

**ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL MARCO DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO GLOBAL.**

-Estudio de casos-

JESÚS HERNANDO AMADO ABRIL

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURIDICAS
BOGOTA, D.C.
2018**

**ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL MARCO DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO GLOBAL.**

-Estudio de casos-

JESÚS HERNANDO AMADO ABRIL

DIRECTOR

JOSÉ RORY FORERO SALCEDO

**UNIVERSIDAD LIBRE
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURIDICAS
BOGOTA, D.C.**

2018

*A Maritza, Juan David y Sergio Paulo, quienes bajo la protección de DIOS
constituyen la esencia de mi existencia; a ellos está dedicado lo que de acá
pueda contribuir al fortalecimiento de la academia.*

AGRADECIMIENTOS

Un especial reconocimiento de gratitud a mi casa de estudios, la Universidad Libre de Colombia, la que siempre ha estado presente en el trasegar de mi vida.

A mi director de tesis, Dr. José Rory Forero Salcedo, a quien tengo la fortuna de conocer desde hace ya varias décadas en la práctica profesional y académica de esta noble profesión.

A quien fue mi profesor y ahora mi Maestro y amigo, Hernán Felipe Prieto Bernal.

A mi asistente de investigación Camilo Andrés Barrera Soler.

RESUMEN

El Derecho administrativo global ha surgido en nuestro medio como una posición jurídica que permite entender las distintas formas de administración global y los impactos generados por estas. Desde la óptica de construcción del mismo, planteamos una lectura paralela de la teoría clásica del surgimiento del Derecho administrativo y la olvidada teoría de la Administración Pública, como punto de partida, ya que no es posible asumir el estudio de esta amplia y difusa disciplina jurídica, desconociendo la esencia real de su existencia, ahora ampliada al espacio supraestatal. Es en este momento cuando debemos preferir la integralidad del mismo, incluyendo una novedosa y necesaria lectura, producto de las dinámicas que plantean actores externos a los propios estados, lo que permite la inserción de una visión más allá de lo nacional recogida en el Global Administrative Law –GAL-, el que está llamado a responder a varias de las preguntas actuales sobre la legitimidad o legalidad de un sin número de actuaciones o acciones que se presentan por parte de las instituciones, organizaciones o entidades de múltiple naturaleza jurídica, dentro de un esquema conceptual fundado en la gobernanza global, cuyo campo de acción lo encuentra en un único espacio administrativo-jurídico global. Así las cosas, tenemos que situar la aparición del GAL, analizar sus fundamentos, conceptos y principios con las teorías norteamericanas e italianas, sin dejar de lado las apreciaciones que emiten algunos pensadores y doctrinantes al respecto. Por último, escogimos dos casos de transcendencia local y global, sobre los cuales vertimos las teorías estudiadas para, en uno de ellos arribar a una conclusión diferente a la conocida en nuestro medio, y con el otro, elaborar un esquema novedoso de análisis desde la interpretación global de actuación. Finalmente comprendemos que esta postura, aún en construcción, debe nutrirse a partir de la interdisciplinariedad académica para ser llevada a la práctica del ejercicio del Derecho.

Palabras claves

Derecho supranacional, administración diseminada, actores globales, gobernanza global, espacio jurídico global, principios del GAL.

ABSTRACT

The Global Administrative Law has emerged in our environment as a legal position that allows us to understand the different forms of global administration and the impacts generated by them. From the construction perspective of the same, we propose a parallel reading of the classical theory of the emergence of administrative law and the forgotten theory of public administration, as a starting point, which is impossible to examine this information and diffuse, ignoring the essence real of its existence, now extended to the supra-state space. It is at this moment when we should prefer the integrality of the same, including a novel and reading test, the product of the dynamics posed by actors external to the states themselves, which allows the insertion of a vision beyond the national recovery in the administrative world Law -GAL-, which is called to answer several questions about the legitimacy or legality of a number of actions or actions that are presented by institutions, organizations or entities of multiple legal nature, within a well-founded conceptual scheme in global governance, whose field of action is found in a single global administrative-legal space. So, we have to situate the appearance of the LAG, analyze its foundations, concepts and principles with the American and Italian theories, without neglecting the assessments made by some thinkers and doctrinants about it. Finally we chose two cases of local and global transcendence, on which the vertices studied the theories, in one of them to arrive at a conclusion different from the one known in our environment, and with the other, to elaborate a novel scheme of analysis of the global issue of action. Finally, we understand that this position, even in construction, must be nourished by academic interdisciplinarity in order to be taken to the practice of law practice.

Key words

Supranational law, disseminated administration, global actors, global governance, global legal space, LAG principles.

CONTENIDO

	pág.
RESUMEN.....	5
PRESENTACIÓN	12
INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN	22
1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y EPISTEMOLOGICOS DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.2 HIPÓTESIS.....	24
1.3 JUSTIFICACIÓN.....	25
1.4 OBJETIVOS.....	27
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	27
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	27
1.5 RESULTADOS ESPERADOS.....	28
1.6 MARCO REFERENCIAL.....	28
1.6.1 ESTADO DEL ARTE O ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	28
1.6.2 MARCO CONCEPTUAL.....	37
1.7 MARCO TEÓRICO.....	45
1.8 MARCO JURÍDICO.....	50
1.9 ESTRATEGIA METODOLÓGICA.....	52
2. ACERCAMIENTO AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL DESDE LA POSTURA HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	54

2.1 MIRADA HISTÓRICA AL ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	55
2.2 INSTITUCIONES CLÁSICAS FRANCESAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO	58
2.3 FORMACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	82
3. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL DESDE LA TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –VERDADERO DERECHO ADMINISTRATIVO-	91
3.1 PRIMERAS FORMAS TRASCENDENTALES DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	94
3.1.1 FISCALISMO Y TESORERÍA	95
3.1.2 LOS CORREGIDORES.	97
3.1.3 CAMERALISMO Y POLICÍA ADMINISTRATIVA.....	99
3.1.4 LAS CIENCIAS CAMERALES.....	106
3.2 CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	109
4. CAMPO DE ACCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO – ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- A TRAVÉS DE LA EVOLUCIÓN ESTADO DE DERECHO.....	118
4.1 ESTADO LIBERAL CLÁSICO DE DERECHO (ESTADO GENDARME O DE POLICÍA)	121
4.2 ESTADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ESCUELA DE BURDEOS Y TOULOUSE).....	127
4.3 ESTADO DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA Y REGULADOR DEL MERCADO	134
4.4 ESTADO BUROCRÁTICO -EMPRESARIAL Y SOCIETARIO (O SOBRE LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO).....	138
4.5 ESTADO NEOLIBERAL – ESCUELA DE CHICAGO	143

4.6 ESTADO GLOBALIZADO	146
5. ADMINISTRACIÓN GLOBAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI.....	152
5.1 HUIDA O MUTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	152
5.2 DELIMITACIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA DEL GAL.....	161
5.3 DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS	167
5.4 DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ESCUELA DE NEW YORK	170
5.4.1 FORMULACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL –GAL.....	171
5.4.2 CARACTERIZACIÓN DEL GAL.	176
5.4.3 EL GAL ES UN DERECHO FORMATIVO E INTEGRADOR.	178
5.4.4 CARÁCTER IMPRESCINDIBLE DEL GAL.	178
5.4.5 ABANDONO DE LA RELACIÓN JERÁRQUICA IMPOSITIVA ADMINISTRACIÓN-ADMINISTRADOS POR LA ESTADO-CIUDADANOS.	179
5.4.6 FUENTE DE DERECHOS Y PRINCIPIOS.	179
5.4.7 EXISTENCIA DE TRES DERECHOS ADMINISTRATIVOS.	179
5.4.8 DIFERENTES CAUSAS SOBRE EL ORIGEN DE LA POSTURA DEL GAL.	180
5.4.9 DEFINICIONES SOBRE EL GAL.	186
5.5 ESTRUCTURA JURÍDICO ADMINISTRATIVA DEL GAL	191
5.5.1 LA GOBERNANZA GLOBAL.	191
5.5.2 ADMINISTRACIÓN GLOBAL: CONCEPTO Y CLASES.	194
5.6 DESGLOSE DE LA DENOMINACIÓN GAL.....	203
5.6.1 ADMINISTRACIÓN.....	203
5.6.2 LO GLOBAL DIFERENTE A LO INTERNACIONAL	204
5.6.3 CONCEPTO DE DERECHO.	204
5.6.4 PODER Y ESTADO.....	205
5.6.5 LO PÚBLICO: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO.	206

5.7 NATURALEZA DE LA ORGANIZACIÓN GLOBAL DISTINTA A LOS ESTADOS	207
5.7.1 DISEÑO Y CONSTITUCIÓN JURÍDICA DE UNA ENTIDAD U ORGANIZACIÓN PÚBLICA DISTINTA DEL ESTADO.	208
5.7.2 NORMAS Y DECISIONES EXPEDIDAS POR ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS GLOBALES PÚBLICAS DISTINTA DEL ESTADO.	209
5.7.3 NORMAS DE PROCEDIMIENTO.	210
5.8 PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	211
5.9 CONCEPTOS FORJADORES EN RELACIÓN AL GAL.....	217
5.9.1 GLOBALIZACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.	217
5.9.2 ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL.	222
5.9.3 LA GOBERNANZA GLOBAL.	225
5.9.4 ESPACIO ADMINISTRATIVO GLOBAL.....	228
5.10 CLASES DE ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS EN EL SISTEMA GLOBAL.	230
6. ALGUNAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DENTRO DEL GAL	233
6.1 ESTUDIOS DE CASO	235
6.1.1 CASO PETRO.	235
6.1.2 CASO UBER.....	261
6.2 CONCLUSIONES DE LA ANTERIOR CASUISTICA (DE ABAJO HACIA ARRIBA)	275
6.2.1 ANÁLISIS DEL CASO PETRO DESDE LAS POSTURAS DEL GAL.....	275
6.2.2 UBER. CASO TÍPICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.	277
CONCLUSION FINAL.....	284
BIBLIOGRAFÍA.....	292

PRESENTACIÓN

Una de las dificultades que ha afrontado el Derecho administrativo colombiano durante todo el tiempo de vigencia, es el de aceptar que el núcleo esencial de su existencia lo constituye la Administración Pública, entendida ésta en sus tres componentes esenciales: *Función Pública*, *Función Administrativa* y *Gestión Pública*¹. Es evidente que desde la formación de esta especialidad jurídica en nuestro contexto institucional, se marcó su destino por la adopción de la llamada fuente jurisprudencial del Consejo de Estado Francés², comprendiendo entonces que debía implantarse una rama del Derecho destinada a controlar y regular los excesos de poder del ejecutivo; es decir, justificada en la necesidad de establecer un juez especial que juzgara sus conductas, distinto al ordinario o común que era el único existente para la época.³

En efecto, si damos una mirada general a la historia que registra el surgimiento de nuestro Derecho administrativo, resulta claro entenderlo a partir de los varios intentos que se dieron para crear el Consejo de Estado; en un primer momento, desde sus inicios, como *cuerpo consultivo y asesor*, lo que además confundió su

¹ El enfoque del Derecho administrativo con el que nos hemos identificado siempre, desde que lo acogimos como nuestra especialidad jurídica, es el denominado orgánico estructural, que parte de considerar como su principal objeto de estudio la Administración Pública y sus tres (3) componentes esenciales: Función Pública, referida a las personas al servicio del Estado (recursos humanos); Función Administrativa, dirigida a atender lo relacionado con su organización y actuación (estructura y actividad); y, Gestión Pública, dedicada al estudio de los instrumentos técnicos y económicos (planeación, recursos físicos, ejecución, control, evaluación y rendición de cuentas). Estos elementos los encontramos en la Constitución Política, pero de manera dispersa y enunciativa (capítulo II, título V; capítulo V, título VII; y título XII), ya que nuestra carta de 1991, al igual que la de 1886, nunca incluyeron y, menos, desarrollaron el concepto y el contexto de la Administración Pública.

² Tesis sostenida por: PENAGOS, Gustavo. *El Consejo de Estado de Francia: origen del Derecho administrativo en el mundo*. Librería del Profesional. Bogotá. 1993. En este mismo sentido, LETOURNEUR, Maxime. *El Consejo de Estado Francés*. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá. 1968; VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho administrativo*. Editorial Legis. Bogotá. 2004; VIDAL PERDOMO, Jaime. *La reforma del Consejo de Estado francés o forcejeo entre el gobierno y la Universidad*. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. -- Vol. 57, no. 461-462 (Mar./Jul.1963). Bogotá. p. 55-58.

³ MODERNE, Franck. *La responsabilité du maître de l'ouvrage*. Revue de droit immobilier. Vol. 24, Nº 6, 2002, pág. 500.

esencia con otros organismos similares como los consejos de gobierno y de ministros, y en una segunda etapa, al final, determinante, como *juez de lo contencioso Administrativo*, opacando su identidad original que provenía de la institución romana del Concilium Principis⁴. Esta escueta referencia, resultado del estudio y la praxis académica y profesional, nos ha permitido descubrir que en este proceso de construcción jurídica ha primado la línea consecucional contenciosa de juzgamiento por imputaciones de responsabilidad estatal, que la necesaria fuente causal de estructuración, organización, formación y acción de la actividad del Estado denominada Administración Pública, la que además va a contribuir a la política de prevención del daño antijurídico.

Lo dicho en precedencia ha significado que, a lo largo de su existencia, nuestro Derecho administrativo ha privilegiado la contienda judicial como elemento identificador de esta especialidad jurídica y, en cambio, ha sacrificado, de alguna manera, su principal objeto de estudio que lo constituye la Administración Pública. Esta afirmación encuentra sustento en la doctrina especializada⁵, la que aborda su estudio a partir de revisar su fuente jurídica francesa, pasando en lo específico a tratar algunos temas que hacen parte de la actividad administrativa estatal, pero no dentro del contexto científico en el que deben ser estudiados, es decir como componentes de la Administración Pública, sino como simple actuación cuyos resultados deben ajustarse a los procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, sin importar la calificación de sus operadores y, menos, la calidad de sus resultados, como viene siendo considerado por la tendencia moderna que fundamenta la legitimidad administrativa en las exigencias de eficiencia, eficacia y economía en la actuación administrativa, la que tiene incidencia y valoración en una legitimidad por rendimientos y que está orientada a una política de resultados.

⁴ Cf. PENAGOS, Gustavo. *Bases jurídico políticas del Derecho administrativo: el Consejo de Estado Francés, origen del Derecho administrativo*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2009.

⁵ Esta postura es asumida y aún subsiste entre los más reconocidos doctrinantes colombianos como Gustavo Penagos, Jaime Vidal Perdomo, Libardo Rodríguez, entre otros.

Adicionalmente, se ha complementado con valores que están enmarcados dentro de la equidad social y la participación⁶.

Esta empresa académica impone entonces el estudio del modelo de Administración Pública adoptado por nuestro Estado colombiano con miras a dar respuesta a las exigencias del mundo Globalizado, específicamente a partir de la revisión de dos casos de reciente y vigente debate público, lo que ha de ser tratado a la luz de las nuevas teorías que vienen siendo elaboradas desde la academia norteamericana y europea, con respuesta efectiva en parte de Latinoamérica, y que han denominado el nuevo Derecho administrativo globalizado –GAL-⁷.

Se puede indicar que el Derecho administrativo ha sostenido una serie de fenómenos que pueden considerarse como etapas de dificultades, tales como los problemas alrededor del servidor público, de los servicios públicos, la huida del Derecho administrativo, la convencionalización del mismo, la contractualización o la reforma del Derecho administrativo. Tal y como sostiene Ospina Garzón, estos eventos demuestran la característica de modificación, transformación y adaptabilidad de este Derecho⁸. Lo cual nos lleva a concluir que este Derecho tan abierto es dinámico y evoluciona según los cambios conceptuales e históricos, de allí que podamos plantear que varios son los retos que en la actualidad afronta la disciplina jurídica que regula la Administración Pública, principalmente en razón a su dinámica cambiante y de adaptabilidad a las exigencias de los tiempos

⁶ Sobre la tesis expuesta, remitirse al trabajo de PONCE SOLÉ, Juli presentado como ponencia bajo el título *Procedimiento Administrativo, buena Administración y Globalización*, durante el seminario «Derecho administrativo europeo y Derecho administrativo global: elementos para una comparación», 14 de noviembre de 2008, Facultad de Ciencias Políticas de la Università degli Studi de Ila Tuscia.

⁷ La postura que nosotros vamos a asumir difiere de la línea del Derecho internacional, Derecho internacional público y de los derechos humanos en un contexto Globalizado, ya que no solo vamos por caminos paralelos, sino que, además, se busca determinar el espacio Administrativo global que recoge algunas expresiones del Estado.

⁸ GARZÓN OSPINA, Andrés Fernando. *La constitucionalización del Derecho administrativo*. En la constitucionalización del Derecho administrativo- XV JORNADAS-. Universidad Externado de Colombia. 2014, p. 11-20

modernos. Sin embargo, pocos han sido los momentos en los que sus estructuras básicas conceptuales se enfrentan a cambios, incluso dogmáticos, como el de explicarnos y entender la vigencia de *un nuevo Derecho administrativo* por fuera de su entorno doméstico, valga decir, como regulador o regulado de las incidencias que para las administraciones y los gobiernos presentan las relaciones globales; los cambio que generaron este tipo de dinámica se empezaron a gestar desde la última crisis internacional⁹, que planteó la necesidad de reestructurar la forma o manera como se toman las decisiones al interior de los estados y por fuera de ellos¹⁰.

En la actual década, la economía ha acelerado el pulso de dichas transformaciones, evidenciándose en las múltiples relaciones que se han gestado al interior de los estados, entre la Administración y el capital privado –multinacionales y transnacionales-, empresas estas cuyo fin es el monopolio de la riqueza, logrando que los gobiernos legislen a su favor para obtener beneficios fiscales, tributarios y financieros, principalmente. Por fuera de las sociedades políticas se pueden vislumbrar estos cambios en la integración entre las organizaciones o comunidades de estados y los agentes privados del orden global (cuando las empresas o transnacionales hacen que aquellos dirijan sus decisiones hacia ellos, es decir que los agentes privados impulsan el desarrollo jurídico global); entre las actuaciones más problemáticas se encuentran las referidas al medio ambiente, las telecomunicaciones, las políticas agrarias y los acuerdos de paz, cuya principal característica es que su campo de acción sobrepasa o desfigura el ámbito de aplicación de los estados.

⁹ La última crisis internacional es también conocida como la Gran Recesión. Se inició a partir de 2008 y entre los factores más sobresalientes que dieron origen a esta, se encuentran las falencias en la regulación económica, la apertura de un mercado mundial más competitivo, las crisis alimentarias y energéticas mundiales, además del ultimátum sobre una recesión en todo el mundo, asimismo los conflictos religiosos y políticos en gran parte del mundo.

¹⁰ ZUCKERMAN, Mortimer. *The Great Recession Continues*. The Wall Street Journal. 01.21.2010

En realidad, y dando una mirada general a la construcción teórica que se viene abriendo espacio desde los laboratorios de pensamiento americano como en la Universidad de New York¹¹, existe, desde hace poco tiempo, la necesidad de regular, bajo una óptica diferente a la del Derecho internacional o a la propia del Derecho interno, áreas relacionadas con la seguridad, protección ambiental, propiedad intelectual, estándares de competencia estatal, regulación financiera y, en especial, por su reacción poco pacífica, la referida a la implementación de plataformas tecnológicas para el acceso a servicios privados o de naturaleza pública, como el transporte individual de pasajeros, bajo la denominación de la ahora conocida economía colaborativa¹².

Las áreas o esferas antes enunciadas, en las que se mueve este naciente Derecho, gozan de una característica fundamental debido a su capacidad de adaptabilidad a los fenómenos modernos dentro de los diferentes estados. El nuevo Derecho administrativo se diferencia de las demás ramas de esta disciplina por su facultad de unificación, es decir, porque promueve la integración de las disciplinas que se consideraban alejadas frente a las innovaciones sociales, políticas y económicas. Otras diferencias resultan de su distancia entre el Derecho interno o local y el Derecho internacional, pues este está centrado y diseñado únicamente para dar respuesta a las controversias o disputas que surjan entre los estados, o en materia de derechos humanos, mientras que aquel está jurídicamente impedido para regular, ordenar o normalizar a los actores que están dentro de la esfera global.

¹¹ No podemos hablar de Derecho administrativo global, si desconocemos los aportes que desde hace más de una década ha realizado la Facultad de Derecho de la New York University dentro de su Proyecto de Investigación sobre Derecho administrativo global, en cabeza de B. KINSBURY, N. KRISH y R. STEWART, quienes han sacudido las posturas clásicas y tradicionales, con algunos acomodamientos con tendencia moderna, que ha caracterizado la concepción del Derecho administrativo, la que como rama jurídica reguladora de las actuaciones y actividades del Estado, ahora debe explicarse en un entorno Globalizado.

¹² Sobre este tema tenemos como fuente de consulta: SALAZAR CORCHO, Rafael Allende. *La regulación de la economía colaborativa: AIRBNB, BLABLACAR, UBER y otras plataformas*. Tirant lo Blanch. Madrid. 2017.

La actividad que en este momento ha adquirido mayor impacto está enmarcada dentro del contexto de la movilidad y el acceso al transporte, pues estamos asistiendo a un mundo donde el problema ha dejado de ser el tipo de transporte utilizado, para convertirse en un tema de cuánta *facilidad* se tiene sobre el mismo. Basta con recordar la dificultad que se tenía para viajar en bus, taxi o avión hace apenas unos años; ahora, con el desarrollo tecnológico, el acceso a dichos medios de transporte se ve mediado por el concepto de facilidad, pues uno de los mensajes de la economía del siglo XXI es tratar *de facilitar la vida de los seres humanos*.¹³ No vamos a discutir si la economía ha logrado acceder o no a dicha pretensión, pues su análisis daría lugar a un estudio que desbordaría nuestro objeto planteado.

Actualmente el mundo se pregunta la importancia misma del ser humano dentro de las relaciones comerciales, políticas y económicas, pero al no ser tampoco este nuestro campo de estudio, dejamos de momento este tema como fuente de consulta, ya que su análisis por parte de otros investigadores resultará valioso al momento de confrontarlo con los criterios esbozados en este trabajo.

