administración por agencias independientes, consolidó en las últimas décadas dos reformas fundamentales: la primera de ellas es el multiplicado otorgamiento de competencias de naturaleza cuasilegislativa y cuasijudicial en torno al presidente, especialmente a través de sus agencias ejecutivas; Y la segunda, ha sido la eliminación de algunas administraciones independientes que se consideraban fundamentales e intocables como la *Civil Aeronautics Board* (CAB), cuyas funciones fueron reasignadas al *Department of Transportation*, o la *Interstate Commerce Commission* (ICC).

En el mismo orden de ideas, el Poder Judicial ha reformulado sus criterios flexibilizando sus ideas respecto a la relación que debe existir entre el Presidente y las AAI, admitiendo una reducción en la realidad de la autonomía de las AAI y contribuyendo al rediseño de la institución a lo largo de los últimos treinta años, gracias a una creciente



colegiados, en España y en los principales países de inspiración napoleónica, junto a la clásica estructura ministerial centralizada con órganos de dirección unipersonales, aparecen ahora, en muchos casos con una sospechosa coincidencia competencial, los nuevos entes reguladores⁴³. La aparición de las Administraciones Independientes en el catálogo del Derecho público español constituye, en primer término, un fenómeno vinculado a la evolución del régimen jurídico de las personificaciones instrumentales. Por cuanto que, en el caso de las Administraciones Independientes, se les ha atribuido un Derecho estatutario propio sobre la base de la concesión a las mismas de personalidad jurídica propia, que deroga el régimen general de los entes institucionales.

Las Administraciones Independientes, por contraposición a los órganos independientes, no surgen para resolver conflictos, sino para ordenar determinados sectores de la vida pública. Desde esta perspectiva, la aparición de una serie de Entes de Derecho público a los que se atribuye la denominación genérica de Administraciones Independientes — Ente Público Radio-Televisión Española, Consejo de Seguridad Nuclear, Banco de España, Comisión Nacional

preocupación por amparar al gobierno en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Por una parte, se han flexibilizado los criterios respecto a los presupuestos legales que obstaculizaban al Presidente para remover los altos directivos de las agencias independientes, criterios estos que germinaron a partir de las sentencias dictadas en los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, las cuales se preocupan por preservar y salvaguardar, con rango de primacía, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes. La segunda reforma o cambio de criterio construido por la jurisprudencia es la definición de los motivos y causas para la atenuación de la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las administraciones independientes, ha significado que las causas legales, que hacen procedente el ejercicio de la potestad de remoción, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse multiplicadas análoga y extensivamente por la interpretación jurisprudencial, entre las cuales resalta como causal la repetida y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las AAI.

En el caso de las reformas administrativas, curiosamente la reducción o transformación de la independencia en autonomía, es decir, la aceptación de vínculos de subordinación administrativa- parcial, el replanteamiento y la reconceptuación que vienen sufriendo las AAI, sobre todo en sus relaciones con el ejecutivo, las mismas agencias independientes han aceptado someterse voluntariamente a las *Executive Orders* gubernamentales. Como lo destaca Fernández Rojas, *“el acatamiento manifestado voluntariamente por las AAI que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas Executive Orders, lo cual supone un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes, y significa un paso —desde el punto de vista de las tesis unionistas— hacia la consolidación de la supremacía administrativa del gobierno. Esta transformación, que se ha ido gestando gradualmente, se manifiesta sobremanera a partir de las importantes Executive Orders proferidas por los gobiernos REGAN y CLINTON, cuyo objeto ha sido exigir a las AAI, un mínimo de acatamiento a las políticas públicas promovidas desde el gobierno, así como una mayor coordinación entre las diversas políticas adelantadas por un nutrido número de administraciones independientes”*. Al respecto véase: FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel (2003): *La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América*, Universitas, núm. 106, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, pp. 177-205. Igualmente pueden consultarse: BILBAO UBILLOS, Juan María (1999): *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*, Universidad de Valladolid, AFDUAM 3, pp. 163-181. SANCHO, David (2003) *Regulación y agencias reguladoras independientes: elementos clave para la consolidación de su diseño institucional* Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. España.

⁴³ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime: *El Derecho Administrativo...*p.15



del Mercado de Valores y Agencia de Protección de Datos— representa un curioso hito constituido por el deseo de escapar a la regulación del Derecho administrativo, por lo menos local⁴⁴ y diríase que más bien, se busca escapar de los controles propios de una administración pública jerarquizada y abstraer su actividad administrativa a un plano supranacional.