Debemos tener en cuenta que para poder analizar y desmembrar cada noción del GAL, utilizamos como instrumentos de laboratorio las ciencias auxiliares, tomando conceptos prestados, dado que para nosotros este nuevo Derecho requiere de una formación más integral durante su estudio.

En ese orden, y teniendo en cuenta las diversas reacciones y regulaciones que en el mundo entero ha generado la implementación de la aplicación tecnológica de transporte conocida como “UBER”, principalmente en nuestro País, trataremos de demostrar que esta actuación de carácter universal, que reúne actores de diversa estirpe como las administraciones domésticas con sus distintos componentes, la

¹³ Para mostrar otra manera de entender las transformaciones ocasionadas por la economía del siglo XXI remitirse a: SLAVIN, Luis Pablo. *El capitalismo depredador: los escándalos corporativos del siglo XXI*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2005.

sociedad civil, las empresas de transporte y otras colectividades, deben ser resueltas a la luz del naciente Derecho administrativo global.

En efecto, si tenemos en cuenta que uno de los elementos característicos de esta nueva tendencia del Derecho administrativo, es precisar el espacio administrativo global a través de la identificación de actores que inciden en la gobernanza global, a partir de reguladores transnacionales que afectan la toma de decisiones, ya concertadas, ya impuestas, también se hace necesario y es posible explicarnos y entender la necesidad de establecer un lenguaje administrativo común que permita regular internamente, bajo indicadores o estándares universales aceptados, actuaciones y actividades que desbordan la órbita de lo local por contener, como el caso en estudio, tecnología de información virtual.¹⁴

Así entonces, la técnica de análisis que se utilizará para el caso de estudio será de abajo hacia arriba¹⁵; es decir, sin consideración a la existencia previa de un ente regulador transgubernamental, sino bajo la mira de revisar las herramientas locales de solución y regulación existentes y planteadas, así como las respuestas que entregan otros ordenamientos jurídicos bajo la revisión comparada frente a un mismo episodio global.

En consecuencia, al no existir un organismo, corporación o ente internacional que pueda fijar las pautas mínimas para la implementación y ejecución de una actividad que denominaremos “tecno-transporte”¹⁶, se procederá a estudiar las

¹⁴ La tecnología ha llegado a suprimir en algunos sectores la actividad humana, y para ello existen estudios sociológicos, antropológicos y psicológicos. En nuestro caso, es el denominado “*tecno-transporte*”, el que pide que se regule o, al menos, se tenga en cuenta dentro del orden global, ya que per se es una acción que desborda los límites territoriales.

¹⁵ La metodología de abajo hacia arriba –Down up-, quiere decir que vamos construyendo conceptos por áreas de estudio, luego los enlazamos según el objeto de estudio y finalmente se establece una nueva teoría.

¹⁶ Hemos asumido esta denominación “tecno-transporte” por dos condiciones: la primera en razón a que es la tecnología la que influye en la concepción que se tiene sobre el acceso al transporte público de pasajeros; en otras palabras, existe una nueva tecnología del transporte que innova, complementa y, en algunas ocasiones, pone en riesgo la manera tradicional como opera el

diferentes respuestas que se han dado en el orden local, así como las que hasta el momento han brindado algunos estados en los que esta plataforma tecnológica o APP, por su naturaleza global, los ha impactado, sin que sus distintas reacciones, podríamos afirmarlo desde ya, afecten el campo del Derecho internacional, por lo que su debate y solución puede estar más cerca del entorno del Derecho administrativo global aún en construcción¹⁷.

Ahora bien, siendo críticos de las posturas que los tratadistas clásicos del Derecho administrativo han mantenido sobre su origen contencioso, nuestra investigación se detiene y extiende también al análisis de un caso que, en términos de los internacionalistas haría parte de su especialidad, pero que, como lo demostraremos, su lectura se encuentra más relacionada con los nuevos vectores del Derecho administrativo global, toda vez que la participación de un organismo internacional, que forma parte del espacio jurídico global, fue determinante en la decisión final para preservar los derechos políticos y funcionales de un servidor del Estado colombiano, del más alto nivel de la administración territorial, como fue el proceso administrativo y contencioso que afrontó el ex alcalde de Bogotá, elegido popularmente para el período constitucional 2012 – 2015, Gustavo Francisco Petro Urrego, el que para nuestro trabajo hemos denominado *Caso PETRO*.

Esta visión encuentra explicación, paradójicamente, a través del ejercicio de control a la actuación administrativa doméstica, por parte de un organismo supraestatal cuya recomendación resultó vinculante en las resultas del proceso contencioso, lo que vendría a contribuir al desarrollo del GAL por la vía que hemos criticado como fuente única en el origen del Derecho administrativo; nos referimos

servicio. La segunda obedece a que en el caso analizado subyacen dos políticas públicas como son el transporte y las tecnologías de la información y las comunicaciones TICs, que no pueden dar respuesta aisladamente, menos aun cuando está de por medio la convivencia ciudadana a través de la movilidad y efectiva circulación de pasajeros, pues debe el Estado entrar a valorar los servicios que regula internamente con los que se ofrecen, y afectan su statu quo, a través de agentes externos.

¹⁷ Remítase a la obra de BARÓN BARRERA, Guillermo, *Transformación del Derecho administrativo en Derecho económico*. Ediciones de la U. Bogotá D.C., 2015.

a la vía contenciosa. Por esta senda demostraremos, con la providencia emitida, que este caso también corresponde a la esfera del Derecho administrativo global.

En resumen, nuestro trabajo centra su estudio en los comportamientos que debe asumir el Estado frente a las dinámicas modernas que lo impactan, las que requieren respuestas y soluciones distintas a las tradicionales, especialmente a través de entornos participativos supraestatales. Con este propósito se formuló el proyecto de investigación, el cual fue presentado, sustentado y aprobado en el mes de octubre de 2015, luego de trabajar en el mismo por más de dos años, el que fue incluido y hace parte del contenido de esta tesis doctoral como capítulo 1.

Los demás apartados contienen el resultado de la investigación, a través del proceso histórico evolutivo; valga decir, partimos de considerar las teorías que se han elaborado sobre el origen y desarrollo del Derecho administrativo, y la manera como fue adoptado y formulado en nuestro medio jurídico, con el fin de presentar una lectura más ordenada del mismo, rescatando lo que a nuestro juicio constituye su núcleo esencial: la Administración Pública. De ello dan cuenta los capítulos 2, 3 y 4.

El capítulo 5 lo reservamos exclusivamente a estudiar los nuevos derroteros que desde hace más de una década vienen marcando la actual ruta o tendencia del Derecho administrativo moderno; nos referimos al denominado Derecho administrativo global, el cual adoptamos como parte del título del trabajo que presentamos, pues en él es donde se enmarca y se explican las actuaciones administrativas que escogimos como casuística propia. En este apartado nos ocupamos no solo de indagar sobre su fuente académica de creación, sino esencialmente de sus naturaleza, caracterización, estructura, principalística y conceptualización con el propósito de ir adecuando y acercando nuestra teoría jurídica a los nuevos derroteros que la complementan.

Finalmente, al capítulo 6 le correspondió contemplar el estudio de los casos escogidos y que nos permitieron su explicación y comprensión a través del naciente Derecho administrativo global, sin que lo acá afirmado constituya verdad absoluta, solo unas aproximaciones a lo que consideramos debe complementar nuestra especialidad jurídica con miras a entender definitivamente que el Derecho administrativo es el Derecho de las administraciones públicas.

INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS Y EPISTEMOLOGICOS DE INVESTIGACIÓN.

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El siglo pasado fue testigo de un fenómeno que transformaría la manera de vivir de la mayoría de las personas, un evento que por su naturaleza sería capaz de unir y poner a dialogar en los mismos términos a todas las disciplinas del conocimiento, pero bajo su propio lenguaje, un evento que tiene la principal característica de transformar y/o eliminar las barreras, fronteras y divisiones en nombre del capitalismo.

Este espacio es conocido como *La Globalización*, de la cual una multiplicidad de estudios se han realizado queriendo mostrar que el mundo antes conocido se convierte ahora en un escenario que permite, en intervalos de tiempo muy reducidos, realizar un sin número de operaciones¹⁸, como comprar en la China un computador que, a su vez fue diseñado en los Estados Unidos, con mano de obra coreana y materia prima mexicana; o saber que un servicio de transporte me puede asistir de la misma forma en Francia, España, Argentina y Colombia sin ninguna diferencia, ni limitaciones legales entre los países¹⁹. Así como la Globalización

¹⁸ MC LUHAN, Marshall. *La galaxia de Gutenberg*. Origen Planeta, México, 1985, p. 45.

¹⁹ La Globalización, además de promover la idea del mundo como una aldea, también crea nuevas formas de comportamiento de carácter planetario, maneras de entender la vida de la misma naturaleza en Chile que en Japón, en Alaska que en Sudáfrica, es decir que el ser humano empieza a sentir que es posible hacer una actividad en otro País diferente al suyo contemplando la legalidad desde su País de origen. Por ejemplo, la compra y venta por internet, las regulaciones ISO, las técnicas de aprendizaje moderno.

invadió lentamente las áreas en que se mueve el ser humano²⁰, por ejemplo: el acceso a la información, la economía²¹, la informática, la política, la urbanización de las ciudades²², también lo hizo en el Derecho. En el caso de éste último, se empieza a sentir la necesidad de dar respuesta a estos eventos que no se habían contemplado con anterioridad; la contestación jurídica surge bajo el enunciado del Derecho administrativo global, el cual fue construido por los juristas y doctrinantes, en su mayoría norteamericanos e italianos, que promueven la idea de actualizar y adecuar el sistema normativo de acuerdo a una serie de conductas que empiezan a hacer su aparición a mediados de la década de 1990 del siglo XX²³.

Además, con la noción de Derecho administrativo global (GAL), también se busca dar respuesta desde esta disciplina a los efectos que implica una actuación que trasciende las fronteras nacionales, generando consecuencias en el mundo entero. Para ello, los juristas norteamericanos quieren demostrar que se puede hacer un análisis del Derecho a partir de la evolución global del mismo, teniendo como base las actividades económicas presentes en más de una Nación²⁴.

Para el caso del Derecho administrativo colombiano es relevante, pertinente y novedoso preguntarse: ¿Qué incidencias jurídicas tiene el Derecho administrativo global en algunas actuaciones administrativas que se vienen presentando en

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *La Globalización: consecuencias humanas*. Segunda edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

²¹ Sobre el papel de la economía en la Globalización Sandel dice: “vivimos en una época en que casi todo puede comprarse o venderse. A lo largo de las últimas tres décadas, los mercados, y los mercados de valores, han llegado a gobernar nuestras vidas como nunca antes lo habían hecho. Y esta situación no es algo que hayamos elegido deliberadamente. Es algo que casi se nos ha echado encima. [...] el resultado fue que sin darnos cuenta, sin decidirlo, pasamos de tener una economía de mercado a ser una sociedad de mercado”. SANDEL, Michael. *Lo que el dinero no puede comprar*. Bogotá. Debate. 2013. p. 11-21.

²² SEISDEDOS, Gildo. *Cómo gestionar las ciudades del siglo XXI: del "city marketing" al "urban management"*. Ed. Pearson Educación. México. 2007, p. 16.

²³ Consenso de Washington, la creación en 1995 de la Organización Mundial de Comercio (OMC), crisis económicas en la mayoría del mundo, atentados terroristas que afectan a toda la población, enfermedades trasatlánticas, creación de la internet, acceso y apropiación de la tecnología.

²⁴ KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico, STEWART, Richard, WIENER, Jonathan. “Foreword: Global governance as administration - nation and transnational Approaches to Global administrative law.” *Law and contemporary problems* 68(3-4). 2005. p. 1-13.

Colombia a partir del año 2010 hasta el año 2018?²⁵ De encontrarse incidencias jurídicas novedosas, la pregunta obligada que nos debemos hacer es: ¿En qué casos se puede hablar de Derecho administrativo global y no solo de ordenamiento administrativo local? Y, si logramos demostrar los momentos en que el GAL está presente en nuestro País, finalizaremos cuestionándonos así: ¿Es posible entender el caso del Alcalde Mayor de Bogotá desde una óptica diferente al Derecho internacional?; y, ¿El sistema de transporte UBER es un ejemplo del desarrollo del Derecho administrativo global? Si las respuestas a las preguntas anteriores son afirmativas, solo resta por cerrar los cuestionamientos con una inquietud final: ¿Cómo regular un fenómeno cuya naturaleza es global y no concibe estar presente normativa y pacíficamente en la vida cotidiana de un solo País?; en otras palabras, ¿Cómo el Estado colombiano debe responder frente a una actividad que desborda la regulación simplemente doméstica?

1.2 HIPÓTESIS

Visto de manera general el Derecho administrativo colombiano, se puede inferir, con alguna certeza, que son pocas las regulaciones normativas que se ocupan, de manera clara y determinante, de los sucesos que los fenómenos de la globalización y su incidencia en las actividades supranacionales, pueden tener en el ordenamiento, lo que ha generado desencuentros jurídicos y administrativos en las distintas instancias reguladoras del Estado²⁶. Esto resulta evidente en recientes acontecimientos de carácter eminentemente administrativo que, de alguna manera, ya sea por ausencia de normatividad especial, ya por

²⁵ El límite espacio-temporal que plantea el interrogante del proyecto, se referirá a las incidencias que el GAL ha podido tener en el Derecho administrativo doméstico, a partir del estudio de dos casos concretos: (i) Caso del Ex Alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego (sanción disciplinaria de destitución e inhabilidad impuesta por el Procurador General de la Nación); y, (ii) Caso del sistema de transporte Uber.

²⁶ La hipótesis se plantea a partir de posibles falencias reguladoras, no con el ánimo de desprestigiar las actividades jurídicas internas, sino, todo lo contrario, con el propósito de establecer la existencia de vacíos normativos que se presenten, a efectos de discutirlos y ponerlos a tono con las modernas tendencias jurídicas.

desbordamiento del ejercicio funcional sancionatorio, han presentado dificultades jurídicas por carecer de soluciones que se apliquen a casos que rebasan los límites locales. De ahí la necesidad de estudiar las adecuaciones regulatorias que se requieran en aquellos casos que, desde la óptica de su génesis se presentan como típicos ejemplos de Derecho administrativo local, pero que sus consecuencias prácticas, producto de decisiones de entes gubernamentales autónomos, o de la simple utilización de las plataformas tecnológicas de la moderna información y comunicación, sugieren la revisión de modelos jurídicos evolutivos en construcción como el GAL.

Los criterios de validación interna de la hipótesis, se tendrán en cuenta cuando se realice la evaluación de eficacia jurídica sobre el ordenamiento administrativo colombiano, sus fortalezas y debilidades.

Respecto a los criterios de validación externa de la hipótesis, al contextualizar las doctrinas estudiadas sobre el Derecho administrativo global, con base en las ideas desarrolladas por los principales teóricos, conocidas como tendencias del GAL, se verificará que existe en Colombia un proceso de adecuación normativa tardío, es decir, que en el País hay insuficiencia de normas o instituciones que promuevan la implementación de regulaciones globales²⁷.

1.3 JUSTIFICACIÓN

La formulación de una nueva teoría por reconocidos investigadores de la facultad de Derecho de la New York University²⁸, ha sacudido las posturas clásicas y tradicionales, con algunos acomodamientos con tendencia moderna, que han caracterizado la concepción del Derecho administrativo, la que como rama jurídica

²⁷ Guía para la elaboración de los proyectos de investigación. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Bogotá. 2011.

²⁸ KINGSBURY, Benedict. y otros. Foreword: *Global governance as administration - nation and transnational Approaches to Global administrative law*. p. 1-13.

reguladora de las actuaciones y actividades del Estado, ahora debe explicarse en un entorno globalizado.

Para el Derecho administrativo colombiano, resulta de particular importancia revisar las diversas actuaciones del Estado que generan controversias por estar ausentes de normatividad reguladora, en razón a que desbordan los límites del Derecho local, las cuales permiten una valoración explicativa a través de los estudios que se vienen desarrollando en otras latitudes como las referidas al llamado Derecho administrativo global.

Así entonces, el Derecho administrativo doméstico debe recurrir a los aportes que en esta materia vienen realizando los distintos autores de la especialidad, dentro de un marco conceptual de comprensión de la nueva visión en la que debe ahora explicarse las actuaciones transfronterizas de los sujetos que actúan en un mundo globalizado.

Como quiera que se trata de una teoría reciente de visión actual del Derecho administrativo, esta investigación se propone revisar los distintos aportes que se vienen publicando y, a partir de ellos, estudiar dos casos que se pueden explicar dentro de esta tendencia: el caso Petro y el caso Uber.

Los casos que delimitan el trabajo de investigación han sido escogidos por su relevancia transnacional. El primero de ellos, como ejemplo de discusión político administrativo, que puede generar controversias entre el Derecho administrativo global y el Derecho internacional; el segundo, como actividad de carácter comercial de origen internacional, como plataforma tecnológica, con incidencia directa en la organización administrativa local.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general.

Investigar y analizar las recientes teorías que sobre el llamado Derecho administrativo global²⁹ han venido elaborando los autores extranjeros, sin desconocer los aportes que sobre esta misma línea ha producido la doctrina colombiana, con el fin de explicarnos la ruta que debe seguir nuestro Derecho administrativo, ausente en este novedoso espacio jurídico, extendiendo su objeto regulador a las más diversas y cambiantes actuaciones del Estado moderno³⁰, y establecer sus principales características, elementos, naturaleza, principios y espacios de expresión, todo vertido al estudio de casos locales (Caso UBER / Caso PETRO) que han generado dinámicas supranacionales, los que aún mantienen un estado expectante e inquietante de resolución pacífica dentro del marco jurídico mundializado.

1.4.2 Objetivos específicos.

- Estudiar y comprender la evolución que el derecho administrativo ha tenido a lo largo de su construcción histórica, partiendo de su visión clásica normativa y contenciosa, para explicarlo a través del desarrollo de la ciencia de la administración pública.
- Entender la necesidad de implementar nuevas maneras de dimensionar, organizar y direccionar el Derecho administrativo local frente a las exigencias de la Derecho administrativo global.

²⁹ Global Administrative Law, por sus siglas en inglés –GAL-.

³⁰ Expresiones que se cumplen a través de la propia organización funcional que dispone el Estado denominada Administración Pública, causa eficiente de esta especialidad jurídica, como bien lo anota el profesor García de Enterría: “[...] *el Derecho administrativo es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos*”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho administrativo I*. Editorial Civitas. S. A. Madrid, 1995. p. 40.

- Determinar y dar respuesta a los problemas interdisciplinarios que puedan surgir por la posible ineficacia de las normas administrativas actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, frente a la dinámica global del Derecho que impacta los comportamientos de la Administración Pública.
- Ubicar conceptualmente las actuaciones referentes a los casos en estudio dentro de la estructura base de la investigación.

1.5 RESULTADOS ESPERADOS

- Establecer el nivel de repuesta de la Administración Pública colombiana frente a las exigencias del GAL, en dos líneas: (i) tendencias investigativas nacionales, y; (ii) adecuación normativa y funcional de la actuación administrativa del Estado.
- Aportar a la construcción de futuras normas, investigaciones y aplicaciones de recursos en el marco de la nueva tendencia del Derecho Administrativo colombiano.
- Producir soluciones teórico-jurídicas sobre los estudios de caso propuestos, en los que se pueda evidenciar lo planteado en la investigación.
- Abrir espacios de discusión académica y lectura jurídica en torno a diversas y novedosas actividades que reclaman regulación institucional transnacional.

1.6 MARCO REFERENCIAL

1.6.1 Estado del arte o antecedentes de la investigación. No podemos hablar de Derecho administrativo global³¹ (GAL) dejando de lado los aportes que desde

³¹ Siguiendo la definición: *“Describimos este campo del Derecho como ‘Global’ en lugar de ‘internacional’ a fin de reflejar la interrelación de la regulación interna e internacional, la inclusión de una gran variedad de acuerdos institucionales informales (muchos de ellos involucrando la participación destacada de actores no estatales), y el hecho de que los fundamentos de este campo de estudio se encuentren en prácticas y fuentes normativas, que no están plenamente abarcadas dentro de las concepciones estándar del Derecho internacional”*, Los autores, por lo tanto, especifican que *“los órganos Administrativos Globales incluyen a las instituciones intergubernamentales, redes inter- gubernamentales informales, organismos gubernamentales*

hace más de una década ha realizado la Facultad de Derecho de la New York University dentro de su Proyecto de Investigación sobre Derecho administrativo global, quienes en reiteradas ocasiones han propuesto una línea de investigación nueva, en la cual se pueda dar cuenta de los fenómenos sociales, políticos y económicos que están sucediendo en el mundo como consecuencia de la Globalización, por lo tanto el tema objeto de nuestro estudio es demasiado joven, razón por la cual la NYU ha tratado de ordenar las diferentes normas de carácter nacional e internacional que puedan obedecer al sistema de una gobernanza global. En éste estudio los investigadores más relevantes son Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard B. Stewart³², quienes han dado cuenta de unos elementos que afectaran la noción que antes se tenía de Derecho administrativo puesto que cada disciplina está marcada por la independencia frente a las demás sobre todo en áreas:

“Como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los movimientos transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados. Cada vez más, estas consecuencias no pueden ser adecuadamente afrontadas a través de medidas nacionales regulatorias y administrativas aisladas. Además de lo anterior ellos ponen en cuestión la noción de accountability”³³

nacionales actuando de conformidad con normas Globales, órganos híbridos público-privados que participan en la Administración transnacional, y órganos puramente privados que desempeñan funciones públicas en la Administración transnacional”. Cf. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, STEWART, Richard, WIENER, Jonathan (2005). “Foreword: Global governance as administration - nation and transnational Approaches to Global administrative law.” Law and contemporary problems 68(3-4): 1-13. p.5

³² KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. *El surgimiento del Derecho administrativo global*. Revista de Derecho público. Universidad de los Andes. Marzo 2010.

³³ *Ibíd.* p.17.

Esta última que nosotros en español tenemos que asimilar por *rendición de cuentas*, pues no existe en nuestro idioma una palabra que refleje su significado; para ellos existe un déficit en el proceso de rendición de cuentas por el creciente ejercicio del poder regulatorio por fuera del ámbito nacional, obteniendo como consecuencia o respuesta “*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*”³⁴

En materia de Derecho administrativo global se resaltan los aportes realizados por la profesora brasilera Michelle Ratton Sánchez, quien en su texto titulado: *El Proyecto ‘Derecho Administrativo Global’³⁵: Una Reseña Desde Brasil³⁶*, analizó el alcance que puede tener para Latinoamérica la nueva concepción del GAL. Es importante resaltar que dentro del debate antes propuesto, la investigadora Ratton Sánchez considera que se dan tres aportes que en determinado momento dotan de significado la investigación: su apertura y su método de trabajo; su papel de nombrar a los nuevos fenómenos, y; su capacidad para vincularse con el debate sobre la gobernanza global³⁷. Para ella el debate debe girar en torno al gobierno nacional visto dentro de un conjunto de instituciones que modelan su desarrollo frente al proceso de *rendición de cuentas*, en materia administrativa, ya que si bien es cierto los procesos de la modernidad han permitido que el mercado en todas sus dimensiones limite o ponga un freno a la acción legal por parte del

³⁴ *Ibíd.* p.18.

³⁵ Según la autora su principal referencia y de paso la que nos va a guiar a lo largo de ésta investigación es: “*El concepto de Derecho administrativo global comienza a partir de dos ideas gemelas: que gran parte de la gobernanza Global puede entenderse como Administración, y que esa Administración regulatoria a menudo se organiza y toma forma de los principios del Derecho administrativo*”, cfr. KINGSBURY, Benedict y KRISCH, Nico. “*Introduction: Global governance and Global administrative law in the International legal order.*” *European Journal of International Law* 17(1): 1-14. 2006. p.2.

³⁶ RATTON SÁNCHEZ, Michelle. *El Proyecto ‘Derecho administrativo global’: Una Reseña Desde Brasil.* *Revista de Derecho público.* Universidad de los Andes. Marzo 2010

³⁷ *Ibíd.* p. 7.

Estado, es éste quien debe tomar las riendas de aquellas conductas, y como el mercado exige que se haga de manera trasnacional, deben buscarse alianzas, pactos, tratados o acuerdos entre los estados para legislar en los procesos o eventos que trasciendan las fronteras.

Por su parte Kuo Min-Sung³⁸, establece que el GAL puede estar en contra del Derecho constitucional, ya que fomenta la práctica de ciertas actividades que van más allá del sistema normativo propio de cada País. De su análisis debemos tener en cuenta la noción de *déficit constitucional*, la cual no es otra cosa que la disminución que sufre el sistema normativo al enfrentarse a eventos que jamás contempló o que a sabiendas de su existencia no legisló sobre estos. Según el autor en cita, el problema no hace parte del GAL sino de algo que él llama el Derecho constitucional global. Habiendo dicho lo precedente, es fundamental para la investigación la comparación que él hace puesto que la interpretación de cada evento va a depender de diversos factores legales.

Según el artículo del profesor italiano Stefano Battini³⁹, existe un fenómeno que delimita aún más el campo del GAL, que son los asuntos privados⁴⁰ que a partir de fenómenos mundiales se han desplegado gracias al mercado global. Decimos que delimita la investigación, pues el elemento principal del cual estamos hablando tiene que ver con la constante y nunca acabada lucha entre estos asuntos y las normas administrativas nacionales, además de que para Battini y la mayoría de investigadores los asuntos privados son los que dan sentido al GAL, de ahí que su propósito sea ilustrar la correlación existente entre la crisis de la teoría del

³⁸ MING-SUNG, Kuo. On the constitutional question in Global governance: Global administrative law and the conflicts-law Approach in comparison. In *Global Constitutionalism*. Cambridge University Press. United Kingdom. 2013.

³⁹ BATTINI, Stefano. *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?* Institute for International Law and Justice New York University School of Law. 2005

⁴⁰ Entendiendo por asuntos privados aquellas manifestaciones, actos y/o actividades que hacen parte del Derecho privado, sobre todo las que tienen incidencia en la parte comercial en relación con el mercado mundial, por ejemplo, el caso de los vehículos de servicio ¿Público? ¿Privado? UBER.

dualismo y el desarrollo de un Derecho administrativo global. El surgimiento del Derecho administrativo global es una combinación de dos fenómenos conectados; por un lado, la regulación internacional afecta más directamente a los particulares dentro de los estados y, por otro lado, se ofrecen cada vez más los mecanismos de participación y protección de los particulares en los ámbitos internacionales, directamente relacionadas con las decisiones adoptadas por las organizaciones internacionales. De esta manera, las normas y los principios jurídicos del Derecho administrativo global se han extraído del Derecho administrativo interno y se trasplantan y adaptan al contexto internacional.

De otra parte, Daniel C. Esty⁴¹ examina la tensión entre la necesidad demostrable para la cooperación internacional estructurada en un mundo de interdependencia, y la tensión política que se plantea siempre que la autoridad haya presentado la formulación de políticas en las instituciones globales. Argumenta que las herramientas del Derecho administrativo que se han utilizado para la toma de decisiones de reglamentación legítima en el contexto nacional, se deben implementar de forma más sistemática en la formulación de políticas que se llevan a cabo a nivel internacional. Aunque reconoce la inevitable falta de fundamentos democráticos de gobierno supranacional, este artículo pone de relieve otras bases tales como la legitimidad, experiencia y la capacidad para promover el bienestar social; el orden y la estabilidad proporcionada por el Estado de Derecho; pesos y contrapesos; deliberación estructurada; y, sobre todo, el diseño institucional del proceso de formulación de políticas estructurado por los principios y prácticas del Derecho administrativo. En el desarrollo de la lógica de la legitimidad procesal, como un fundamento para la buena gobernanza a escala supranacional, el presente artículo avanza en una taxonomía de posibles herramientas globales de Derecho administrativo. Luego evalúa, contra esta plantilla de buenos procedimientos de gobierno, algunos procedimientos de toma de decisiones

⁴¹ ESTY, Daniel C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, 115 Yale Law Journal, 1490. 2006

existentes en el comercio internacional, la salud pública y los regímenes de política ambiental. La conclusión principal es esta: Aunque la gobernanza supranacional es limitada y obstaculizada por las tradiciones divergentes, culturales y las preferencias políticas, desarrollando un conjunto básico de herramientas y prácticas de Derecho Administrativo se podrá fortalecer las prácticas jurídicas a nivel supranacional.

Uno de los estudios fundamentales es el realizado por Daniel Mockle⁴², quien argumenta que el Derecho de las organizaciones internacionales y el Derecho administrativo internacional, son campos clásicos en el Derecho internacional público. El trabajo relacionado con la globalización ha puesto de relieve nuevas dimensiones transnacionales en el desarrollo de normas y estándares por parte de entidades híbridas o privadas. El proyecto del Derecho administrativo global (GAL), puesto en marcha en Nueva York en 2005, se centra en la ampliación de la inclusión de funciones de control, la normalización y la regulación que no pertenece exclusivamente a organizaciones internacionales. Esto hace que sea esencial para el desarrollo de nuevos principios y mecanismos de rendición de cuentas, sin perder de vista el hecho de la labor de las organizaciones internacionales que plantean cuestiones similares. Poco conocido para la academia francesa es el debate que pretendemos dar ya que según ellos la realidad del Derecho administrativo global sigue siendo controvertida.

Por su parte Arancha González Laya⁴³ sostiene que *“el comercio internacional es una de las áreas de actividad económica en las que existe una larga tradición de regulación tras gubernamental multilateral. De allí que una revisión a la OMC, puede generar pistas sobre cómo las actividades privadas que trascienden las*

⁴² MOCKLE, Daniel. Les Cahiers de droit, Volume 53, número 1, mar 2012, p. 3-48.

⁴³ Arancha González Laya es la jefa de Gabinete de la Organización Mundial de Comercio y profesora en el Colegio de Europa en Brujas.

fronteras han dirimido, legislado y organizado el corpus normativo dentro del cual se pueden ejercer las mismas”⁴⁴

Además de lo anterior, es preciso revisar los principios que son comunes entre el comercio y la Administración tales como; la buena fe, la transparencia, la revisión de las decisiones administrativas, la seguridad, la previsibilidad. A lo que Arancha Gonzalez sostiene que *“en algunos casos la OMC ofrece modelos innovadores que pueden servir de inspiración a determinadas autoridades nacionales, con miras a fortalecer las organizaciones internacionales. En todo caso la jurisprudencia y la práctica administrativa pretenden y deben responder de la manera más eficiente y con la mayor equidad a asuntos que necesitan de una respuesta rápida”⁴⁵*

Juli Ponce Solé⁴⁶ considera que:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia, en el ámbito de la Unión Europea, algunas decisiones de Tribunales nacionales y el control ejercido por órganos de ciertas organizaciones internacionales (WTO y las decisiones de su Apellate Body) están desplegando paulatinamente un control intenso de los vicios procedimentales y de motivación, garantizando así el control de la buena

⁴⁴ GONZALEZ LAYA, Arancha. *Globalización y Derecho. Una visión desde la organización mundial del comercio, en Derecho administrativo global*. INAP. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2010. p. 15-31.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 19.

⁴⁶ Acreditado como catedrático por ANECA año 2010, es profesor titular de Derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Ha sido Director de la Escuela de Administración Pública de Cataluña y Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

*Administración y contribuyendo, pues, indirectamente, a la misma*⁴⁷

Así pues, Ponce Solé recalca que *“la labor judicial, al controlar la legalidad de la actuación administrativa, es un instrumento, aunque indirecto y limitado, que contribuye a la calidad de la Administración”*⁴⁸, para concluir diciendo que parece *“un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho administrativo global o Derecho administrativo internacional el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aun, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento de Derecho a una buena Administración”*⁴⁹

Para Ponce Solé, en un *“contexto de cambio tecnológico continuo y de ampliación de las esferas de discrecionalidad técnica, el control judicial se va a ver abocado ante un posible dilema: intensificar su control sobre dichas actividades o abdicar de todo control sobre el núcleo último de las decisiones del gobierno y la Administración”*⁵⁰. Como se puede observar, ambas decisiones están llenas de dudas y vacíos; sin embargo existe una tercera opción que promueve las garantías jurídicas y el control de procedimiento administrativo impulsando por la unidad de Derecho administrativo internacional en el que los organismos e instituciones presentes en el debate brinden garantías plurinacionales. Ponce basa su teoría a partir de la frase de Dworkin sobre los derechos en serio, pero dándole un plus, tomarse el Derecho administrativo global en serio.

⁴⁷ PONCE SÓLE, Juli. *Procedimiento Administrativo, Globalización y buena Administración en Derecho administrativo global*. INAP. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2010. p. 79-190.

⁴⁸ *Ibíd.* p. 100 y ss.

⁴⁹ *Ibíd.* PONCE SOLE, Juli. *Procedimiento Administrativo, Globalización y buena Administración en Derecho administrativo global*. p. 150 y ss. Sobre este último concepto en español puede consultarse un punto de vista alemán en E.Schmidt-Assmann, *La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas*, RAP, núm. 171, 2006; y una visión italiana en S. CASSESE, *La Globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons – INAP. 2006. En inglés, KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 Law and Contemporary Problems. 2004

⁵⁰ PONCE. *Op. Cit*; p. 150.

Dentro del ámbito nacional, dos investigadores de nivel de posgrado han dado las primeras puntadas sobre el GAL, tomando como metodología de investigación el estudio de casos a partir de los planteamientos teóricos y doctrinales que sobre el mismo se han realizado. El primer trabajo es el de Adalberto Barandica Domínguez,⁵¹ quien plantea la necesidad de adaptar el contrato público de acuerdo con las necesidades de un mundo global, de ahí que el autor indique que *“se analizaran temas tales como globalización del Derecho público, la globalización del Derecho y economía, los elementos estructurales del contrato público en Colombia, los caracteres y régimen jurídico, los requisitos necesarios para celebrar los contratos administrativos; así como también el efecto de la contratación internacional y su incidencia en el contrato público y privado”*⁵²

Partiendo del objeto de estudio aquí ya planteado, podemos comprender que el trabajo de Domínguez, parece apuntar a una discusión muy profunda sobre la manera en que debe entenderse ahora el Contrato Público. Además sostiene que, *“Colombia cuenta con una mediana o baja cultura jurídica global en contratación estatal y en especial en estos aspectos del Derecho administrativo, y ello causan disyuntivas doctrinales e interpretaciones diversas, a todos los niveles: jurídico, político, social, económico dentro de los funcionarios públicos y de los ciudadanos en general”*⁵³. Conclusión que nosotros en nuestra investigación vamos a tener muy presente ya que no somos los primeros en argumentarla.

El otro trabajo importante a nivel nacional es el de Diana Julieth González Franco. Su investigación es muy pertinente, ya que reúne los elementos teóricos sobre los que vamos a dialogar en el presente escrito. González hace algo bastante

⁵¹ BARANDICA DOMINGUEZ, Adalberto, *La globalización del Derecho frente al contrato público global* (modelo de contrato público global), Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Barranquilla, 2013.

⁵² *Ibíd.* p. 9.

⁵³ *Ibíd.* p. 99.

llamativo, pues desde las concepciones que se tienen sobre el Derecho administrativo global analiza “*La operación fénix*”; demostrando que es posible dentro de los estudios de casos, tomar los elementos teóricos y ponerlos a discutir frente a un hecho concreto. La autora manifiesta que el Derecho internacional no tiene nada que ver con el GAL, es más, sus fuentes y campos de acción van por caminos totalmente distintos⁵⁴; la propuesta novedosa que se puede ver en el trabajo de González es la implementación de un nuevo modelo de solución de controversias internacionales, “*cuyo punto de partida es el establecimiento de un Órgano que administre, aplique y ejecute, medidas y sanciones estipuladas por los Estados. Esta propuesta es producto del análisis y estudio de las categorías del Derecho administrativo global, basado en un estudio del Derecho en el espacio global al existir normas y procedimientos que se superponen a la voluntad estatal y que trascienden a las categorías características del Derecho internacional Clásico.*”⁵⁵

1.6.2 Marco Conceptual. A lo largo de este trabajo se manejan una serie de conceptos que han sido moldeados o preparados por algunos autores que, a nuestro juicio, identifican y definen temas, algunos de los cuales no serán analizados por no corresponder al objeto de estudio, sin embargo serán mencionados y, a veces considerados, sobre todo al tratar los casos de estudio; es decir que harán parte de nuestro desarrollo investigativo con miras a la formulación de nuevos conceptos, espacios y tendencias sobre el Derecho administrativo global; para ello es imprescindible saber qué tipo de lenguaje vamos a usar, y que tipo de concepciones serán las que marquen el camino por el cual desde hace mucho hemos querido profundizar; de ahí que los más importantes sean:

⁵⁴ GONZÁLEZ FRANCO, Diana Julieth. *La operación fénix*. Evaluación del sistema de solución de controversias de la OEA a la luz del Derecho administrativo global, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

⁵⁵ *Ibíd.* p. 6 y ss.

1.6.2.1 Gobernanza. A partir de Restrepo Medina⁵⁶ la gobernanza es entendida como “el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para gerenciar los asuntos de un País, mediante la promoción de relaciones interactivas entre el Estado, el sector privado y la sociedad civil, y la institucionalización de conceptos como transparencia, rendición de cuentas, debido proceso, probidad y eficiencia.”.

1.6.2.2 Gobernanza global. Serna de la Garza⁵⁷ argumenta que la gobernanza global es una: “Serie de transformaciones vinculadas a la Globalización, que han afectado el entorno y las capacidades de los estados nacionales, y sostiene además que dicho concepto alude una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad más allá del Estado”, es decir, “con la corresponsabilidad de actores no-estatales”.

1.6.2.3 Gobernanza global y globalización. Serna de la Garza asegura que la:

“Globalización está teniendo un efecto sobre los estados y, en especial, sobre los mecanismos tradicionales (inter-gubernamentales) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de estados (es decir, sobre los mecanismos tradicionales de gobernanza a nivel internacional). Sin embargo, el efecto sobre los estados no significa que éstos se hagan obsoletos sino que el Estado Nación está siendo complementado con otros actores —privados y del tercer sector”

⁵⁶ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *Burocracia, Gerencia pública y Gobernanza*. En: Dialogo de saberes. Bogotá. 2009. p. 182.

⁵⁷ SERNA DE LA GARZA, José María. *Reflexiones sobre el concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México.D.C.2009.p. 24.

Entiende, el autor citado, por tercer sector, fundamentalmente las organizaciones no-gubernamentales⁵⁸ en una geografía más compleja.

Concluyendo que pese a las aclaraciones y constantes referencias al párrafo anterior, los actores antes mencionados creen que el “Estado nación es aún el actor más importante en el escenario de la política Global, pero no es el único actor importante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia”⁵⁹.

Según el concepto aportado por Mayntz,⁶⁰ *“Las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, componen conjuntamente lo que por lo general se denomina gobernanza Global”*. Donde por gobernanza se tiene por definición, *“aquello que se refiere a la solución de problemas colectivos; no se refiere a la dominación de por sí. Las organizaciones internacionales, tanto gubernamentales como no gubernamentales, están comprometidas en procesos para la solución de problemas colectivos, y los problemas de los cuales deben ocuparse aparecen enumerados en sus estatutos y su misión establecida”*⁶¹.

Mayntz hace varios años, había sostenido que: *“Gobernanza (governance) es una palabra y un concepto que se ha vuelto últimamente muy popular. Durante mucho tiempo, la palabra “gobernanza” significó simplemente “gobernar”*⁶², y esto referido al aspecto del proceso de gobierno. Sin embargo, en la actualidad el término se utiliza, sobre todo, para indicar un nuevo modo de gobernar. Por lo cual dijo: *“Tengo que llamar a este nuevo modo de gobernar gobernanza moderna”*. Gobernanza moderna significa *“una forma de gobernar más cooperativa, diferente*

⁵⁸ *Ibíd.* p.25

⁵⁹ *Ibíd.* p.26.

⁶⁰ MAYNTZ, Renate. *Los Estados nacionales y la gobernanza Global*. En: Revista del CLAD *Reforma y Democracia*. Caracas. 2002. p. 2.

⁶¹ *Ibíd.* p. 2.

⁶² MAYNTZ, Renate. *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna*. En: Revista del CLAD *Reforma y Democracia*. No. 21. Caracas. 2001. p. 1 - 3.

*del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil*⁶³.

En la gobernanza moderna, las instituciones estatales y no estatales, los actores públicos y privados, participan y a menudo cooperan en la formulación y la aplicación de políticas públicas. El mismo autor concluye que: *“La estructura de la gobernanza moderna no se caracteriza por la jerarquía, sino por actores corporativos autónomos es decir, organizaciones formales y por redes entre organizaciones”*⁶⁴.

1.6.2.4 Derecho administrativo global. La noción clásica de Derecho administrativo global se elabora como dijimos anteriormente, al interior de la New York University, principalmente con el aporte de tres investigadores Kingsbury, Krish, & Stewart⁶⁵, quienes consideran que el GAL es:

“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 – rendición de cuentas- de los órganos Globales Administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, conforme a la legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban, un esfuerzo o proyecto”.

Lo cual genera toda una sistematización de los estudios de los distintos marcos nacionales, transnacionales e internacional que tienen relación con el Derecho administrativo de la gobernanza global”

⁶³ *Ibíd.* p. 3.

⁶⁴ *Ibíd.* p. 2.

⁶⁵ KINGSBURY, Benedict. y otros. *Op. Cit*; p. 3.

El Derecho administrativo global se identifica con la necesidad de dar respuesta a la exigencia, propia del mundo global, de establecer mecanismos de control de las decisiones tomadas por los entes globalizadores. “El Derecho administrativo global es una teoría que se apoya en los conceptos construidos y aplicados en el análisis de las instituciones públicas nacionales para clarificar la organización de las instituciones administrativas globales”⁶⁶, tal como Kinsbury, Krish, & Stewart sostienen que “El foco del Derecho administrativo global no es el contenido específico de las reglas substantivas, sino 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”⁶⁷.

El Derecho administrativo global es una teoría que surge de las reflexiones tanto de profesores de la NYU, como de juristas italianos, liderados, entre otros, por los administrativistas Sabino Cassese y Richard Stewart y por el internacionalista Benedict Kingsbury.

1.6.2.5 Derecho internacional público. El profesor Álvarez Londoño asegura que el Derecho internacional público es *“la herramienta jurídica dentro del mecanismo de solución de conflictos en los casos de afectación de las relaciones de soberanía en un Estado – nación por parte de otro, o la de alguna de las organizaciones internacionales, así como las relaciones de éstos y éstas con personas naturales o jurídicas”*⁶⁸. Afirmación que le lleva a decir que este es *“el conjunto de normas y de instituciones que rigen las relaciones entre estados y demás sujetos de la sociedad internacional”*⁶⁹.

⁶⁶ Ibid. p. 2 - 5

⁶⁷ Ibid. p. 2 - 5.

⁶⁸ ALVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. *Derecho internacional público*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2007. p. 41.

⁶⁹ Ibid. p. 45.

El Derecho internacional público está constituido por: *“un conjunto de reglas que se aplica a los sujetos de la sociedad internacional es decir normalmente los estados y a las organizaciones internacionales y excepcionalmente, a los individuos. Por lo tanto este comprende, pues un conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones internacionales; y de normas prescriptivas o permisivas que condicionan esas mismas relaciones”*⁷⁰.

1.6.2.6 Derecho internacional contemporáneo. Del profesor Germán Burgos Silva se pueden extraer para nuestra investigación varios conceptos y distinciones, pues es uno de los investigadores que más ha ahondado en estos temas⁷¹. Sobre el Derecho internacional contemporáneo, plantea que se han *“venido fortaleciendo, no sin dificultad, distintos espacios para afrontar y resolver las controversias entre algunos de los sujetos reconocidos por el mismo”*.

Hoy existen múltiples espacios para el trámite pacífico de las controversias internacionales, que van desde la clásica Corte Internacional de Justicia de La Haya hasta el recientemente creado Tribunal Penal Internacional, pasando por los múltiples mecanismos de arbitramento o mediación reconocidos a través de diversos tratados. *“Es igualmente destacable el surgimiento y fortalecimiento de instancias internacionales de tipo judicial para defender los derechos humanos a escala regional, tales como las cortes americana, europea y africana de derechos humanos”*. Concluye el citado profesor manifestando que el llamado Derecho internacional *“como parte del Derecho Global o en sí mismo considerado, se ha convertido en un escenario en el que, a través de algunas instancias internacionales de solución de conflictos, se ha dado trámite y respuesta a ciertos conflictos de la Globalización”*⁷².