Las diversas corrientes y escuelas que vienen estudiando y abonando la construcción del derecho administrativo global como una disciplina, han propuesto diversos catálogos axiológicos que serían adecuados, eficientes y suficientes para regir tanto la actividad administrativa que desarrollan las instituciones y las administraciones globales, así como las interrelaciones de estas instituciones entre si y sobre todo en su incidencia sobre los ciudadanos. Ello es consecuencia de la necesidad insoslayable de trasladar las exigencias del Estado de Derecho a la globalización jurídica y, en particular, los presupuestos aplicativos y constitutivos de la *Rule of Law* proveniente del derecho Anglosajón y de su influencia en el espacio global regulatorio.

CONCLUSIONES

La “virtualización” de las relaciones humanas y la consecuente transformación de las relaciones tiempo/espacio han provocado y están provocando la mutación de instituciones fundamentales vinculadas a la posesión, el ejercicio y destino del poder público.

El ascenso del neoliberalismo con su recetario de técnicas de retracción del Estado -privatización, despublificación, renuncia a la opción de la nacionalización, de la reserva, de la expropiación y de la publificación de bienes y servicios- ha generado una ruptura del Estado y de su principal soporte legitimante como lo es la soberanía. La tendencia del Derecho comunitario europeo a crear autoridades reguladoras independientes y fortalecer su

⁴⁴ Puede consultarse al respecto: García, E.-Fernández, T.R. (1989) “*Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.*” Civitas. Madrid, España. Págs. 406 y ss.; Santamaría, A. (1988) “*Fundamentos de Derecho Administrativo.*” CEURA. Madrid, España. pág. 1 190; Parada, J.R. (1997) “*Derecho Administrativo II. Régimen Jurídico de la Actividad Administrativa. tomo II.*” Págs. 212.; G. Ariño, G. (1974) “*La Administración Institucional (Bases de su Régimen Jurídico).*” Instituto de Estudios Administrativos (IEA). Madrid, España. Págs. 234 y ss.; Martín-Retortillo, S. (1994) “*Las Empresas Públicas: Reflexiones del Momento Presente,*” En Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo / coord. por Alfonso Pérez Moreno; Manuel Francisco Clavero Arévalo (hom.), Vol. 2 . págs. 64 y ss. (111) Vid. Clavero, M.F. (1958) Personalidad Jurídica, Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas, En “*Documentación Administrativa*, núm. 58.” Págs. 13 y s.



autonomía, no solo, produce tensiones de diversa índole derivadas de un alejamiento del principio jerárquico y de la legitimación parlamentaria en los Estados miembros”. Los tiempos del Estado-Nación, del espacio estatocentrico, como los conocemos, parecen estar llegando a su fin e igualmente se encuentra seriamente controvertido el derecho público, y ambos, Estado-Nación y derecho público parecen estar dispuestos a claudicar y no a transformar. Si ello es así, nos encontramos ya frente a un Estado Hueco.

La “liberación” de las fuerzas del mercado a su propia dialéctica, y un cierto y extendido discurso deslegitimador de lo público, han colocado a los mercados por encima de los Estados en la medida en que ha dado a luz relaciones nuevas entre la autoridad y los actores públicos y privados capaces de generar redes y sistemas normativos que ya no nacen, por tanto, en los Parlamentos sino, desde la supraestatalidad se imponen a los Gobiernos y a los ordenamientos internos. Se trata de una “coactividad” normativa producida muchas veces por la conjunción de estos actores, pero en otras ocasiones, solo por los actores privados. Tal circunstancia configura un “déficit democrático” en tanto, estos actores privados no responden causalmente a la idea de haber sido elegidos por los ciudadanos, o designados por los elegidos por los ciudadanos, serio problema de legitimidad que se encuentra en pleno curso.

Hay por tanto, “un derecho del Estado sin Estado”, es decir, un derecho público que históricamente ha sido el derecho del Estado, en tanto, traduce la fórmula jurídica de organización de sus administraciones públicas, en cada uno de los poderes, y que ahora nace en el espacio administrativo global y, quizás lo más asombroso, se trata de un derecho administrativo global cuya generación normativa corre a cargo no solo de los actores públicos, sino también a cargo de redes, grupos, ONGs privadas que formal o informalmente, crean derecho público. De modo que, el concepto del derecho público y específicamente la noción del derecho administrativo está cambiando radicalmente.