⁷⁰ *Ibíd.* p.16.

⁷¹ BURGOS SILVA, José German. *La judicialización del Derecho internacional en el Contexto de la Globalización*. En: El acceso al Derecho global. El otro Derecho. Bogotá. 2001. p. 1-18.

⁷² *Ibíd.* p. 4.

1.6.2.7 Proceso de globalización y Derecho internacional. Los procesos de Globalización han transformado el Derecho internacional de varias formas.

“En lo que respecta a los mecanismos de solución de controversias o justicia internacional, el cambio ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del Estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países”⁷³

1.6.2.8 Derecho supranacional – judicialización del Derecho internacional y justicia internacional. Burgos Silva⁷⁴ sostiene la idea de que *“la tesis de la transformación de la justicia internacional en claves supranacionales ligadas a la Globalización podría cuestionarse sosteniendo que, al menos en cuanto a los derechos humanos, su existencia antecedió al surgimiento de los procesos recientes de Globalización neoliberal, particularmente para el caso latinoamericano. Siendo esto cierto, no invalida, a nuestro juicio, la tesis.*

Lo nuevo en el escenario de la Globalización, y por ende la segunda transformación del Derecho internacional, es que hoy los clásicos espacios internacionales de derechos humanos son un referente de la sociedad civil para la lucha por los derechos humanos y adicionalmente su existencia se ha venido fortaleciendo en la medida en que se ha facilitado de alguna manera su acceso y su accionar a través de reformas al procedimiento”. En otros términos, podemos argumentar que el profesor Burgos Silva ratifica su postulado diciendo que “presenciamos una intensificación del uso de estos mecanismos (particularmente los de derechos humanos) que ha conllevado su ajuste y su fortalecimiento,

⁷³ Cf. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35502011000200008. Consultado el 14 de octubre de 2017.

⁷⁴ BURGOS, Op. Cit; p. 13.

*aunque, como se mencionó antes, existen limitaciones aún provenientes de la soberanía del Estado Nación*⁷⁵.

1.6.2.9 Organización administrativa global. A partir de la lectura sobre Juli Ponce Solé⁷⁶, se puede inferir que las organización administrativa global es el terreno donde las actuaciones entre estados, entre Estado y particulares, o entre particulares encuentran su fundamento, ya que por su naturaleza y contenido promueven el ejercicio de acciones globales; en otras palabras podemos decir que con el auge de la globalización las actividades dejan de ser localizadas en determinadas ciudades o países y pasan a ser deslocalizadas en la medida en que producen efectos en más de un Estado, generando una reacción general en el mundo pues activa todo un sistema normativo que pueda dar cuenta de este tipo de empresas para prevenir un desbordamiento comercial que carezca de normatividad; por ello en las últimas décadas han surgido instituciones mundiales o globales que promueven la identidad global, desde la Organización Mundial del Comercio hasta el a Unión Europea, el Mercosur o el Banco Mundial.

1.6.2.10 Organismos nacionales. La terminología académica llama a estos organismos como nacionales o “gubernamentales queriendo decir con esto que son una institución estatal cuya Administración está a cargo del gobierno de turno”⁷⁷ Su finalidad es brindar un servicio público que resulta necesario para la ciudadanía.

“Por lo general, los servicios brindados por los organismos gubernamentales son gratuitos y se solventan a través de los impuestos y de otros ingresos que percibe el Estado. El Presupuesto Nacional se encarga de determinar cuántos fondos

⁷⁵ Ibíd. p. 14.

⁷⁶ PONCE. Op. Cit

⁷⁷ Tomado de la página web:<http://definicion.de/organismo-internacional>. Consultado el 14 de octubre de 2017.

recibe cada organismo gubernamental. En algunos casos, los organismos gubernamentales también generan sus propios fondos o parte de ellos.”

Las características de los organismos gubernamentales pueden ser muy variadas según su ámbito de acción y el País en el que se encuentran. *“Hay organismos orientados a cuestiones económicas, sanitarias, administrativas, etc.”*

1.6.2.11 Organismos supranacionales/ultranacionales. Los autores estudiados hablan de organismos supranacionales o internacionales; revisando la conceptualización pertinente decimos que estos son:

“Una entidad cuyos integrantes u objetivos no pertenecen a un único País. Lo habitual es que los integrantes de esta clase de organismos sean distintos Estados nacionales, que trabajan en conjunto para coordinar ciertas políticas o para aunar esfuerzos con una meta en común. Las características de cada organismo internacional pueden ser muy distintas. Por lo general, surgen a partir de acuerdos, convenios o tratados entre diferentes países, que crean una organización enmarcada dentro del Derecho público internacional. Lo habitual es que sus facultades jurídicas sean diferentes a las individuales de sus integrantes. Cuatro son las características principales de estos organismos: (I) Estados con Soberanía, (II) base jurídica, (III) suficiente independencia de los Estados (IV) autonomía jurídica”⁷⁸

1.7 MARCO TEÓRICO

La concepción de nuestro Derecho administrativo, por su enfoque contencioso desde la teoría francesa de la responsabilidad estatal, ha sustraído a sus

⁷⁸ *Ibíd.*

estudiosos de emprender la tarea de asumir su elaboración y redireccionar su ruta, a partir de la evolución que ha tenido la ciencia de la Administración Pública, entendida como causa eficiente de esta rama del Derecho, contando como único erudito, dirigido a rescatar esta visión, a Florentino González cuya obra apareció a mediados del siglo XIX, tal y como lo registra la historia⁷⁹.

En efecto, uno de los problemas que se advierten en la actualidad, corresponde a las grandes falencias que tiene la Administración Pública colombiana en todos sus componentes, pues fácil resulta advertir el desinterés que su estudio genera, ya sea porque su ejercicio, a lo largo de nuestra vida institucional, ha demostrado que en la mayoría de los casos no se exigen conocimientos previos, suficientes ni especializados, ya porque se carece de verdadera vocación del servicio público, o bien porque nuestro comportamiento institucional a premiado la cultura del facilismo y el atajo, primando la del oportunismo y la irresponsabilidad, todo lo cual la ha sumido en un abandono no solo indeseable, sino enormemente costoso⁸⁰.

El marco teórico de la investigación da cuenta entonces de la necesidad de revisar nuestro modelo de Administración Pública, como organización esencial del Derecho administrativo, como fuente dinamizadora del actuar del Estado en el tráfico jurídico y como instrumento de acción fundamental dispuesto a responder y a facilitar, adaptar, adoptar y adecuar los cambios que la globalización impone.

Los más destacados investigadores en el campo de la Administración Pública⁸¹ han abreviado el largo camino que impone determinar un punto de partida desde la antigüedad para explicar sus primeros vestigios, considerando como elemento

⁷⁹ GUERRERO, Omar. *La Teoría de la Administración Pública*. Colección textos universitarios en ciencias sociales. Editorial Publimex, s.a. México, 1990. p. 36-37.

⁸⁰ De acuerdo con el boletín de prensa No. 2 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para octubre de 2012 las pretensiones por demandas instauradas contra el Estado llegaban a la suma de 957 billones de pesos. Consultable en <http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/Boletinesprensa/Paginas/Bolet%C3%ADn%20de%20Prensa%202.aspx> (Última consulta efectuada el 20 de septiembre de 2015).

⁸¹ Como el profesor mexicano Omar Guerrero, cuya obra ya hemos citado.

explicativo determinante de su aparición, aquellas formas de organización que se dieron y trascendieron, teniendo en cuenta las características que asumía el Estado.

Así, entonces, se afirma que desde el Estado Feudal se estructuraron verdaderas formas organizacionales para su Administración como la institución de la Tesorería, la cual fundamentó su funcionamiento en el recaudo proveniente de la tributación causada por la relación jurídico-política que imponía el vasallaje. Posteriormente se implementó un modelo más avanzado de tecnología administrativa denominado el Fiscalismo, originario del Reino de Austria, mediante el cual se buscó perfeccionar los métodos y procedimientos existentes con miras a incrementar los ingresos financieros del Estado⁸².

Los modelos de Administración que se implantaron en el Estado absolutista correspondieron a las denominadas Colegiaturas, Policía Administrativa y Cameralismo, ésta última caracterizada y categorizada como verdadera ciencia de la Administración cuyo propósito era enseñar: *“cómo producir la riqueza, cómo administrarla y como aplicarla para favorecer su reproducción, teniendo como fin supremo, alcanzar la felicidad de los súbditos y el bienestar y la perpetuidad del Estado absolutista”*⁸³

Con la implantación del Estado de Derecho aparece la Ciencia de la Administración Pública, teniendo como máximo representante de esta nueva teoría administrativa al francés Carlos Juan Bonnin, quien publicó su obra cumbre “Principes de l’administration publique” en el año de 1808⁸⁴, lo que permite advertir que los franceses no se dedicaron a darle forma e identidad a la teoría de la responsabilidad del Estado, sino que también se preocuparon por implementar un modelo de Administración propio para el nuevo Estado. Idéntica situación se

⁸² GUERRERO, Op. Cit; p. 3-9.

⁸³ Ibíd. p. 18-19

⁸⁴ Ibíd. p. 55-73

presentó en España y Alemania, con exponentes ilustres de esta nueva ciencia que ya tendremos oportunidad de revisar⁸⁵.

Desde entonces la Administración Pública ha evolucionado y adecuando su comportamiento, ahora bajo la sombra y como componente esencial del Derecho Administrativo, a las distintas formas y expresiones que ha asumido el Estado, pues la misma no resulta del azar, ni tampoco como “[u]n complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona (...) sujeto de Derecho”⁸⁶, lo que ha permitido establecer variadas maneras de organización funcional, pues evidente resulta comprender que la Administración más simplificada o de mínimos correspondió a la época del liberalismo clásico de finales del siglo XIX, la que fue adquiriendo mayor complejidad en momentos en que aparece la escuela del servicio público y la dinámica interventora del Estado en la economía, en las primeras décadas del siglo XX. Sin embargo, alcanza su mayor grado de complejidad, por las regulaciones establecidas y por su crecimiento, en algunos casos, incontrolado (Administración de máximos), en la época empresarial y societaria, forma esta de organización que se establece para atender actividades de industria, comercio y gestión económica, hacia mediados del siglo XX, las que correspondían al sector privado y de las que se vale el Estado para realizar sus variadas acciones.

Nuevos hechos económicos, políticos y sociales presentados desde los años ochenta del siglo pasado, generaron espacios más reducidos de actuación administrativa del Estado, fenómeno éste que fue considerado en su momento como “la huida del Derecho administrativo” en razón a que “sectores antes

⁸⁵ Principalmente acudiremos a la obra del Alemán Lorenzo Von Stain y la del Español Javier de Burgos, referidos por el profesor Guerrero en la obra citada.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1995. p. 28.

sometidos al Derecho público como estatuto general que preside la organización y el funcionamiento Administrativos, no se aplica ahora a porciones de esta comprensión y, en su lugar, se aplican reglas tomadas del Derecho privado⁸⁷". Esta reducción de la acción del Estado brindándole campo libre a la iniciativa privada y a las leyes del mercado es lo que se ha denominado neoliberalismo.

Hechos más recientes, fundamentados en el crecimiento acelerado y cambiante de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en la interdependencia de los estados, causada por el aumento variado y enorme de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios y de flujos internacionales de capitales, así como la incidencia que reportan los organismos multilaterales, han obligado la reorientación de las expresiones del Estado, cuyo examen en este trabajo se realizará a partir de su organización funcional interna como respuesta efectiva y adecuada –actuaciones administrativas- a las exigencia de la ultraestatalidad, dentro del marco del denominado Derecho Administrativo Global.

El Derecho administrativo global surge entonces como repuesta a las demandas que exigen las actividades mundiales; es preciso, entonces, hacer un alto en el camino y establecer pautas de comportamiento, de reacción y de regulación a dichos actos que exceden los límites del poder nacional. Estamos en el momento justo para introducir nuevos enfoques, porque debemos pensar en espacios que promuevan la integración y la normatividad global de los nuevos actores que desde hace apenas tres décadas ha surgido, por ello es urgente pensar en un espacio jurídico global donde se dimensione a futuro los eventos que deben reglamentarse para no pensar después en cómo controlarlos, cuando ya hayan desbordado los límites legales.

⁸⁷ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho. Administrativo*. Legis editores s.a. Doceava edición. Bogotá, 2004. p. 9

1.8 MARCO JURÍDICO

El problema de investigación planteado, por consecuencia lógica, cuenta con fuentes jurídicas nacionales y extranjeras de distinta procedencia, entendiendo que la naturaleza del contexto normativo es variada toda vez que la integran tratados, pactos, convenios, leyes, actos administrativos, sentencias y conceptos con alcance vinculante o no pero que en algunos casos delimitan la aplicación de las normas⁸⁸.

En materia de globalización, nuestra Constitución Política de 1991, desde el propio preámbulo avizora un espacio transnacional al plantear la necesidad de impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, lo que conlleva incluir en el desarrollo de la Carta fundamental, normas de alcance internacional como las previsiones que se obtienen al revisar disposiciones como las de los artículos 9, 93, 150.16, 189.2, 226, 227 y 289 entre otros.

En ellas se plantean elementos determinantes para nuestra investigación relacionados con el alcance de la política exterior colombiana, como el reconocimiento de los principios del Derecho internacional, la adopción de tratados y convenios internacionales que conforman el llamado bloque de constitucionalidad, o lo específicamente ordenado para el Congreso Nacional de aprobar o no los tratados celebrados con otros estados o entidades de Derecho internacional, con miras a transferir determinadas atribuciones a organismos internacionales que promuevan la integración económica, función esta, previamente ejercida por atribución expresa (artículo 189.2) por el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado.

⁸⁸ El Marco legal resulta de la revisión general a las normas constitucionales, así como a algunas leyes aprobatorias de tratados y convenios internacionales que principalmente guardan relación con el objeto de la investigación.

Así mismo, en materia de internacionalización e integración económica, política, social, ecológica y territorial, la Constitución promueve y genera oportunidades para la construcción de un espacio global en estas materias.

En relación con los tratados internacionales suscritos por Estado colombiano y vigentes a la fecha, la lista resulta bastante cautivante; sin embargo, por su aplicación práctica al trabajo emprendido, es conveniente advertir desde ahora que varios de los mismos no se presentan fundamentales para desarrollar el objetivo trazado, pues precisamente una de las falencias planteadas es la posible ausencia de un marco normativo regulador que facilite, no sólo la comprensión de las actividades escogidas como problemáticas, sino su acercamiento a una posible solución.

Varias son las materias en la que se han clasificado los tratados internacionales para su estudio, reglamentación e implementación. No obstante, los linderos de la investigación asumida, imponen la necesidad de delimitar su estudio a aquellos que guardan relación directa o indirecta con el problema planteado, por manera que se revisarán los acuerdos internacionales vigentes en materia de inversión a partir del TLC suscrito con México, hasta el acuerdo bilateral celebrado con el Reino Unido en años recientes, y los relativos al sistema de integración internacional como el Acuerdo de Cartagena y el relacionado con la Comunidad Andina de Naciones.

Igualmente, en materia de protección de derechos humanos y en Derecho internacional humanitario, en razón a la participación que en un caso de Derecho administrativo sancionador doméstico tuvieron las instancias internacionales reguladoras de estos asuntos, resulta fundamental su estudio y aplicación en contexto, de tal manera que se acude a la revisión, entre otros, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Convenio I, II, III y IV de Ginebra.

El marco legal y normativo está circunscrito al estudio de las actuales regulaciones que gobiernan la actividad administrativa, principalmente aquellas que delimitan el campo de actuación de la Administración Pública, entendiendo por esta la dinámica ejecutora de la ley, abierta a los cambios externos que la impactan. En esta línea de pensamiento, se estudiará la evolución cercana y la proyección que han tenido las reformas administrativas, principalmente las realizadas en lo corrido del siglo XXI.

La producción jurisprudencial con incidencia en el Derecho administrativo global, pudiera entenderse mayormente circunscrita a la jurisdicción natural de la Administración Pública; sin embargo, nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, poco ha referido al respecto, por lo que se privilegian algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional en variados aspectos del Derecho en la globalización, sin desatender los que el Consejo de Estado, los tribunales seccionales y jueces de tutela han emitido, principalmente en relación con los casos en estudio.

1.9 ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La investigación a realizar es de tendencia socio jurídica, dado que se estudia la condicionalidad social del Derecho y los efectos que este tiene sobre una población determinada, ilustrando su eficacia como norma reguladora de relaciones sociales en concreto. Es decir, la investigación no solo hace énfasis en los problemas jurídico/legales, producto de ausencia reguladora doméstica, sino también en las realidades sociales que se presentan en el mundo globalizado y que impactan lo local.

El método que aplicará para asumir el trabajo investigativo propuesto es el inductivo; a partir del estudio y análisis de dos situaciones concretas, se permitirá

arribar o inferir el trato que se da a nivel nacional a las manifestaciones que tienen alguna explicación dentro del contexto fundamental del GAL.

La triangulación investigativa que se utilizará es norma-valores-sociedad, buscando mostrar que el comportamiento deseable del objeto de estudio, se dirija a obtener el reconocimiento de las actuaciones escogidas, y se empiece a fijar la normatividad específica que conduzca a hacer viable la tesis de que los derechos adquiridos por estas se tomen en serio, lo que resulta armonizado con los fines esenciales del Estado previstos en la Constitución Política, dentro de un marco de desarrollo participativo, pluralista e integracionista⁸⁹.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Planeta Agostini. Barcelona. 1977. Para Dworkin: “el núcleo mismo del Derecho está constituido por cuestiones morales y, por tanto, los principales problemas se refieren a los principios morales y no a los hechos jurídicos ni a las estrategias de interpretación. Cualquier cuestión, por abstracta que sea su formulación, se justifica por su papel en la solución de problemas particulares”.

2. ACERCAMIENTO AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL DESDE LA POSTURA HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La teoría reciente del Derecho administrativo global (GAL por sus siglas en ingles), tiene como fuente la manera de organizar, gestionar y estructurar la Administración Pública, es decir que su nacimiento no se debe al contencioso propio de la rama publica, sino que recae en las formas de gobierno que sobrepasan las fronteras, formas de gobierno que en algunas circunstancias no son originarias con la noción de Estado, como las multinacionales o las trasnacionales⁹⁰.

Para nosotros es sustancial hacer esta primera aproximación puesto que es el momento en que el GAL se desprende de las nociones del Derecho internacional y del Derecho local público, ya que para el primero tienen mayor relevancia las consecuencias de las formas de Administración⁹¹ y para el segundo solo se reconoce su campo de acción a partir del reconocimiento estatal.⁹²

Vamos a mostrar la senda evolutiva del Derecho administrativo desde que este emergió y luego daremos un repaso a las administraciones públicas, dado que desde allí es que puede analizarse esta naciente teoría, para evidenciar que

⁹⁰ STEWART, Benedict Kingsbury y Richard B. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. INAP, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2016.

⁹¹ MOCKLE, Daniel. *Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global*. Les Cahiers de droit. 2012, p. 3-18

⁹² PENAGOS, Gustavo. *En bases jurídico-políticas del derecho administrativo. ediciones doctrina y ley*. Bogotá, 2009.

existen otras maneras de entender las relaciones que surgen a partir de la interacción de los ciudadanos y la Administración en el sentido más amplio de los conceptos.

En desarrollo de lo anterior, se iniciará con la presentación de una mirada histórica del Derecho administrativo, sección en la que se sintetizará la postura conceptual que defiende la limitación de su esencia a lo contencioso administrativo. Más adelante, se continuará con el análisis de la Administración Pública como un verdadero Derecho administrativo, estudiando algunas formas iniciales de organización de la Administración del Estado, para concluir con el estudio de la evolución de su actividad administrativa explicada a través de las distintas fases de comportamiento del Estado de Derecho, esto es, revisando las características individuales, sociales, democráticas, proteccionistas y de mercado por las que ha trasegado el mismo.

2.1 MIRADA HISTÓRICA AL ORIGEN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Abordar desde un comienzo el estudio del Derecho administrativo por la ventana de su ubicación histórica, no es revivir los problemas de moda o charlas jurídicas predilectas; lo hacemos porque de allí se derivan las consideraciones cardinales para lograr la comprensión adecuada de nuestro objeto de investigación. El estudio del Derecho administrativo, para quienes hemos escogido ésta como la especialidad jurídica⁹³, resulta ser una tarea apasionante pero al mismo tiempo muy compleja, ya que su campo de acción va a ser el producto de variada integración, dependiendo principalmente de las diversas formas de organización que asuma el “Estado” en los distintos momentos de su evolución histórica⁹⁴. Así

⁹³ Nos inclinamos por esta rama del Derecho a partir de las valoraciones epistemológicas que surgieron durante la práctica profesional y académica. En igual sentido, remitirse a la nota 1.

⁹⁴ Es relevante para la investigación dejar claro desde ya, que solamente vamos a analizar el Derecho administrativo desde que se originan las formas estatales de gobierno, presupuesto fundamental, ya que existieron otras formas de gobierno, incluso no estatales, que han sido

entonces, podemos inferir, con base en lo anterior, que la característica más destacable de esta disciplina jurídica es su dinámica mutante y maleable que le permite adaptarse a las exigencias de los cambios del *Estado*⁹⁵, comprometiendo no solo la cantidad sino la calidad de Derecho, lo cual, sin lugar a dudas, genera riesgos en sus actuaciones o desborda su misma actividad, permitiendo y abriendo espacio para que actuaciones externas o extrínsecas modulen su funcionamiento⁹⁶.

El aprendizaje del Derecho administrativo tiene en toda formación académica dos líneas de estudio, la primera tiene que ver con la organización del Estado, allí se pueden encontrar temas como Administración, acto y actuación administrativa, servidores públicos, reglamentación de la actividad pública, instituciones encargadas de las funciones de gobierno o de control y vigilancia, además de las maneras de interactuar los ciudadanos y el Estado⁹⁷; mientras que la segunda línea de estudio tiene como punto de partida los conflictos que surgen entre la Administración (Estado) y sus administrados (ciudadanos), es decir que se encamina a dar continuidad a la parte procesal, a la especialidad de lo judicial o, mejor aún, de las diferencias a solucionar con un tercero en cuestión que para el caso sería el juez administrativo⁹⁸. La manera como se ha enseñado en nuestro País el Derecho administrativo⁹⁹, se identifica más con la segunda línea de estudio, pues parte de considerar la responsabilidad del Estado administrador, por sus acciones, omisiones o extralimitaciones, y las consecuencias que acarrea para

estudiadas con el maestro Hernán Felipe Prieto Bernal en el seminario sobre teoría política que por media década viene dictando en esta Universidad, donde se estudió que aquellas no tuvieron un órgano especializado para su gestión, sino que, por el contrario, adoptaron formas autárquicas de Administración y gobierno.

⁹⁵ Siempre que se hable en el presente escrito de formas de Estado, debe entenderse las formas de gobierno estatales.

⁹⁶ KINGSBURY, Benedict. *The Concept of 'Law' in Global*. The European Journal of International Law. 2009. 23-57.

⁹⁷ PAREJO, Luciano. *Lecciones de Derecho administrativo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

⁹⁸ GONZÁLEZ LATORRE, Indira. *El juez administrativo colombiano. ¿Un actor influyente en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de Derecho?* Universidad del Rosario. 2015.

⁹⁹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Un siglo de jurisdicción administrativa y Derecho administrativo en Colombia*, Temis, Bogotá D.C., 2013.

su propio funcionamiento, sin entrar primeramente a identificar siquiera sus causas que la originan, las que no podrán ser otras que las referidas al estudio de la esencia misma de la Administración Pública. Es decir, hemos empezado el análisis desde el juzgamiento del Estado, a partir de entender un origen francés eminentemente contencioso, sin dejar claro que para llegar a este enfoque se requiere dotar de identidad administrativa a su actor fundamental para que actúe en el tráfico jurídico, en lo que también avanzaron los franceses, como lo trataremos de explicar en este y el siguiente apartado. Este panorama se evidencia y tiene consecuencias en nuestro entorno, en la falta de organización, dirección y gestión de las entidades públicas a escala nacional, departamental y local, de suerte que ello se hace notorio en la actualidad cuando nos enfrentamos a las dificultades, dudas y alcances de la gobernanza¹⁰⁰.

Siguiendo los conceptos de Kelsen, llegamos a plantear entonces que el Derecho administrativo ha sido un componente importante en la manera en que se desarrolla cualquier tipo de *Estado*¹⁰¹, pues sin lugar a dudas, este es un presupuesto *per se* de la organización misma; no importa la tendencia política del *Estado* o la forma de Organización Política, siempre debe existir una rama especializada en organizar, gestionar y administrar la actividades públicas, al menos desde que se tiene la noción moderna de *Derecho y Estado*¹⁰².

¹⁰⁰ Sobre el estudio del Derecho administrativo y sus implicaciones, véase: CUÉTARA, Juan Miguel de la. Título, *La actividad de la Administración: lecciones de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1983. GARCÍA-HERREROS SALCEDO, Orlando. *Lecciones de Derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1994. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo*, ESAP, Bogotá D.C., 1980-1981. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 2015. BRICEÑO DE VALENCIA, María Teresa, ZAMBRANO CETINA, William y ALVARADO ARDILA, Víctor Hernando. *Instituciones del Derecho administrativo en el nuevo código: una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado. Sala de Gobierno: Banco de la República, Bogotá D.C., 2012.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México. 1957.

¹⁰² Ideas tomadas de: ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del estado: (ciencia de la política)*, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México, 1985. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1957. CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

Una tendencia comparada de distinción entre quienes consideran que la idea del Derecho administrativo –*droit administratif*– radica en su génesis francesa, se contraponen a la de una rama disciplinar que continúa insistiendo en que este se estructuró a partir de la evolución de la ciencia administrativa; esta será nuestra manera de indagar sobre las bases constitutivas del Derecho administrativo global.

2.2 INSTITUCIONES CLÁSICAS FRANCESAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTENCIOSO

Tradicionalmente se han conocido dos tendencias sobre el Derecho administrativo y sobre el acto administrativo; la primera de origen románico continental y, la segunda que sigue las pautas del entorno anglosajón, ambas con un punto en común: *la presencia de una organización que puede ser extensa o reducida territorial y normativamente, pero siempre es estable y jerarquizada*¹⁰³. En otras palabras, las dos ramas de nacimiento del Derecho aseguran que es necesario, para poder entenderlo, un tronco semejante del cual puedan derivarse los modelos de estudio y análisis que, en nuestro caso, va a ser el Derecho administrativo el que haga estas veces, siempre y cuando logre establecer diálogos endógenos y exógenos en materia disciplinar, lo cual solo se logra al mirar en conjunto cada evento¹⁰⁴.

La principal delineación que tenemos sobre el Derecho administrativo es la que enseña que este es el que regula las relaciones entre las personas y el Estado, sirviendo éste como un límite al poder del príncipe, y el cual se construye sobre la idea del Estado que regula su propio poder como garantía de legalidad y seguridad jurídica por temor a la reaparición de un sistema absolutista que, con la

¹⁰³ PENAGOS. Op. Cit: p. 5.

¹⁰⁴ Las tesis presentadas se relacionan con las lecturas que se han llevado a cabo con los estudiantes a lo largo de más de 20 años de docencia. Revisar: VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980. VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del Derecho administrativo: ensayo de Derecho público comparado*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1996.

aspiración de concentrar el poder, despoje a sus ciudadanos de las libertades que ganaron con la decapitación de Luis XVI, y por lo cual, este límite al poder del Estado, impuesto por éste mismo, constituye sin más una idea de la ilustración sobre la aplicación de justicia estatuida para garantizar el ajustado proceder de la Administración. El mismo Libardo Rodríguez sostiene sobre este mismo tema:

“Puede afirmarse que la filosofía política y la concepción del Estado que se impusieron con la Revolución Francesa, de 1789, constituyen la fuente próxima del Derecho administrativo. En ese sentido, podemos decir que el concepto de Estado de Derecho, que constituyó uno de los principios rectores de esa Revolución fue, a su vez, el punto de partida de esa rama del Derecho. En efecto, si el Estado de Derecho traduce, básicamente, la concepción de que las normas jurídicas son obligatorias no sólo para los gobernados o súbditos de un Estado, sino para los gobernantes del mismo, ello quiere decir que las diferentes actividades del Estado, entre ellas la administrativa, estarán sometidas a unas reglas jurídicas”.¹⁰⁵

Sin embargo, para entender esta perspectiva del Derecho administrativo surgido de la aplicación de justicia, es preciso analizar la fluctuación de la Administración y la facultad para impartir justicia, sirviéndonos para ello de las posturas que sobre la materia han pronunciado varios doctrinantes. Valga la acotación, el estudio del surgimiento del Derecho administrativo ha sido tratado por los doctrinantes, a partir de una compilación de una serie de instituciones en el marco de la historia de la formación del Estado francés, en la que singularizan los antecedentes del Consejo de Estado de la época posterior a la revolución, y su consolidación institucional durante el siglo XIX, especialmente cuando se pronuncian las

¹⁰⁵ Consultado y tomado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf> el 28 de octubre de 2017.

sentencias icónicas como el Fallo Cadot o el Fallo Terrier¹⁰⁶, para luego integrarse por completo a la estructura de la República francesa, durante el siglo XX y hasta la actualidad.

En este orden de ideas, se procederá a estudiar la causa de la interpretación contenciosa del Derecho administrativo acudiendo a una perspectiva histórica, primordialmente francesa, en atención al modelo que se siguió en Colombia. Lo anterior se enmarca dentro de la interpretación académica y judicial que ha considerado como fuente unívoca, la que procede de Francia.

Para la mayor parte de los historiadores, la expresión “*ancien régime*”¹⁰⁷ constituye un período correspondiente a los siglos XVI, XVII y XVIII, en los cuales la forma de gobierno de los franceses, como las de otros pueblos, atravesó un cambio estructural que conllevó al replanteamiento del concepto de *Estado*, su forma de Administración y de operación de justicia. Pero, antes de los referidos siglos, es claro que la trascendencia de las instituciones que evolucionaron de la simbiosis entre las heredadas del caído Imperio Romano de Occidente y, las tribus galas, germanas y eslavas, terminaron por direccionar desarrollos estatales únicos y especiales, desde tiempos tan remotos como aquellos en los que Carlomagno logró la unificación de Europa Occidental bajo su estandarte. Es relevante considerar lo anterior en aras de comprender las especiales circunstancias que permitieron la formación de imperios, reinos y repúblicas¹⁰⁸ durante los años siguientes a la suscripción del Tratado de Verdún, los cuales surtieron un desarrollo semejante de acuerdo a las diferencias en la forma de Administración

¹⁰⁶ Los cuales se encuentran desarrollados por PENAGOS, Gustavo en *Bases jurídico-políticas del Derecho administrativo*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2009.

¹⁰⁷ Para un estudio más amplio del antiguo régimen, consultar: ARTOLA GALLEGOS, Miguel, *Antiguo régimen y revolución liberal*, Ariel, Barcelona, 1978. PÉREZ MARCOS, Regina María (Coord.), *Teoría y práctica de gobierno en el antiguo régimen*, Marcial Pons, Madrid, 2001. ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ediciones Taurus, Madrid 1987.

¹⁰⁸ Las obras que describen el desarrollo integral de la Edad Media son: DUBY, Georges, *Europa en la edad media*, Planeta-De Agostini, Barcelona 1994. LE GOFF, Jacques, *¿Nació Europa en la Edad Media?*, Crítica, Barcelona, 2011. BURBANK, Jane y COOPER, Frederick. *Imperios*, Crítica. Barcelona. 2011.

de los gobiernos de los territorios que yacían en la Francia Occidental, Media y Oriental, y que siglos más tarde terminaron por constituir el Reino de Francia y el Sacro Imperio Romano Germano¹⁰⁹.

Es preciso recordar que si bien, ambos estados alcanzaron su desarrollo por varios siglos bajo el sistema político, económico y social del feudalismo, la distribución del poder constituyó el hito que modeló cada Estado de una forma única. Es así como mientras en el Sacro Imperio Romano Germano, la jerarquía nobiliaria representaba la estructura del Imperio mismo, pues, incluso el Emperador, quien en compañía del Papa, ostentaba el poder del mundo conocido bajo la teoría de las dos espadas, resultaba electo por obra de la Dieta Imperial¹¹⁰ que se encontraba conformada por los Príncipes Electores.

En contraste, en Francia, el poder del Estado fue concentrado con el pasar de los siglos en la figura del Rey, en un proceso de acumulación del ejercicio del poder, que como lo describió Alexis de Tocqueville, estuvo caracterizado por la sustracción de la nobleza de todo poder dentro de la Administración, y aunque a estos se les permitió conservar, e incluso aumentar sus derechos nobiliarios, especialmente sobre aquellas rentas territoriales propias de sus señoríos, la pérdida de vocación de Administración en el gobierno, sumada a la distribución de sus propiedades entre los burgueses, terminaron por limitar a la nobleza francesa a la condición de ciudadano privilegiado¹¹¹ por fuera de la Administración del Reino, condenando a la extinción al sistema feudal, y con ello garantizando la

¹⁰⁹ Así mismo sobre los carolingios merece la pena estudiar: DESCHNER, Karlheinz, *Alta edad media: el auge de la dinastía carolingia*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1995. MÍNGUEZ, José María, *Las claves del período carolingio: 723-879*, Editorial Planeta, Barcelona, 1991. MÜHLBACHER, Engelbert, *Deutsche Geschichte unter den Karolingern*, Ernst Dümmler; mit nachwort und schrifttumsverzeichnis von Harold Steinacker. Edition: Zweite unverändert auflage. Editorial: Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959. ULLMANN, Walter, Methuen, London 1969.

¹¹⁰ Revisar <http://www.dw.com/es/los-nuevos-estados-y-el-sacro-imperio/a-2149242> recatado el 28 de octubre de 2017.

¹¹¹ Sobre el presente concepto, remitirse a: DE TOCQUEVILLE, Alexis. *El antiguo régimen y la Revolución*. Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

centralización del poder en un Estado administrado por ejecutores de la voluntad del Rey.

La característica descrita del poder en el Rey, como en quien yacía la potestad de Administración, de impartir justicia y manifestar su voluntad en órdenes con fuerza de Ley, sobre todo su territorio, favoreció una forma de Administración de los recursos reales y de los designios de sus súbditos en la cual se concentraba el poder en torno al monarca, mientras en nombre de éste sus consejeros efectuaban recomendaciones sobre el ejercicio de las facultades reales. Por su naturaleza, esta institución representó la base sobre la cual el monarca ejercía sus potestades, pues su convocatoria era necesaria para el establecimiento de decisiones en materia política, social, económica, así como la promulgación de actos de justicia en nombre del Rey.

Sobre el particular, argumenta Daresté¹¹² que, desde tiempos muy lejanos, en la plena Edad Media, la corte feudal del reino de San Luis ejerció las potestades reales de Administración y justicia. Estableciéndose para ello, la institución del Consejo, que profería recomendaciones y ejercía directamente, en algunas situaciones, la facultad de Administración y gobierno, y el Parlamento, que constituyó el órgano para la impartición de justicia. Sin embargo, la especialización de funciones fue relevante, siempre que se considere, que el Parlamento atendía situaciones de pequeñas causas, mientras que el Consejo del Rey, si bien ostentaba la potestad de Administración, el rango nobiliario de sus integrantes permitía que ejercieran la facultad de impartir justicia en compañía del Rey, de acuerdo con los protocolos de la época, o cuando éste no hacía uso de su *imperi* para el ejercicio de ésta, en solitario. Justamente como durante las dinastías de

¹¹² DARESTE, Rodolphe. *Études sur les origines du contentieux administratif en France*. II. *Le Conseil d'État.*, en *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869). Vol. 1 (1855). Editorial Dalloz. pp. 239-271. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/43840228> el 16 de mayo de 2017.

los Capetos y de los Valois¹¹³, el Consejo del Rey estuvo conformado principalmente por sus familiares y miembros del alto clero francés, quienes eran elegidos de forma vitalicia.

El Consejo del Rey, juzgaba de fondo un gran número de negocios; establecía la forma cómo debían proceder los jueces y el juzgamiento por la violación de ordenanzas; era la suprema autoridad entre los tribunales, y por lo cual, ejercía control sobre las actuaciones que éstos llevasen a cabo y que redundaran en la violación a la Ley.

Para el siglo XV, las atribuciones judiciales del Consejo del Rey eran tan numerosas que los monarcas Carlos VIII y Luis XII implementaron reformas que concluyeron con la creación de un Gran Consejo y la Corte de Justicia. Sin embargo, cuando estas instituciones propendieron por la reducción de las atribuciones del Consejo del Rey a aquellas puramente políticas y administrativas, no lo lograron debido a que, en primer lugar, el Consejo dependía de la persona misma del Rey; y en segundo lugar, porque a la Corte le fue atribuida jurisdicción propia y particular, independiente del monarca. En consecuencia, el Gran Consejo perdió su autoridad cuando se atribuyó al Consejo del Rey el conocimiento de las apelaciones sobre sus decisiones.

Así entonces, el Gran Consejo perdió su rango de Tribunal de excepción y fue utilizado políticamente por el gobierno para disminuir la autoridad del Parlamento de París¹¹⁴. Señala, en este punto Dareste, que la atribución de las funciones de Corte Suprema que ejercía el Gran Consejo pasó al Consejo del Rey.

¹¹³ Sobre el pertinente remitirse a la lectura de PETIT-DUTAILLIS, Charles Edmond, *La monarquía feudal en Francia y en Inglaterra (siglos X a XII)*, Editorial Hispano-Americana, México, 1961. Richer, *cronista francés del siglo X, Histoire de France (888-995)*, Société d'édition "les Belles lettres", Paris, 1930-1937.

¹¹⁴ El Parlamento de París, del antiguo régimen, fue una institución compuesta por ciento treinta jueces, seguido de trescientos abogados, que impartía justicia de conformidad con las leyes, y que de cuyo ejercicio se alzó gran polémica por su oposición a las decisiones que consideraban

Esta afirmación tiene como fundamento la reglamentación que sobre la materia fue proferida el 21 de mayo de 1615¹¹⁵, bajo el reinado de Luis XIII, y en la cual se pueden leer sus designios sobre las causas de las cuales debiere conocer el Consejo. Entre éstas resalta la disposición sobre la cual todas las disputas que puedan surgir de la aplicación de los decretos y declaraciones que el Rey presente o se haya tratado en el Consejo, se someterá ante las Cortes de Parlamento o de otras Cortes soberanas en donde hayan sido verificados para ser juzgados de conformidad con lo establecido en las ordenanzas reales.

No obstante, desde el ungimiento de Luis XIV como Rey, el Consejo reasumió la calidad de Juez de apelación al efectuar interpretaciones sobre las ordenanzas reales y sus declaraciones, a las cuales tuvieron que recurrir las intendencias y comisarías para llevar a cabo las funciones propias de la Administración,

contrarias a las leyes del reino. Véase a SIMONNET J. *Les parlements sous l'ancienne monarchie, Leurs Grandeurs et Leurs Faiblesses. Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), Vol. 4 (1858), pp. 357-399

¹¹⁵ Para conocimiento del lector se expone la reglamentación del Consejo del 21 de mayo de 1615, que ha dispuesto DARESTE, Rodolphe en su obra *“Études Sur Les Origines Du Contentieux Administratif En France. li. Le Conseil d'état”* pág. 243 - 244: *“La multitude des causes qui ont été et sont encore au Conseil du roi est provenue de diverses occasions qui se peuvent représenter en peu de mots: [...] Premièrement, à cause des troubles et des articles qui ont été accordés par le feu roi à plusieurs princes, seigneurs, gouverneurs de places, villes et communautés, la connaissance desquels et de tous différends qui pourvoient survenir à l'occasion d'iceux a été réservée au Conseil de S. M., comme il étoit lors nécessaire d'en user ainsi. [...] Deuxièmement, les édits et déclarations faits pour ceux de la religion prétendue réformée ont été cause de retenir et juger plusieurs procès et différends au Conseil du roi. [...] Troisièmement, en tous les baux à ferme qui ont été faits du temps du feu roi pour les gabelles, aides et généralement en tous les traités qui ont été faits pour les affaires de finances de S. M., il y a toujours eu réserve de tous les différends qui surviendraient pour l'exécution desdits baux et traités pour être jugés au Conseil du roi. Ce néanmoins, le roi veut et entend que la connaissance de tous les différends qui pourraient survenir en l'exécution des édits et déclarations de S. M. qui soudoient être traités en son Conseil, soit renvoyée aux Cours de Parlement ou autres Cours où les édits auront été vérifiés pour être jugés et terminés conformément à ce qui est ordonné par lesdits édits; que toutes les causes qui pourraient être entre les fermiers et leurs sous-fermiers ou autres, pour raison des baux à ferme ou traités faits pour les affaires de finances de S. M. soient renvoyées ès Cours des aides pour y être jugées et décidées suivant le contenu des baux et traités, sinon qu'il fût question des droits du roi qui pourraient être perdus ou diminués par la collusion ou mauvaise conduite desdits fermiers et sous-fermiers, auquel cas il est besoin d'en retenir connaissance, et a toujours été ainsi usé pour le fait des finances de S.M.”*

asumiendo con ello las funciones de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La oposición por parte del Gran Consejo y de las Cortes de Parlamento, especialmente la de París, fue de gran relevancia, pues sus actuaciones constituyeron un claro desafío a la voluntad del Rey. El desprecio por la extensión desproporcionada de la jurisdicción para esta institución se materializó en contra del aumento de funciones atribuidas al Consejo, entre las que yacían facultades administrativas, como la fijación de los impuestos mediante decreto, y facultades judiciales, como las del conocimiento de diferentes negocios y su decisión en calidad de apelación a las sentencias proferidas por las Cortes de Parlamento y las demás Cortes soberanas.

Enfatiza Daresté, en que para 1658, las reiteradas críticas llevadas a cabo por el abogado general Talón ante el Canciller del Parlamento sobre la frecuencia de las casaciones que se demandaban en el Consejo, la fundamentación de sus sentencias y por la imparcialidad de su decisión, demostraba la necesidad de regular la competencia del Consejo¹¹⁶. Sin embargo, los muchos intentos de regular la competencia de esta institución resultaron infructuosos. Y en su lugar, para el 19 de octubre de 1656, una sentencia del Consejo casó diversas sentencias del Parlamento de París que habían fallado en detrimento de la autoridad del Consejo y de las funciones de los '*maîtres des requêtes*'.

La tendencia a ampliar las facultades del Consejo durante el reinado de Luis XIV y de Luis XV se mantuvo con fundamento en una sentencia del 8 de julio de 1661 en la que el Rey en persona y su Consejo, con el ánimo de resolver cualquier conflicto con los demás tribunales, decidió restringir por razones de Estado el conocimiento de cualquier negocio al que por ordenanza se le haya atribuido

¹¹⁶ DARESTE. Op. Cit; p. 239-271. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/43840228>, el 16 de mayo de 2017.

competencia, al Juez o Corte soberana que resultare sospechoso o sospechosos de contrariar las sentencias del Consejo, y en consecuencia la voluntad del Rey mismo. Señala, Daresté que los parlamentos obedecieron y la jurisdicción del Consejo fue ejercida sin dificultad hasta 1789¹¹⁷.

Sin embargo, bajo el reinado de Luis XVI, el descontento generalizado entre los oficiales de los parlamentos por la imposibilidad de participar en el conocimiento de los litigios administrativos aumentó considerablemente. Esta situación condujo a que los togados sentarían su posición de debilitar el poder monárquico al pretender forzar al Rey a aceptar una especie de "devolución" del poder¹¹⁸, pues como hemos podido observar los monarcas franceses desde el siglo XV habían hecho retroceder, en favor de la centralización del poder, los avances logrados hasta el reinado de Luis XIII en materia de desconcentración de funciones.

Esta primera fase es una propuesta de revisión general de su evolución sin la pretensión de hacer un tratado histórico, pues para ello basta con remitirse a la doctrina especializada de la cual nos hemos servido¹¹⁹. Con todo, podemos concluir anticipadamente que la relación concomitante reposa en medio de la discusión sobre el origen del Derecho administrativo. Para un gran sector de la doctrina, el surgimiento de esta especialidad data de la Francia Napoleónica y los gobiernos monárquicos constitucionales y republicanos posteriores, que establecieron la institución del Consejo de Estado, razón por la cual defienden posturas encaminadas a enfatizar la novedad de éste en comparación con otras aplicaciones del Derecho. Para otros tratadistas, sin lugar a duda, esta idea resulta

¹¹⁷ Ideas tomadas de la lectura de DARESTE, Rodolphe. *Études sur les origines du contentieux administratif en France. II. Le Conseil d'État., en Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869). Vol. 1 (1855). Editorial Dalloz. pp. 239-271.