En el mismo sentido, la noción de Administración Pública se ha venido transformando y redimensionando para allanarse a una reestructuración que sustituya el principio de jerarquía vertical y de gradación en cascada de ejercicio de la autoridad, por una “horizontalización” de las relaciones entre funcionarios y actores privados, quienes cada vez más, no solamente son los receptores de las decisiones y de las políticas públicas, para pasar a ser conformadores de tales



decisiones y políticas. Viene gestándose así, la Gobernanza global que incluye la llamada autoridad privada como parte de los mecanismos de formación de las decisiones y políticas públicas.

Como lo ha repetido incansablemente M. MERCÉ DARNACULLETA I GARDELLA, el procedimiento administrativo, “en su concepción más clásica”, está diseñada para “la obtención y la gestión de la información necesaria para despejar incertidumbres en la toma de decisiones públicas”, no obstante que hoy “el conocimiento experto se encuentra principalmente a extramuros del Estado” y, además, no se halla nacionalmente acantonado. Ello, precisa la autora, ha llevado a una autorregulación que, es cada vez más internacional, y cuyos contenidos - los estándares- tienen “efectos vinculantes de facto”. La autora pone sobre la mesa el déficit, que ahí se embosca, no hay “control ni responsabilidad alguna” y reclama, a modo de garantía para los destinatarios y para el interés general, la aplicación, por vía de extensión, del instrumental que ha ido gestándose en los Derechos Administrativos nacionales.

Transformación nada sencilla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño, G.** (1974) *La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, págs. 234 y ss.
- Ballbé, M.** (2007) «El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP*, 174, Madrid, págs. 215-276.
- Barnes, J.** (2015) “La Transposición de Valores Públicos a los Agentes Privados por Medio de Elementos de Organización y de Procedimiento”. [w.researchgate.net/publication/310281014_La_transposicion_de_valores_publicos_a_los_agentes_privados_por_medio_de_elementos_de_organizacion_y_de_procedimiento](https://www.researchgate.net/publication/310281014_La_transposicion_de_valores_publicos_a_los_agentes_privados_por_medio_de_elementos_de_organizacion_y_de_procedimiento)
- Bevir, M.** (2007) Hollow State. En Mark Bevir (ed.), “*Encyclopedia of Governance.*” Thousand Oaks, California–London, United Kingdom–New Delhi, India: Sage, 418–419.
- Brewer-Carias, Allan R.** (2009): *El derecho administrativo global en materia de cooperación policial y el procedimiento administrativo global desarrollado ante interpol, como administración global, para la protección de las personas*, Documento preparado



para el Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, sobre “Derecho Administrativo Global” organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey.

Bobbio, Norberto (1992): *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, FCE, México.

Brinton H. Milward, Keith Provan y Barbara Else (1993): *La Gestión Pública. Su situación actual*” Bozeman, Barry (Coordinador). Fondo de Cultura Económica. México, Bajo el título de *¿Qué es el Estado Hueco?*, perteneciente a la Parte Séptima (Formulación de Políticas y Gestión Política), capítulo XX de dicho manual.

Candado, A. (2006) *La Ampliación del Contenido Material del ius Cogens*.

Candado, A. (2005) “*International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*”, 316 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, caps. VII-XI, pp. 203-333.

Carotti, B.-Casini, L. (2008) “*A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet*”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione.

Casini, L. (2008) “*Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)*”, en *Global administrative law: cases, materials, issues*, 2ª ed., New York, Institute for International Law and Justice of New York University School of Law e Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione.

Costa, M. A. (2020) “*Los Espacios Administrativos Globales, Legitimidad y Eficacia de sus Regulaciones, Derecho Global, Estudios Sobre Derecho y Justicia*” [online]. vol.5, n.15 [citado 2021-11-06], pp.113-141. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S244851362020000200113&lng=es&nrm=iso>. Epub 04-Ago-2020. ISSN 2448-5136. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.344>.

Darnaculleta, M. M., J. Esteve Pardo e I. Spiecker Gen. Döhmman (coords.), “*Estrategias del Derecho ante la Incertidumbre y la Globalización.*” Marcial Pons, Madrid, España. Págs. 281-311. 3 J. C.

García de Enterría, E. y Fernández, T.R. (1989) *“Curso de Derecho Administrativo, Tomo I.”* Civitas, Madrid, España.

García de Enterría, E. y Muñoz, S. (1986) *“Tratado de Derecho Comunitario Europeo.”* 2 ts. Editorial Civitas. Madrid, España.