¹¹⁸ GUÉRARD, Stephane. *Le juge administratif en France*. Contemporary Readings in Law and Social Justice Volume 5(2), 2013, pp. 484-498.

¹¹⁹ Se sugiere la lectura de. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 2015. PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Curso de Derecho administrativo*. Librería del Profesional, Bogotá D.C., 1988. PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Bases jurídico-políticas del Derecho administrativo: el Consejo de Estado Francés, origen del Derecho administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009.

infortunada si se precisa que el origen del Derecho administrativo yace en la Administración misma del Estado.

Con la mirada centrada en el entorno colombiano, debemos partir desde la perspectiva de nuestro Derecho local que ha sido cegada, o demediada, en razón a que a lo largo de su proceso de desarrollo, que no de construcción, ha tenido una marcada tendencia a hallar explicación en su formación, en los memorables fallos del Juez contencioso francés -Administración y Juez-¹²⁰, que se produjeron principalmente durante la época de transición de la Monarquía a la República y durante la consolidación del Estado de Derecho, lo que, sin lugar a dudas, permitió el proceso de creación, desarrollo y plenitud de toda una teoría de la *responsabilidad del Estado*¹²¹, sin que por este primordial hallazgo jurídico, nos permitamos desconocer los avances logrados hasta ese momento en el desarrollo de una ciencia administrativa que iba a encontrar su punto de desarrollo más alto con la obra de Carlos Juan Bonnin, considerado el padre de la *Administración pública*¹²², y quien le entregó a Francia y al mundo los nuevos derroteros para la Administración del Estado, por la misma época en que apenas el Consejo de Estado galo se estaba creando como cuerpo consultivo y asesor de la Administración nacional y local.

¹²⁰ SANTAMARÍA. Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general tomo I*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

¹²¹ Aquí se hace un llamado, al lector para consultar y ampliar estos conceptos con las obras: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los Derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999. ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro. *Responsabilidad del Estado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973. GARCÍA-HERREROS SALCEDO, Orlando, *Lecciones de Derecho administrativo*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1997. MELO ACOSTA, Fernando, *La responsabilidad objetiva de la Administración pública*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 1991. GÓMEZ CARDONA, Efraín, *La Responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.

¹²² Sobre la relevancia de Bonnin en materia administrativa GUERRERO OROZCO, Omar. *Principios de Administración pública*. Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá D.C., 1997.

La obra cumbre de Bonnin “*Principios de la ciencia de la Administración*”¹²³ (*Principes d’administratiion publique*), fue publicada en el año de 1808, el mismo año que publica el “código administrativo” (*De l’importance et de la nécessité d’un code administratif*), y ocho años después de que Napoleón creara el Consejo de Estado en 1800, el que solo vino a cumplir funciones judiciales parcialmente sesenta y cuatro años más tarde, en el año 1872 por delegación prevista en la ley 24-05 de mayo de 1872.

Es el momento de indicar históricamente el valor de Bonnin, desde la óptica de la Administración. Si bien este intelectual parisino moduló y estructuró una serie de principios al método de fines, su obra no ha sido valorada en su integridad por el mismo afán porfiado de reducir el Derecho administrativo en formación a la solución de controversias surgidas por la vía contenciosa. Omar Guerrero sostiene que “*Bonnin puede ser considerado entre los precursores del Derecho público, constitucional y administrativo, en el sentido que estas materias tienen hoy día*”¹²⁴.

Con las tesis de Guérard, podemos afirmar que la actitud obediente de los parlamentos de finales del antiguo régimen llevó a muchos abogados y funcionarios de estas organizaciones, a convertirse en revolucionarios¹²⁵ que rechazaban la transferencia de la función judicial de lo contencioso administrativo a la Administración, llevando a que en 1790 se anunciara la prohibición a ésta última para conocer de litigios contenciosos administrativos.

¹²³ BONNIN BAPTISTE, Charles-Jean, *Principios de Administración pública*. Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

¹²⁴ GUERRERO OROZCO, Omar. *La Teoría de la Administración Pública*. Textos Universitarios en ciencias sociales. México. 2000.

¹²⁵ GUÉRARD, Stephane. *Le juge administratif en France*. Contemporary Readings in Law and Social Justice Volume 5(2), 2013, p. 484-498

Es así como en la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790¹²⁶, se dispuso la separación de las funciones judiciales de las administrativas, y posteriormente, la Constitución del 03 de septiembre de 1791¹²⁷ estableció la prohibición de los tribunales para desarrollar funciones administrativas, y la imposibilidad de comparecencia de los administradores en razón a sus funciones, ante los tribunales. Podemos observar que desde un primer momento se quería, como diría Bonnin, administrar en sentido de poner orden a las relaciones del *Estado* y los *ciudadanos*; pero por otro lado se buscaba ejercer un fuerte control judicial en el marco de las actuaciones públicas, control que se ejercía de manera directa. Este segundo espacio ha sido el que nos han tratado de heredar en Colombia.

Se puede confirmar que es bajo la regencia de la Constitución antes referenciada, y la normatividad siguiente, que se modeló una forma de República revolucionaria sobre las bases del “*príncipe de séparation des autorités administrative et judiciaire*”, lo cual significó la organización de la naciente República en corporaciones de justicia y de Administración institucionalizados bajo las pautas de la división tripartita del poder público, como garantía de desconcentración de funciones públicas. La construcción de esta República revolucionaria se fundamenta en los siguientes postulados, según Rivero: “*la primacía de la ley, la separación de las autoridades administrativas y judiciales, el liberalismo político, la igualdad de los ciudadanos ante la Administración y el liberalismo económico*”¹²⁸.

¹²⁶ Para conocimiento del lector se expone el acápite de la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790, referenciado por GUÉRARD, Stephane. en *Le juge administratif en France*. p. 486. “*La loi des 16 et 24 août 1790, dans son titre II, article 13, dispose que «les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions»*”.

¹²⁷ Para conocimiento del lector se expone el artículo 3º del Capítulo V del Título III de la Constitución du 03 septembre 1791, referenciado por GUÉRARD, Stephan. *En Le juge administratif en France*. p. 486; el cual dispuso lo siguiente: «*les tribunaux ne peuvent entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs en raison de leurs fonctions*».

¹²⁸ Véase: RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. Instituto de Derecho público. Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1984. p. 30.

En consideración a lo anterior, la férrea separación de la función de juzgar y de administrar aunada por el mismo yacer del Estado francés bajo el control de la burguesía, recayó en la propia Administración decidir sobre sus actuaciones, dando surgimiento a lo que Guérard enfatiza como teoría del Ministro-Juez¹²⁹, mientras que se relegó a los órganos judiciales únicamente al conocimiento de litigios sobre crímenes y diferendos entre particulares. En el caso de la Administración, no fue muy aceptada entre los revolucionarios el doble rol de Juez y parte que estaba desempeñando ésta. Como respuesta a esta situación, Napoleón Bonaparte decidió crear en el año 1800, el Consejo de Estado y los Consejos de las Prefecturas¹³⁰, estos últimos dirigidos por Prefectos.

La institución del Consejo de Estado fue concebida a manera de Tribunal de apelación y de Corte de casación en materia administrativa, así lo dispusieron los decretos del 11 de junio y del 22 de julio de 1806 que determinaron la competencia y el procedimiento de apelación. El Consejo de Estado también le fue encomendado la autorización de acciones judiciales en contra de los agentes del gobierno. Sin embargo, bajo el régimen consular e imperial, las leyes que regularon la competencia del Consejo de Estado no determinaron el proceder correspondiente al acaecimiento de la devolución de los litigios a otras jurisdicciones de corte administrativa, como los jueces de paz. Por lo cual, fue el

¹²⁹ GUÉRARD. Op. Cit; p. 484–498.

¹³⁰ De acuerdo con DARESTE, Rodolphe en *Études sur les origines du contentieux administratif en France IV. Les juridictions administratives depuis 1789*. p. 123-124, cuando se discutió la Ley del 28 pluvioso del año VIII, sobre los Consejos de las Prefecturas, se anunció la intención de confiar a éstos el conocimiento de litigios en todas las partes de la Administración. Sin embargo, cuando fue promulgada la Ley, ésta guardó silencio sobre la competencia de estas instituciones. En consecuencia, se recurrió a la legislación anterior y a las interpretaciones de los tribunales, en las que se reconoció la competencia exclusiva para la Administración, y se arguyó la imposibilidad de ejercer facultades que se le habían encomendado a los tribunales o a los ministros, y especialmente, a los jueces ordinarios de litigio administrativo. Por lo cual, los Consejos de las Prefecturas fueron considerados como un tribunal de excepción, con competencia limitada por la Ley del 28 pluvioso del año VIII, la legislación anterior y subsiguiente, y por la interpretación dada por la jurisprudencia, fuentes mediante las cuales se les atribuyó importantes facultades como la de resolver las solicitudes sobre la clasificación de inmuebles durante las operaciones de catastro; el juzgamiento de controversias surgidas sobre el recaudo de impuestos directos; resolver las controversias sobre los honorarios de los pavimentadores de calles, entre otras.

mismo Gobierno el que propendió porque el Consejo de Estado decidiera sobre estos en primera instancia y en último recurso. No obstante, se suprimió este último, con fundamento en el deber de envío de la decisión de la sentencia al emperador a través del informe del ministro¹³¹.

Lo anterior, como una garantía que la legislación imperial estatuyó para la protección de los derechos de los particulares, la cual se asemejaba a cuando en el antiguo régimen, las decisiones del Consejo eran susceptibles de oposición ante el mismo cuando desconocían derechos adquiridos, por lo cual, para 1813, el régimen imperial había conseguido alterar el orden de los tribunales a conveniencia de la concentración del poder en la persona del emperador, evocando así el proceder del monarca del antiguo régimen.

Tras la caída de Napoleón Bonaparte, la institucionalidad del Consejo de Estado fue cuestionada, conforme a que los detractores del régimen imperial acusaron a éste de ser una corporación bajo el sesgo partidario del antiguo emperador, y, en consecuencia, las sentencias, e incluso su misma competencia para juzgar, fueron puestas en tela de juicio. Lo anterior, se incrementó con la creencia de los partidarios del gobierno de “La Restauración” de eliminar el Consejo de Estado debido a la escasa independencia de sus miembros, debido a que, durante la época imperial, esta institución fue modelada bajo la forma del otrora Consejo del Rey.

El Consejo de Estado fue objeto de diferentes regulaciones que modificaron su forma y restringieron sus funciones durante el ascenso de los Borbones al poder y el establecimiento de la Segunda República Francesa a la caída de estos. Durante el reinado de Napoleón III Bonaparte, en el marco del surgimiento del Segundo Imperio Francés, se publicó el Decreto del 30 septiembre de 1853, el cual determinó la naturaleza del Consejo de Estado como un Juez de atribución cuya

¹³¹ DARESTE, Op. Cit; p. 131.

competencia era especialísima para el conocimiento de situaciones determinadas por la Ley¹³², quitándole sus funciones de Juez administrativo de Derecho común.

Tiempo después, la Ley del 24 de mayo de 1872¹³³ estableció para el Consejo de Estado el poder de justicia delegada, permitiendo con ello tomar decisiones contenciosas en nombre propio. Además de ello, como lo ha analizado el Consejo Constitucional francés mediante decisión de 22 de julio de 1980, con esta Ley se garantizó a la justicia administrativa su independencia y el carácter específico de sus funciones, sobre las cuales no pueden intervenir ni el legislador, ni el gobierno¹³⁴.

El establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa independiente de la voluntad del Gobierno y de la intervención legislativa, permitió el desarrollo de la justicia administrativa, logrando con ello su maduración con la construcción de jurisprudencia, a partir de fallos emblemáticos. Es en este contexto que se profieren sentencias como la del 13 de diciembre de 1889, la cual constituye una de las decisiones cumbres de esta institución, conforme a que, a través de ésta, el Consejo de Estado abandonó del todo la justicia retenida, y sus múltiples desarrollos dogmáticos que soportaban la teoría del Ministro-Juez, logrando con ello afirmar *su autonomía y capacidad jurídica para proferir sus sentencias como Juez de Derecho Administrativo*.¹³⁵

¹³²Sobre el pertinente mirar: PENAGOS. Gustavo. Bases jurídico políticas del Derecho administrativo ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, D.C.2009; p 117 y ss.

¹³³ Nuestra fuente sigue siendo GUÉRARD, Stephan. *Le juge administratif en France. Contemporary Readings in Law and Social Justice* Volume 5(2), 2013. p. 487. Par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, le Conseil d'Etat s'est vue reconnaître la possibilité de juger seul (on dira alors que sa justice est «déléguée»). En effet, cet article dispose que «le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives».

¹³⁴ Remítase a: ROSADO PACHECO, Santiago. *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 169.

¹³⁵ PENAGOS. Op. Cit; p. 84 y ss.

Esta sentencia, conocida como Fallo Cadot, dirime la controversia surgida entre la ciudad de Marsella y el Sr. Cadot, por cuanto la primera suprimió el empleo de ingeniero-director de la inspección de caminos y de los de la ciudad, afectando al último que decidió reclamar los daños y perjuicios. El Fallo Cadot merece un capítulo aparte en la interpretación administrativa no solo por su fuente conceptual, sino porque es icónico, ya que superó el requerimiento de sometimiento previo de los litigios de naturaleza administrativa ante la decisión del ministro, exceptuándose en los casos en que, por ley, sea obligatoria la interposición del recurso administrativo, con lo cual estableció la independencia del Consejo de Estado como un Juez de Derecho común, ya no sometido a la competencia limitada y residual, con atribuciones suficientes para el conocimiento de los recursos de anulación de los actos administrativos y de los recursos de indemnización formulados contra las colectividades públicas.

Luego del Fallo Cadot, el Consejo de Estado profirió una serie de sentencias que fundaron la base de la jurisprudencia de lo contencioso administrativo¹³⁶, como la proferida el 06 de febrero de 1903, conocida también como el Fallo Terrier, cuya importancia radica, según explica Cossalter *“no solamente en sus propios contenidos, sino también en sus conclusiones, las cuales versan sobre la distinción entre la gestión pública y la gestión privada como criterio de división de poderes, idea que se desarrolla desde la consideración sobre la precedencia del Derecho administrativo, y su aplicación sólo en la medida en que la Administración utiliza procesos exorbitantes Derecho común”*¹³⁷.

De esta manera hemos repasado el trasegar histórico de esta institución, desde tiempos de San Luis Ludovico; de los consejos de pares de Felipe IV El Hermoso;

¹³⁶ Sobre éstas se puede profundizar en LONG, Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Ed. Dalloz, Paris, 2015.

¹³⁷ En: COSSALTER, P. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Mémoire pour le DEA de Droit Public Interne de L'Université Panthéon-Assas (Paris II). 1999. p. 17. Recuperado en http://www.cossalter.net/cossalter/docs/memoire_DEA_GAJA_cossalter.pdf

de los avances hasta Luis XIII, en materia de desconcentración de funciones; de la concentración absolutista del poder acaecida bajo el reinado de Luis XIV y sus sucesores; la revolución contra el sistema absolutista borbónico; e incluso pasando por el sueño del Imperio Francés, como obra de la coronación del Primer Cónsul Napoleón Bonaparte como Emperador de los franceses; el restablecimiento de los Borbones bajo las reglas de una monarquía constitucional; y posteriormente, la consolidación del Consejo de Estado como institución precursora de las bases de la jurisprudencia administrativa durante el transcurso del siglo XIX, atravesando las dificultades que trajeron consigo el resurgimiento de la República, el ocaso del Segundo Imperio, y el nacimiento de la Tercera República Francesa¹³⁸.

Es posible deducir de todo lo anterior que, a lo largo de la historia francesa, el desarrollo de una perspectiva meramente contenciosa del Derecho administrativo, la cual fue difundida entre los estados, principalmente los latinoamericanos, se justificó a partir de la identidad que guardan, para muchos doctrinantes, la compilación escrita del Derecho de la Administración en la época imperial con el surgimiento del Derecho administrativo, que conllevó a que se asemejara la institucionalización del Consejo de Estado y su jurisdicción contenciosa con el surgimiento del Derecho administrativo.

Esta visión, que llamamos contenciosa, para entender el origen y creación de un Derecho administrativo, que fue así introducido en nuestro espacio jurídico, ha generado confusiones y, sobre todo, desconocimiento de las verdaderas instituciones que en realidad sirven de causa efectiva para su estudio y además intervienen en la construcción de su campo de acción, pues si seguimos entiendo que esta disciplina jurídica se creó a partir de la expedición de fallos y sentencias del Juez especial, estamos abordando su estudio de manera invertida, es decir,

¹³⁸ DUBET, Anne, *La hacienda real de la Nueva Planta (1713-1726), entre fraude y buen gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

revisando y analizando las consecuencias pero desconociendo sus verdaderas causas, desvaneciendo lo que en nuestra apreciación constituye la esencia de su existencia, esto es la Administración o administraciones públicas.¹³⁹

Recordemos que el maestro García de Enterría ya se refería a este fenómeno al recordar que *“siempre se ha hablado de la Administración Pública en singular y nos hemos referido preferentemente con el empleo de esta expresión al nivel en que se mueve la Administración propia del Estado”*. Además, continúa insistiendo que *“no hay una sola Administración pública, sino una pluralidad de estas, titulares de relaciones jurídico-administrativas. De lo cual se puede afirmar que las Comunidades Autónomas, las Administraciones locales y las instituciones o corporaciones hacen parte del sistema de administraciones,”*¹⁴⁰. Pensar que el Estado pierde su identidad o se quebranta, por el hecho de diversificar sus unidades administrativas, es algo quimérico, dado que precisamente esta diversificación hace que el Estado englobe todas sus instancias ya sea de forma directa, central o descentralizada, pues lo que se busca al hablar de administraciones, es mostrar que no existe una forma única de ejercer esta actividad sino que, por el contrario, existen tantas administraciones como manifestaciones sociales emerjan en los estados¹⁴¹.

¹³⁹ Sobre la diferencia del Derecho administrativo legislado y el jurisprudencial revisar: PEÑA, Diego. *El trasegar del acto administrativo en Colombia: Entre el retrato y la conveniencia*, Universidad de los Andes, Revista de Derecho público, Bogotá, 2006.

¹⁴⁰ Sobre el pertinente, ceñirse, a Op. Cit. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *Curso de Derecho administrativo Tomo I*. Sobre todo en p.42 *“La Administración pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión. [...] Así mismo la delegación también se produce por fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismo efectos...”*, lo cual nos lleva a comprender que la Administración del Estado debe ser asumida como administraciones plurales, de lo cual somos conscientes al estudiar la composición misma de la organización del Estado.

¹⁴¹ Remitirse a: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *Curso de Derecho administrativo I*. Civitas. Madrid. 1995.

Así lo hemos podido evidencia en las lecturas ya clásicas de nuestros autores de Derecho¹⁴², al entregar una explicación diferencial del origen de nuestro Derecho administrativo con el francés, cuando evocan como fuente de creación el decreto del 30 de octubre de 1817 expedido por el libertador Simón Bolívar en Angosturas Venezuela, mediante el cual le dio vida a nuestro cuerpo contencioso administrativo, pero sólo como organismo consultivo del ejecutivo nacional. Esta simple anotación histórica, que hoy ya cobra reconocimiento bicentenario, ha afianzado la creencia y tendencia impropia de considerar que nuestro Derecho administrativo lo encontramos en el máximo Tribunal contencioso y no en el estudio de las administraciones del Estado¹⁴³.

¹⁴² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 2015. PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Curso de Derecho administrativo*, Librería del Profesional, Bogotá D.C., 1988. PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Bases jurídico-políticas del Derecho administrativo: El Consejo de Estado Francés, origen del Derecho administrativo*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009.

¹⁴³ Preferimos para mayor certeza académica citar: Decreto de creación del Consejo de Estado de 1817 *“Considerando que es imposible establecer por ahora un buen Gobierno representativo y una Constitución eminentemente liberal, a cuyo objeto se dirigen todos mis esfuerzos y los votos más ardientes de mi corazón, mientras no se halle libre y tranquila la mayor parte del territorio de la República, especialmente la capital, y deseando que las providencias importantes, las leyes, reglamentos e instituciones saludables que deben entretanto publicarse para la Administración y organización de las Provincias ya libres o que se liberten, sean propuestas, discutidas y acordadas en una Asamblea, que por su número y por la dignidad de los que la compongan merezcan la confianza pública, he venido en decretar y decreto lo siguiente: “Artículo 1. Tendrá el Jefe Supremo de la República un Consejo Provisional de Estado que residirá por ahora en la capital de la Provincia de Guayana, y será compuesto del Almirante, del Jefe de Estado Mayor General, del Intendente General, del Comisario General del Ejército, del Presidente y Ministros de la Alta Corte de Justicia, del Presidente y Ministros del Tribunal de Secuestros, de los Secretarios del Despacho y de los empleados siguientes de esta Provincia, mientras resida en su capital, a saber: el Gobernador Comandante general, los Generales y Coroneles que estén en actual servicio en esta ciudad, el Intendente, los Ministros Contador y Tesorero, y el Gobernador Político. Artículo 2. El Consejo se dividirá en tres secciones: 1.ª Estado y Hacienda. 2.ª Marina y Guerra. 3.ª Interior y Justicia. Artículo 3. El Gobierno nombrará los miembros del Consejo de Estado que deben componer cada sección y elegirá entre ellos los que deban presidirlas. Artículo 4. El Consejo de Estado no puede ser convocado ni presidido sino por el Jefe Supremo; pero en su ausencia será presidido por el consejero a quien haya delegado esta función. Las secciones serán convocadas por sus presidentes respectivos, según lo exijan los asuntos en que se ocupen. Artículo 5. Todo individuo de una sección puede proponer en ella cuantos planes, reglamentos, providencias, etc., le parezcan convenientes al bien público en el ramo de sus atribuciones; pero sólo el presidente de la sección puede hacerlo en Consejo de Estado, siempre que el proyecto haya sido aprobado por la sección. Artículo 6. El Jefe Supremo convoca según le parece, una o dos secciones, o el Consejo general de Estado; pero ni aquéllas ni éste podrán tener en ningún caso más que voto consultivo. Artículo 7. Las comunicaciones que se ofrezcan entre dos secciones se harán por medio de uno o dos individuos comisionados para la discusión; pero las secciones mismas no podrán reunirse entre sí sino por disposición del Jefe Supremo. Artículo 8. Sin embargo, de que las secciones indican bastantemente el objeto de sus atribuciones se especifican: La 1.ª abraza las Relaciones Exteriores, todos los negocios de Estado y alta policía, arreglo de contribuciones directas o indirectas, Administración de rentas, etc. La 2.ª todo lo concerniente a la organización y movimiento de las fuerzas de tierra y mar y a la Administración militar, armas, víveres, vestuarios, pertrechos y municiones, etc. La 3.ª la Administración civil y de justicia, la policía municipal, todo lo relativo al fomento interior, comercio, agricultura, industria, instrucción*”

Ahora bien, desde un enfoque más universal, el Derecho administrativo, como cualquier rama jurídica, presenta grandes discusiones a la hora de establecer el contexto dentro del cual ha nacido; sin embargo, un gran sector de la doctrina especializada, como hemos tratado de exponer, han aceptado su origen a partir del proceso revolucionario en Francia¹⁴⁴, lo que algunos aun destacan como una de sus principales características como la de ser considerado de reciente creación frente a otras disciplinas más antiguas que caracterizaron al Derecho¹⁴⁵.

Sin embargo, algunos tratadistas como Georges Veddel¹⁴⁶, consideran que la Administración es innata a cualquier tipo de asociación o comunidad política, lo cual hace que exista desde las épocas más antiguas en las que la agrupación para la subsistencia era lo más significativo. Las tesis de Veddel han sido muy relevantes en materia administrativa, principalmente en lo que se refiere a que toda civilización tiene de por sí, un sistema de Derecho administrativo necesariamente. Lo anterior, visto por cualquier investigador o profesor de esta materia, sería cuestionado a través de dos tesis: I) el concepto de civilización aparece tardíamente a mediados del siglo XVIII¹⁴⁷; y, II) los pueblos antiguos no conocen la noción de Derecho ni la noción de público como nosotros la entendemos, es decir que frente a esta teoría se presenta una contraposición que

pública, establecimiento de beneficencia, caminos, puentes y calzadas, etc. Artículo 9. El Consejo de Estado tendrá un secretario que debe ser nombrado por el Gobierno Supremo. Artículo 10. Si convocado el Consejo de Estado, o una o dos secciones, se conformare el Jefe Supremo con su dictamen, el decreto que recaiga sobre él lo expresará por esta fórmula: «Oído el Consejo de Estado u oída la sección N o las secciones N, N, del Consejo de Estado». Artículo 11. Para los asuntos que el Jefe Supremo quiera consultar en particular habrá un Consejo privado compuesto del Almirante, de los Gobernadores militar y político, de los presidentes de las secciones y de los secretarios del Despacho». Angostura, octubre 30 de 1817. Simón Bolívar, Jefe Supremo de la República, Capitán General de los Ejércitos de Venezuela y de Nueva Granada.

¹⁴⁴ Aunque existen otras posiciones académicas como la de VÉLEZ GARCÍA, Jorge; quien sostiene que hay dos Derechos administrativos ajenos en Europa; uno de nacimiento francés y otro de origen anglosajón Remitimos a lo expuesto en su obra *Los dos sistemas de Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1994.

¹⁴⁵ Como se puede encontrar en la obra de NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1986.

¹⁴⁶ VEDDEL, Georges. *Derecho administrativo*. Madrid, Biblioteca Aguilar, 1980, p.40.

¹⁴⁷ ELIAS, Norbert. *El proceso de la civilización*. México, FCE, 1988.

demuestra que no existen criterios unívocos en materia de ciencia humanas, y que pretender una totalización del pensamiento jurídico genera un daño en los académicos. Habiendo dicho esto sostenemos que la otra vía de entender el nacimiento del Derecho administrativo como ciencia jurídica en gestación, aparece, como han sostenido los especialistas, en Francia, hace apenas unos doscientos años, es decir que antes de esta fecha pudo haber Derecho administrativo, pero no se había contextualizado ni, menos aún, conceptualizado como tal, porque los procesos jurídicos son dados por etapas de análisis, creación y uso de espacio específicos de largo alcance. Lo que sí es útil afirmar y, sobre todo rescatar, es la existencia de modelos organizados y avanzados de Administración del *Estado* que trascendieron y se consolidaron como estructuras sólidas que permitieron legitimar su actividad y sus diversas expresiones, lo cual nos lleva a concluir que la primera parte de la exposición estuvo dirigida a probar los pasos que se tuvieron que dar para llegar a consolidarse el Derecho administrativo. No de otra manera encontramos recientes estudios de Derecho administrativo, citando como fuentes los tipos de organización en distintos momentos de formación del *Estado*, tales como la *tesorería*, *el fiscalismo*, *el cameralismo* y *la policía administrativa*¹⁴⁸.

Los procesos jurídicos jamás estuvieron aislados de los fenómenos políticos; por el contrario, siempre que se cambiaba el sistema de gobierno se hacía también un cambio en la estructura jurídica y normativa, como en el caso de la Revolución Francesa, que fue capaz de modificar las estructuras jurídicas por medio de eventos sociales y políticos.¹⁴⁹ Aunque tratadistas como Libardo Rodríguez sostiene que Veddel y otros clásicos en la materia han afirmado que: “*en el sentido preciso del término no existe Derecho administrativo mientras ese conjunto*

¹⁴⁸ Los temas señalados serán vistos más adelante. Así mismo, venimos trabajado en estos conceptos, los que serán objeto de obligatoria referencia en una posterior publicación.

¹⁴⁹ NIETO, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986; y CRUZ ALLÍ-ARANGUREN, Juan. *Derecho administrativo y globalización*, Civitas ediciones, Madrid, 2004

*de reglas no sea sustancialmente diferente del que se aplica a las relaciones entre particulares y que dichas reglas no sean obligatorias para los gobernantes”¹⁵⁰. Es decir, que sólo puede afirmarse que efectivamente “*existe Derecho administrativo en un Estado, cuando ese conjunto de normas reguladoras de la organización y la actividad administrativas son obligatorias para las autoridades y conforman un cuerpo coherente y sistemático, que permita afirmar la existencia de una rama especializada del Derecho, diferente de las ramas jurídicas tradicionales, como el Derecho civil, el penal, el comercial, el laboral, etcétera*¹⁵¹.*

Tesis que, aunque parezca novedosa es muy ambigua, pues en realidad solo existe Derecho administrativo cuando se dan dos presupuestos: la existencia previa de un Estado y la noción moderna de *lo público*; mientras tanto solo se podrá hablar de Derecho y Administración. Es imposible remontarse a los romanos para encontrar instituciones públicas allí, debido a que en este tipo de organización política no se tenía dicho concepto; por el contrario, existe evidencia que los romanos fueron los primeros en dar un contexto a un *corpus jurídico*. El mismo Rodríguez entiende que el Derecho administrativo no es de antigua usanza, al afirmar que:

“En ese orden de ideas podría identificarse una primera etapa relacionada con el origen del Derecho administrativo, referida a los que podrían denominarse antecedentes remotos, [...] Igual situación se presenta con etapas históricas más próximas a los diferentes países, como la época monárquica y la colonización española en América. Pero es evidente que, en esas épocas, fuera de la necesidad práctica de tener algunas reglas para organizar la actuación de las autoridades, no existía la más mínima intención

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho administrativo*. Referencia tomada de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

¹⁵¹ *Ibidem*. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho administrativo*. Ref. tomada de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

*de conformar un cuerpo sistemático de normas que regularan esa actuación”.*¹⁵²

También es posible afirmar que las experiencias históricas han creado dos espacios de evolución del Derecho administrativo: por un lado, tenemos la postura de un Derecho legislado y, la otra que se desarrolla a partir de jurisprudencia. Sin embargo y para nuestro contexto es innegable la influencia de la doctrina y la jurisprudencia francesa a la hora de entender la maduración de esta disciplina jurídica. Por ello desde un principio no se tuvo choques entre el Derecho y las constituciones, como veremos más adelante, Francia logró solventar este evento, gracias a la diferencia de campos de análisis y de acción de las mismas; así pues, la ruta de crecimiento del Derecho administrativo transita por la parte de la justicia o el gobierno¹⁵³.

De lo anterior podemos ratificar que la historia del Derecho administrativo más que de la Administración es inherente a la historia del Estado, como lo ha sostenido el profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor al decir que la verdadera historia que debe interesarnos sobre la Administración y el Derecho es la que se forja a partir del siglo XVIII, donde se impusieron las pautas de limitación y racionalización al proceso de crecimiento desbordado del poder¹⁵⁴. Evidentemente los procesos que iniciaron los movimientos liberales en la revolución francesa –*Nouveau Régimen*– hacen pensar que las estructuras políticas y jurídicas sufrirían un descollo al intentar dar un giro sistemático sobre el método jurídico empleado en la edad media y parte del renacimiento –*Ancien Régimen*–; el siglo del cual estamos hablando se ve acentuado por la participación efectiva del pueblo en los procesos de cambio, como ya se expuso.

¹⁵² *Ibíd.* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho administrativo*. Ref. tomada de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

¹⁵³ MONTAÑA, Alberto. *El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho Administrativo*. En *La constitucionalización del Derecho administrativo - XV JORNADAS*. Universidad Externado de Colombia. 2014, p. 63-70.

¹⁵⁴ SANTAMARÍA, Op. Cit; p.

Posiblemente los actores de la revolución francesa sabían que una manera para cambiar el sistema político de turno era renovar o cambiar las estructuras básicas de la sociedad, lo que para esa época era desarticular los sistemas legales y administrativos que el antiguo régimen había sido capaz de implementar por encima del pueblo francés. Ahora bien, las variables establecidas para acordar como punto de partida esta fecha histórica para la política en el mundo, fueron, entre otras, la *sustitución del Estado individual absoluto* por el Estado General como conquista del Derecho, sometido a sus disposiciones, dando origen a un nuevo actor dentro del orden jurídico y a la formulación y adopción del *principio de legalidad* como eje fundamental, para lo que posteriormente se entendería como Estado de Derecho; la *división tripartita del poder* en términos de lo planteado por Montesquieu 40 años atrás; la *aceptación y regulación de los derechos individuales del hombre* como conquista del pueblo; la afirmación de los *principios del liberalismo económico y político* como rectores de la organizacional y dinámica del Estado, y la *necesidad de controlar jurisdiccionalmente la actividad administrativa*¹⁵⁵.

Esta visión dogmática encontró como campo fecundo, la transición de un Estado irresponsable o de reconocimientos, a uno cuyas actuaciones estaban regidas por las normas jurídicas establecidas, lo que permitió instaurar límites al ejercicio de su actuación y alertar la construcción del Derecho administrativo desde el campo del control al ejercicio del poder y sus excesos, como actuación responsable del Estado.

Así se empieza a fijar límites a la acción del Estado bajo la concepción de la teoría de la vinculación positiva estableciendo su funcionalidad a partir de lo que la ley expresamente le permitía hacer, en contraste con las actuaciones de los particulares que les está permitido realizar todo aquello que no esté prohibido¹⁵⁶.

¹⁵⁵ NIETO, Op. Cit; p 137.

¹⁵⁶ BELADIEZ ROJO, Margarita. Los principios jurídicos, Tecnos, Madrid, 1994.

2.3 FORMACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Sintetizando lo que se ha examinado diremos que sobre esta línea de pensamiento, y frente a la dinámica del nuevo actor jurídico, aparece entonces la necesidad de definir el juzgador natural del Estado como ejecutor de la ley, ya que por norma jurídica (ley 16 - 24 de agosto de 1790) a los jueces ordinarios se les había prohibido resolver los posibles litigios en los que en un extremo del mismo apareciera involucrado el Estado, momento histórico este que se conoció como la institución *del ministro o Administración-Juez*, que no es otra que su propio juzgamiento. Este hecho es destacado en la creación del Derecho administrativo, pues es el que genera la aparición de su órgano especial de juzgamiento concretado en el Consejo de Estado (1800) cuya creación napoleónica se inspiró en la reconocida institución del Gran Consejo del Rey establecido en la época de Felipe el hermoso¹⁵⁷, pues la historia afirma que fue una organización funcional completa y compleja, que desbordó su naturaleza originaria del *Consilium* romano como cuerpo consultivo del gobernante. En efecto, Napoleón creó el Consejo de Estado, no con el poder juzgador que tenía el Gran Consejo, sino como cuerpo consultivo y asesor del ejecutivo en su labor de concretar el alcance de las leyes, por un lado, y como órgano sustanciador de las decisiones que adoptaría el Ministro como Juez (institución de la *justicia retenida* y de la vía gubernativa), como bien ha observado el maestro Penagos al citar las tesis del profesor parisino Auby et Drago, cuando afirma que aunque el Consejo de Estado es a menudo presentado como obra napoleónica, es fundamental recordar que el nombre y sus funciones ya venían desde el antiguo régimen, y que con Napoleón este se torna es una institución moderna al ser de doble vía, por un lado hace parte del Gobierno y por el otro de la Administración¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Para mayor claridad: CALDERÓN ORTEGA, José Manuel. *Felipe el Hermoso*, Espasa, Madrid, 2001. p.

¹⁵⁸ PENAGOS, Op. Cit: p. 69 y ss.

El reconocimiento a la labor proyectiva de los fallos administrativos por el Consejo de Estado, le valió especial reconocimiento con la expedición de la ley 24 de mayo de 1872 que se concretó en la instauración de la tercera institución denominada *justicia delegada*, pues en la misma se facultó parcialmente al organismo consultor de poder judicial, lo que significó la compleja coexistencia de dos jurisdicciones para un mismo actor, situación que a la postre fue superada por uno de los innumerables fallos que expidió el Consejo de Estado más de un siglo después (fallo Cadot 1889), surgiendo así de manera definitiva el Juez especial del Estado en su doble función: cuerpo consultivo del gobierno y como institución de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con todo, la lectura clásica tradicional que hemos tenido como punto de origen del Derecho administrativo, la ubica en el momento en que se creó la obligación de juzgar las conductas del nuevo actor en el tráfico jurídico: *el Estado*, y con ella la necesidad de garantizar su protección por jueces imparciales, que no especiales, puesto que esta no fue la razón de la creación inicial del Juez administrativo, que atendieran o sustanciaran los requerimientos de los ciudadanos cuando se vieran afectados por sus decisiones o actuaciones. Existe unanimidad en la doctrina especializada en afirmar que el Consejo de Estado fue creado como cuerpo consultivo y asesor del gobierno nacional, no como Juez independiente¹⁵⁹. Sabino Cassese, demuestra que el Derecho administrativo en su fase embrionaria, supuso un reforzamiento del poder público frente a los ciudadanos, contratistas y empleados, que se materializaba en el sometimiento del poder público a la soberanía del Estado, que finalmente se manifiesta en instituciones centrales, sin

¹⁵⁹ Confrontar entre: CASSESE, Sabino, *Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo*, en *La constitucionalización del Derecho Administrativo -XV jornadas internacionales de Derecho administrativo-*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2014; y DARESTE, Rodolphe. *Études sur les origines du contentieux administratif en France. II. Le Conseil d'État.*, en *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869). Vol. 1 (1855). Editorial Dalloz. pp. 239-271. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/43840228>

embargo el Consejo de Estado independiza la labor de las acciones públicas, cuando existe un dilema que se sale del control mismo.¹⁶⁰

Esto nos lleva a decir que, la casuística que permitió el reconocimiento al novedoso cuerpo consultivo y asesor, le significó la exaltación de Juez parcial de las contiendas administrativas (justicia delegada) para más tarde decidir, mediante sentencia judicial, convertirse en el único Juez especial contencioso administrativo del Estado -famoso fallo Cadot 1889-. Claro, esta historia corresponde a la Francia de la revolución política, y que nos ha debido servir de inspiración para entender que el Juez especial para juzgar las conductas del Estado, fue un accidental aporte en la construcción del Derecho administrativo y un avance organizacional significativo para los ordenamientos que siguieran el llamado modelo francés, pues el Derecho anglosajón, por las características propias de su revolución gloriosa, no requirió la existencia de un Juez especial que juzgara al Estado; ello fue resuelto con los jueces existentes, sin atender diferencia alguna ni otorgarle prelación especial al Estado¹⁶¹, en lo que respecta a su Derecho administrativo (otra cosa es que en tiempos actuales se eche de menos por ciertos estudiosos de esta disciplina jurídica, la necesidad de un Juez de estas características).

Vale la pena recordar que Cassese asegura, desde la diferencia de modelos administrativos –francés e Inglés- que el surgimiento y desarrollo de sus instituciones depende únicamente del esquema jurídico adoptado. Cinco son los signos que nos permiten inferir lo anterior: (I) el impulso del llamado *collectivism*, (II) El crecimiento de los poderes del ejecutivo; (III) la interacción entre la Administración local y la Administración central, que se materializa en la organización propia de cada una; (IV) El cambio del *civil service*, antes sometido al arbitrio del poder gubernativo, que define los principios de la actividad civil; y, (V)

¹⁶⁰ CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: Historia y futuro*. INAP. Madrid. 2014. p 32-34.

¹⁶¹ VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del Derecho administrativo: ensayo de Derecho público comparado*. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Bogotá. 1996.

el desarrollo de los órganos administrativos que operan según procedimientos cuasi-jurisdiccionales¹⁶².

El ejercicio del poder público del Estado, como fundamento de los regímenes políticos para materializar sus principios, no se agota en el correcto ejercicio de la jurisdicción, sino que debe garantizarse el desarrollo continuo de la Administración y sus agentes, para el fortalecimiento del mismo Estado. Lo anterior, debe ser considerado de conformidad a que *“junto a los aparatos compuestos por «jueces» y destinados a aplicar el Derecho según los ritos altamente formalizados propios del sistema procesal, existen por doquier otros aparatos, compuestos por aquellos personajes que comúnmente llamamos «administradores» o «funcionarios»*¹⁶³.

La actividad administrativa del Estado, su relación con la facultad jurisdiccional del mismo, y la interpretación sobre el Derecho aplicable a éstas, han fluctuado de diversas formas, de conformidad con los fundamentos sobre los cuales se construya el Estado y su régimen político. El Derecho administrativo no es ajeno a tal variación, pues su interpretación yace en la diversidad de principios sobre los cuales se erige el Estado de Derecho y sus múltiples modalidades y, en consecuencia, se funda sobre la base del paradigma vigente.

Lo anterior se considera si se analiza la argumentación de tratadistas que relacionan el surgimiento del Derecho administrativo con hechos históricos específicos. Tal es el caso de la concepción de un Derecho administrativo como resultado de los principios de la Revolución Francesa, y fundado por la disposición de Napoleón Bonaparte al institucionalizar el Consejo de Estado. Esta postura es

¹⁶² CASSESE. Op. Cit; p 64-66.

¹⁶³ MANNORI, Luca. *Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen*. R. ROMANELLI (a cura di), Magistrati e potere nella storia europea. Trad. Alejandro Agüero y M^a Julia Solla. Bologna. 1997. p. 40.

defendida por Cassese, quien considera que la historia del Derecho administrativo comienza después de la gesta revolucionaria de 1789¹⁶⁴.

Sobre ésta idea también llama la atención la posición de Forsthoof, quien se pronuncia en los siguientes términos:

*“El Derecho Administrativo, como objeto de una especial rama de la Ciencia del Derecho, es una creación del Estado moderno. Piénsese como se quiera acerca de la aplicación de los modernos conceptos de Derecho político al mundo estatal de la Edad Media, lo cierto es que en esta época no existió ni una Administración ni tampoco un Derecho Administrativo en el sentido actual de la palabra, hay que situarlo en el momento en que el poder soberano supera su materialización en la posesión patrimonial y en los Derechos de soberanía singulares, y se objetiviza en la ejecución de cometidos estatales de índole general”*¹⁶⁵

Contrario a estas perspectivas, están quienes sostienen la existencia del Derecho regulador de la Administración¹⁶⁶ mucho antes de la Revolución Francesa. Es por ello que para Villar Palasí, debe ser considerado la instauración del Derecho administrativo como un producto de los procesos culturales y sociales, y no únicamente una invención del gobierno napoleónico. De esta manera propone:

“[...] rechazar por parcial e inexacta la afirmación de que el Derecho administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución francesa. Lo que sí aparece con la Revolución es la

¹⁶⁴ CASSESE, Sabino. *La construction du Droit administratif: France et Royaume-Unie*. Montchrestien. París. 2000. p. 11 y s.s.

¹⁶⁵ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. pp. 36-37.

¹⁶⁶ Cf. NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986; y ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho administrativo y Globalización*. Civitas Ediciones. Madrid. 2004

*Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaban indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas permanentes. En consecuencia, multitud de técnicas insertadas hoy en el Derecho administrativo nacieron antes de existir la Administración como tal. Esto puede producir una cierta perplejidad, ya que en el orden lógico el Derecho aplicable a la Administración parece que requiere que ésta exista previamente”.*¹⁶⁷

En el acápite anterior, se pudo demostrar que los procesos jurídicos jamás han estado aislados de las circunstancias políticas. Es por ello que las modificaciones en los sistemas de gobierno conllevaban un cambio en la estructura jurídica y normativa del Estado. A guisa de ejemplo, la Revolución Francesa modificó las estructuras de las instituciones de la monarquía absolutista a través de una consecución de eventos sociales y políticos, que legitimaron la consideración de un nuevo paradigma.

Lo anterior no excluye la forma como se ha concebido el Derecho administrativo, la perspectiva sobre su origen y alcance. En este orden de ideas, atribuir a determinada circunstancia histórica, con fundamento en la prominencia de cierto régimen político o esencia del ordenamiento jurídico, todo lo correspondiente al concepto y objeto de estudio de esta rama aplicada del Derecho, constituye una apreciación que condiciona el paradigma conceptual regente en la época con la difusión del concepto, ignorando en consecuencia el análisis del ser del objeto de estudio.