García, M. (1991) *“Obras Completas, Tomo II, El Estado Contemporáneo y sus Transformaciones.”* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

González, J.V. (2004) *“Globalización Económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: Presupuestos de una Relación.”* RAP. 164. págs. 7-40.

Harvey, D. (1989) *“Breve Historia del Neoliberalismo.”* Páginas personales UNAM. Biblioteca virtual.

Harvey, D. (1989) *“The Condition of Posmodernity.”* Oxford, Basil Blackwell. (Ed. Cast. La Condición de la Posmodernidad, Buenos Aires, Amorrortu, biblioteca virtual.

Hennebel, L. (2012) *“Penser le droit administratif global. Scepticisme, idéalisme et pragmatisme”*, en Bories, Clémentine (ed.), *Un droit administratif global? A global administrative law?*, Editions Pedone, París.

Hernández, J.I. (2020) *“El Derecho Administrativo Global como Fuente de Derecho en el Arbitraje Internacional de Inversiones. Hacia un Ius Constitutionale Commune,”* 3/20 Preprints series of the Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and the Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective. Published in L. Arroyo, I. Martín, P. Meix (Dirs.), *Derecho público global. Fundamentos, actores y procesos.*

Isaac, G. (1996) *“Manual de Derecho Comunitario General.”* traducción de la 4ª ed. francesa, Barcelona, Editorial Ariel. Madrid, España.

Merkel, A. (2004) *“Teoría General del Derecho Administrativo.”* Comares. Granada, España.

López-Jacoiste, M. E. (2019) *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: Algunas Reflexiones Constitucionales a la Luz del Caso Kadi.* <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/31234>

Mcluhan, M. (1998) *“La Galaxia Gutenberg.”* Aguilar. Círculo de Lectores, Barcelona.

Olivares, J.U. (2015) *“La Llamada Crisis del Modelo de Estado de Bienestar: Reestructuración y Alternativas.”* Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, España.



Olmos, C. y Rodrigo SILVA (2011) “El Desarrollo del Estado de Bienestar en los Países Capitalistas Avanzados: Un Enfoque Socio-Histórico. *Revista Sociedad y Equidad.*” (1). doi:10.5354/0718-9990.2011.10599 p. 8.

Parejo, L. (2009) “El Concepto de Derecho Administrativo.” 2ª Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Pomed Sánchez, Luis Alberto (1993): *Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes*, RAP no. 132, Madrid,p

Puigpelat, O. M. (2004) “Globalización, Estado y Derecho. *Las Transformaciones Recientes del Derecho Administrativo.*” Thomson-Civitas. Madrid, España.

Rodríguez-Arana, Jaime (2011): *Los principios del Derecho global de la contratación pública.* Derecho PUCP [en línea]. 2011, (66), 29-54 [fecha de Consulta 1 de Noviembre de 2021]. ISSN: 0251-3420. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656149003>.

Rodrigues, L. (2013) *El Derecho Administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del Derecho Administrativo*, en “Estudio publicado en Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz.” Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. México D.F., México.

Somek, A. (2010) “Administration Without Sovereignty”, en Dobner, Petra & Loughlin Martin (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford University Press, Oxford; Krisch, Nico, “Global governance as public authority: an introduction”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Consultado por internet.

Teubner G.-Golia, A. Jr (2021) Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrec: *El constitucionalismo social: una década de fragmentos constitucionales.* REDCE número 35, enero-julio, Madrid. Consultada por internet.

Trevino, J. A. (2011) *Gobernanza en la Administración Pública. Revisión teórica y propuesta conceptual.* *Contad. Adm* [online]. 2011, n.233 [citado 2021-10-21], pp.127-153. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-10422011000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0186-1042.

Turuhpial, H. (2021) “La Actividad Administrativa.” CIDEP. Caracas D.F., Venezuela.

Ubasart-Gonzalez, G.-Minteguiaga, A. (2017) “Esping-Andersen en América Latina: El estudio de los regímenes de bienestar.” *Polít. gob* [online]. vol.24, n.1



[citado 2021-09-15], pp.213-236. Disponible en:
<http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372017000100213&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1665-2037.

Von A. Bogdandy, P. Dann y M. Goldmann (2010) «*El Derecho Público Internacional como Derecho Público: Prolegómeno de un Derecho de los mercados financieros*», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Iustel, Universidad de La Rioja. Madrid, España.