En este desatino incurren autores como Weil en lo concerniente a que para ellos el Derecho administrativo se remonta sólo al último tercio del siglo XIX, ubicando el

¹⁶⁷ VILLAR PALASÍ, José. *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid. 1968. p. 97.

surgimiento de éste entre 1789 y la caída del Segundo Imperio Francés¹⁶⁸. Es claro, en consecuencia, que relaciona la esencia del Derecho administrativo con las funciones atribuidas al Consejo de Estado, ya que es desde la época que, tras superar la teoría del Ministro-Juez, el Consejo de Estado puede decidir sobre los litigios de la Administración, estableciendo una jurisdicción administrativa unívoca que se asemeja más al oficio de un Juez y no de consultor del Gobierno. Por ello, entender al Derecho administrativo, como un conjunto de reglas que regula la relación entre el Estado y los particulares, se deduce del control asumido por la jurisdicción para calificar las actuaciones de la Administración, decidiendo el Derecho del afectado a que se le compense o indemnice por el acaecimiento de éstas. Además de las interpretaciones consecuentes que guiaron la forma como debía ejercer la facultad de administrar por parte de los agentes del Estado, como el Fallo Labonne, proferido el 08 de agosto de 1919, que se pronunció sobre el principio general de la facultad reglamentaria de la Administración en materia de policía, como ejecutor de las leyes que rijan sobre la materia; o el Fallo Jamart, proferido el 07 de febrero de 1936, el cual se refiere a la capacidad reglamentaria de los ministros, quienes pueden expedir reglamentos de carácter secundario, o bien por delegación en los casos taxativamente señalados por la ley¹⁶⁹.

En realidad, si tenemos en cuenta lo que la mayor parte de los doctrinantes del Derecho administrativo consideran como su origen, no es otro que la denominada *teoría de la responsabilidad del Estado*, la que deviene como consecuencia de su sometimiento a la ley como nuevo actor dentro del tráfico jurídico, haciéndolo responsable por sus actuaciones, omisiones o extralimitaciones, todo lo cual se estructura a partir de la teoría de la vinculación positiva de la Administración, basada en el postulado de que el Estado solo puede hacer aquello que le este expresamente permitido o autorizado en la ley, lo que lo diferencia de los

¹⁶⁸ WEIL, Prosper. *El Derecho administrativo*. Cuaderno civitas. Madrid. 1966. p. 20.

¹⁶⁹ PENAGOS. Op. Cit; p. 259 – 270.

particulares que pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley¹⁷⁰. Sin embargo, tan importante avance en la necesidad de establecer límites al Estado de Derecho, no puede presentarnos una lectura parcial de lo que en verdad es el Derecho administrativo, si lo entendemos como el de las administraciones públicas, tal y como sostiene Robledo de Dios “*la pluralidad de Administraciones públicas, de entidades dotadas de personalidad jurídica, existentes y actuales en el campo del Derecho Administrativo, no condena por sí sola como artificiosa la simplificación hasta ahora utilizada*”¹⁷¹. Lo que nos conduce a comprender y entender mejor su existencia, de manera más lógica y ordenada, pues no hay que olvidar y, menos desconocer, que por la misma época en que los franceses creaban la teoría de la responsabilidad del Estado por sus actuaciones, también aparecía la obra del padre de la Administración pública moderna que ya hemos citado, constituyendo el punto de partida de una organización estatal estructurada para el cumplimiento de sus fines.

En efecto, metódica o metodológicamente, en forma sencilla de comprender, es un imperativo lógico que primero son las causas y luego las consecuencias. Si ello es así, no podemos entender la aparición del Derecho administrativo desde sus consecuencias; esto es, desde el juzgamiento de las conductas que se ocasionaron por causas propias o no del Estado -acción, omisión o extralimitación como ya quedó advertido-. Por consiguiente, es necesario empezar por atender las situaciones que causan la acción o inacción administrativa, y ello solo lo podemos lograr si consideramos la manera como está organizado el Estado para actuar en el tráfico jurídico.

Esta metodología, para la mejor comprensión del Derecho administrativo, obliga a voltear la mirada a una de las instituciones que, paradójicamente se adopta como título definitivo para esta disciplina jurídica: el concepto *Administrativo*; es decir,

¹⁷⁰ Como afirma BELADIEZ ROJO, Margarita. Los principios jurídicos. Tecnos. Madrid. 1994.

¹⁷¹ ROBLEDOS DE DIOS, Tomas Jesús. *Auxiliares de la Administración local*. Ediciones Rodio. Sevilla. 2015. p. 240.

que su campo de estudio no hay que buscarlo por fuera de estos linderos, plenamente identificados desde su denominación, lo que conduce a afirmar nuevamente con el maestro García de Enterría que esta ciencia jurídica tiene como fuente esencial de estudio la *Administración Pública* o, en su contexto actual y moderno *las Administraciones Públicas*, para incluir no solo la propia del Estado-Nación, sino también las territoriales, regionales o locales, ampliada por nuestra cuenta a las globales, como lo trataremos de explicar. Constituye entonces punto de partida de este trabajo, presentar un elemento de visión más entendible para la comprensión del Derecho administrativo, sin pretender, desde luego, posar de creadores o innovadores de una disciplina que ha sido abordada por verdaderos científicos de esta ciencia jurídica, tanto en lo nacional como en lo universal; no, ese no es el propósito.

Lo pretendido, y con ello consideramos satisfecho el trabajo exploratorio y descriptivo, es entregar o, mejor, rescatar algunas herramientas de comprensión y manejo de esta disciplina jurídica, a partir de una lectura más real y determinante de su existencia, acentuando en la necesidad de estudiar sus verdaderas causas, lo que con seguridad nos permitirá establecer una mejor dimensión y comprensión de su campo de acción, principalmente en los actuales momentos de universalidad y globalización del Derecho, así como la de adoptar una política estructurada y cauta en la llamada previsión del daño antijurídico, pues determinadas, comprendidas y adoptadas como esenciales sus verdaderas causas, la previsión y prevención de daños es altamente factible y, con ello, evitar seguir lamentarnos del avance de la corrupción, medida a partir del desgreño y hurto al patrimonio público, y no con base en la pobre Administración pública que genera un reducido y confundido Derecho administrativo.

3. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL DESDE LA TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA –VERDADERO DERECHO ADMINISTRATIVO-¹⁷²

Si partimos de considerar que la Administración Pública es el punto de partida o causa eficiente de existencia del Derecho administrativo, podemos entender que su objeto de estudio concierne a las distintas formas y modelos que han adoptado los estados en diferentes momentos históricos de desarrollo. Es decir, desde ya podemos afirmar que la simple Administración resulta connatural a la existencia misma del Estado. Sin embargo, a efectos de fijar un punto de partida que permita explicarnos mejor el proceso de construcción del Derecho administrativo a partir de la Administración Pública, trataremos de determinar algunos elementos característicos, así como algunas instituciones que, para la época en que se formaron, resultaron ser verdaderos modelos de Administración de los estados.

Siguiendo a los estudiosos, principalmente aquellos que cultivaron la investigación por las ciencias administrativas¹⁷³, encontramos que el funcionamiento de los estados se basó principalmente en la figura del funcionario, del empleado al servicio de quien representaba y ejercía el poder, es decir que se requirió de un

¹⁷² Tenemos que recordar las palabras de GUERRERO, Omar sobre el desarrollo de ésta forma de entender nuestro campo de estudio: *“La Administración pública es el desarrollo más reciente en el campo de las ciencias sociales; más precisamente, el campo de estudio más reciente de la ciencia política. Sin embargo, por factores resumibles en su juventud, no ha consolidado su definición como objeto de conocimiento. A esto debe agregarse la manía de los estudiosos por establecer ‘escuelas’, ‘corrientes’ o ‘tendencias’ de la disciplina, contribuyendo a fragmentar, más que unificar el campo de estudio.”* En *La Administración pública del Estado capitalista*. INAP. México. 1980. p 44.

¹⁷³ El concepto de Administración propiamente dicho tiene sus fuentes clásicas de estudio desde: Turgot, Bonnin, Javier De Burgos, Sainz De Andino, Von Stein, Guillermo Von Humboldt y Von Justi. Los anteriores pensadores han sido recuperados y estudiados por GUERRERO, Omar en su maravillosa obra *Introducción a la Administración Pública*. México, Harper and Row Latinoamericana. 1984; así como *La Teoría de la Administración Pública*. México, Harper and Row Latinoamericana. 1886. Los temas que vamos analizar surgen de la lectura de estas dos obras, así que si en algo podemos fallar, remitimos al lector a la fuente consultada.

personal que no solo hiciera parte del linaje del estadista, sino que además entendiera el propósito y los fines que se perseguían.

Así, entonces, lo primero que tenemos que advertir para comprender este abordaje del Derecho administrativo, es que aparecen una serie de elementos necesarios que permitirán orientar la actividad de los gobernantes, para obtener su propósito que podríamos resumir en el mantenimiento y la prolongación del poder. En consecuencia, y sin pretender realizar un estudio teórico del Estado ni de la Ciencia política, sino, repetimos, fijar un punto de partida fundamental en la elaboración del Derecho administrativo, podemos precisar algunos elementos característicos que permitirán explicar la existencia de esta disciplina jurídica, antes de que apareciera en Francia la teoría de la responsabilidad del Estado. Por su puesto que, no en otro lugar distinto podemos fijar su origen, sino es en los modelos de estados totalitarios anteriores al de Derecho, valga decir, en aquellos donde la responsabilidad no estaba adjudicada al Estado, pues sus actuaciones y órdenes que se expedieran gozaban de plena legitimidad, ni siquiera se presumía la legalidad pues no existía, en estricto sentido, un Derecho administrativo que vinculara positivamente sus actuaciones, aunque según Villar Palasí, ya esta institución era conocida en el antiguo régimen, pues:

“Esta presunción de validez y legitimidad se fundamenta en el Derecho intermedio y en el siglo de los legistas regios, en la calificación del Príncipe como les loquens et viva, de donde, como dice AIFAKO (op. cit., glosa XIX, 10), Principum mándata habent praesumptionem pro se Princeps praesumitur nolle injusta, secunda jussioni Principis est, obediendum: omnia enim jura in scrinio Doctoris sui censetur habere”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ VILLAR PALASÍ, José. *Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas*. En *Contribuciones a la Economía*. Madrid. 2010. p 37.

No obstante, y aun cuando el interés del gobernante personal, que no estatal, era la dominación de los territorios obtenidos por herencia, ocupación o conquista, sí requirieron precisar de algunos elementos que les permitiera mantener su imperio, sostener su empresa avasalladora, que además también justificara y produjera aceptación entre los dominados o sometidos.

Ahora bien, el recuento de la historia en general resulta impreciso, incluso para quienes la escribieron como actores directos de la misma. Por esta razón y, tratando de dar alguna explicación definitiva sobre el momento de aparición del Derecho administrativo, varios son los puntos de vista y de partida que se han planteado, sin embargo, todos arriban a una conclusión e identidad única de su objeto de estudio: la Administración del Estado.

Este trabajo tratará entonces de rescatar algunos elementos originarios que resultan vitales para asumir el estudio y la comprensión de un Derecho administrativo, que no es otro que el de la Administración pública, y de la cual depende no solo su objeto de estudio, sino su campo de acción, su naturaleza, caracterización, vigencia, transformación y adaptación a las exigencias de cada momento.

Dicho lo anterior, no sobra aclarar que el abordaje de este tema lo haremos sin precisar fechas ni determinar espacios, solo modos o modelos de Administración que han trascendido y aún se mantienen dentro de la dinámica misma del Estado y que correspondieron a la muy variada forma de gobernar o dirigir; es decir, que los elementos de tiempo y lugar, tendrán una identidad a través de la forma que para ese momento haya tomado el Estado (Imperio, Feudo, Monarquía, República) pues conocidas son las variaciones que se presentaron en la formación de los estados así como distintos los momentos de conformación. En cambio, sí precisaremos modelos de organización administrativa que permitieron su sostenimiento y evolución por quienes se interesaron por su estudio.

3.1 PRIMERAS FORMAS TRASCENDENTALES DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

A partir de la obra de Omar Guerrero, sobre la Administración Pública, se pueden estudiar algunas formas de dirección, organización y gestión que se han dado a lo largo de los siglos. Guerrero considera que las primeras pruebas de existencia de un grupo de personas encargadas de gestionar o administrar los recursos de las comunidades, pueden encontrarse en oriente con las Arthasastras, los manuales, guías o memoriales para príncipes; y que concomitante a ello, en occidente las primeras pruebas de Administración se dan en la transición romana – bizantina¹⁷⁵. Sin embargo, consideramos que los conceptos sobre Administración Pública, tal y como la conocemos desde la formación con Bonnin, lejos de surgir en algunos de estos espacios, tuvieron un lugar preferente desde la llegada de los pensadores franceses y alemanes, quienes se interesaron por desarrollar el concepto, ya no desde una posición organizacional, sino bajo la óptica jurídica, diferenciando la Administración del Estado como pública de las demás administraciones. Adicionalmente debemos entender que las organizaciones administrativas a las que se refieren los estudiosos de esta teoría, dan cuenta de haber sido estructuras que trascendieron a lo largo del tiempo, y si bien es cierto no las encontramos como modelos organizacionales, si se mantienen vigentes como instrumentos vitales de la acción administrativa del Estado, de las cuales hablaremos.

Para no desconocer las formas de gestión dadas antes de aquellos modelos, podemos llamarlas formas burocráticas puesto que no se habían forjado los conceptos de Administración Pública, que tanta importancia adquirieron desde el siglo XIX.

¹⁷⁵. GUERRERO. Op. Cit; p 8-23.

3.1.1 Fiscalismo y Tesorería¹⁷⁶. La implantación de un modelo de organización administrativa, si así se le puede identificar, fue el producto de la necesidad de sostener y financiar los propósitos de conservación y expansión de los territorios dominados por quienes habían accedido a ellos, bien por la ocupación, invasión, conquista o bien por la herencia, como ya lo hemos advertido. Esta sola circunstancia conduce a buscar formas de obtención de los recursos para asegurar, principalmente, el mantenimiento de los ejércitos de guerreros que se encargaban especialmente de resguardar el territorio y controlar los brotes de levantamiento y liberación.

La vía más efectiva y rápida a la que se acudió fue a la recaudación de tributos que se fueron implantando como fuente efectiva de gravar cosas, servicios y personas a través de su imposición, obligando a establecer una organización funcional para la identificación censal de los obligados y así lograr su efectivo recaudo. Este importante aspecto que inicialmente destacamos, además de conducir a precisar una primera forma de organización administrativa, también nos permite reafirmarnos en la aclaración inicial de no determinar momentos históricos específicos de aparición, sino referencias a requerimientos fundamentales de existencia y vigencia de los estados, pues como lo anota Villar Palasí:

“El sistema tributario actualmente vigente es el producto de una evolución lenta y progresiva que sigue paso a paso, fielmente, la coyuntura política, económica y sociológica de cada momento. Este progreso no es saltuario, en el sentido de que una mutación en el sentido de la agrupación política no provoca el establecimiento de un sistema tributario y la eliminación absoluta de la estructura anterior. Por el contrario, en cualquier sistema vigente son hallables restos de antiguas concepciones. Puede

¹⁷⁶ Al respecto de las instituciones administrativas; GAY, Vicente, *La hacienda social: fiscalismo, capitalismo y sociología financiera*, Aguilar, Madrid. 1948. AMATUCCI, Andrea. *Historia del Derecho de la hacienda pública y del Derecho tributario en Italia: el aporte del pensamiento jurídico financiero de la Italia meridional*. Temis. Bogotá. 2004.

*decirse, según esta línea de pensamiento, que la historia de los tributos se conserva petrificada en los presupuestos generales del Estado. (...) La potestad tributaria, tal como hoy es entendida, descansando sobre la idea de supremacía general, es una idea que sólo lentamente, a través de la marcha pausada de los siglos, se ha ido decantando y depurando*¹⁷⁷.

Sin embargo, la base de la tributación descansa sobre el gravamen de los bienes de los demás, distintos de los del soberano, pues estos generan renta. Este proceso ha venido siendo identificado como la *teoría del fisco*.¹⁷⁸ Esta forma de organización y actuación administrativa, puede ubicarse anterior al sistema de producción feudal, en la alta edad media:

“Es este el sistema que más o menos difuminado, con mayores o menores atenuaciones rige en la mayor parte de Europa en la Alta Edad Media. Cuando de la economía doméstica se pasa al sistema gremial, a la primera economía de cambio o economía de clientela —Kund& ntfirtschaft—, aparece el sistema patrimonial feudal, basado en un principio paralelo al anterior, pero suponiendo una ampliación extensiva al mismo. No son ya pura y exclusivamente los súbditos que ocupan el dominio público, quienes deben satisfacer prestaciones materiales y de servicio, sino que, por el contrario, esta prestación viene a hacerse recaer sobre toda clase de súbditos”.¹⁷⁹

Así mismo Guerrero analiza a partir de la obra de Otto Mayer las teorías sobre el *fisco*, las cuales según él tienen origen desde el pensamiento romano y se

¹⁷⁷ Las teorías recogidas sobre estas instituciones son tomadas de VILLAR PALASÍ, José Luis, *Fisco "versus" Administración la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas*, Revista de Administración pública, Madrid, N° 24, 1957, págs. 11-38.

¹⁷⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *Sobre el origen de la "Teoría del Fisco" como vinculación privatista del Príncipe*, Revista de Derecho Público n. 12, Santiago de Chile, 2014, p. Págs. 63-95.

¹⁷⁹ VILLAR. Op. Cit.; p 37.

direccionan a la creación de una persona jurídica situada a la misma altura de la del Emperador, donde reposaban los bienes del Estado con los cuales se podría cumplir sus fines esenciales, es decir que el *fisco* era la institución donde recaían directamente todos los bienes, multas, contravenciones, *jura fisci*, así como los tesoros descubiertos.¹⁸⁰ En términos jurídicos el fisco personifica los elementos constitutivos del Derecho civil enfocados a la hacienda pública. Como el Estado no puede dentro de sus aristas de ejecución ser un administrador económico, surge la necesidad de crear una figura que pueda administrar el patrimonio público dentro de la rama civil.

El fisco fue una institución que, además de las funciones anteriores, sirvió como tejido de unión entre los principados alemanes basados en los principios de la apropiación, Administración y usufructo de los bienes que en conjunto deberían ser explotados por el Estado a partir de su conjugación patrimonial.

Estas simples notas conllevan a entender la aparición de un primer elemento vital para la comprensión del concepto *administrativo*: la relación de gobernante–gobernados; señor–siervos; monarca–súbditos, Administración–administrados, en fin, la relación que naturalmente se establece entre quienes dominan y los que resultan dominados.

3.1.2 Los Corregidores. Una de las piezas significativas en la organización administrativa, territorial y política de la Monarquía, fue el papel del corregidor. Figura que se remonta a las antiguas instituciones romanas, pero que adquiere plena madurez dentro de la monarquía hispánica. Con el corregidor se buscaba *homogenizar, unificar y sujetar* de alguna manera la multitud de pueblos o naciones en aras de coadyuvar a la formación del aparato estatal que hasta el momento era rudimentario; precisamente la figura del corregidor era fundamental

¹⁸⁰ GUERRERO, Omar. *Las ciencias de la Administración en el Estado absolutista*. Distribuciones Fontamara. México. 1986. p. 100.

porque era la autoridad de gobierno que conocía y trataba directamente con las gentes de cada pueblo y era quien llevaba la idea de arraigo a un único poder estatal, de ahí que su principal función fuese la de controlar los pueblos que tenía bajo su jurisdicción.

En la figura del corregidor se fundan dos principios generales: *la potestad contenciosa* y *gubernativa*. Los corregidores tenían que procurar ser fervientes seguidores de una de las máximas de Ulpiano, sobre sus funciones “*Que entre las cosas que más convienen al buen Corregidor es que tenga quieta y pacífica su provincia y limpia y expurgada de vicios, que son la enfermedad de ella*”¹⁸¹. Cosa que bien sabían realizar al tener facultades públicas y de policía, y debían privilegiar por encima de cualquier manifestación de rebelión, la paz entre su variedad de pueblos a disposición.

El corregidor era para la época una representación directa del monarca en cuanto a poder y administración. Esta institución, vale la pena mencionar, se probó y utilizó para el ámbito americano, sobre todo en la Corona de Castilla. Los corregidores como dignos representantes, eran dependientes del Consejo de Castilla, pero nombrados directos del Rey. Así, en 1610 los corregidores se agrupan creando bandos de organización o partidos. En 1648 se publican los capítulos para corregidores, que constituyeron una ampliación de la de 1500. Su espacio territorial administrativo se llamaba corregimiento, y era la manera como la Corona española organizó el territorio americano para su gobierno. A los corregidores, como a cualquier funcionario, se les exigía el cumplimiento de unos requisitos mínimos para acceder al empleo del cargo. Tenemos así, que se establece una condición para los de la Corona de Castilla: ser idóneos, expertos, experimentados y desvinculados socialmente del medio o lugar donde deben ejercer su cargo. Si bien desempeñaba funciones judiciales, era también administradores del gobierno municipal; de allí que concluya que:

¹⁸¹ ULPIANO. Reglas de Ulpiano. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1946.

“Al margen de ello, puede afirmarse que ningún tema importante de la vida local escapa a su intervención así, desde 1648 supervisa las cuentas anuales del pósito, propios, sisas, repartimientos y arbitrios; también abundantes disposiciones dadas a lo largo del siglo lo facultan para intervenir en el abastecimiento de alimentos, controlando el precio de las mercancías, inspeccionando los pesos y medidas, la calidad existente en el mercado entre otras. También podía intervenir en la ejecución de obras públicas, era encargado de la paz ciudadana y la seguridad de caminos y campos. Por último en materia fiscal son responsables del cobro de la media annata y las rentas reales”¹⁸²

3.1.3 Cameralismo y Policía Administrativa. Por otra parte, la Administración Pública que era ajena en principio a un tipo Derecho, es decir que se constituyó de manera paralela al Derecho administrativo, tuvo su origen y desarrollo por un sector en el cual podía avanzar y construirse más profundamente sin dependencia alguna. La disciplina de la Administración y su referente intelectual tienen diversos orígenes, debido a la multiplicidad de reyes y/o príncipes que ordenaban a sus súbditos, consejeros o protegidos a que redactaran y presentaran a ellos un folleto o manual donde se encontraran las técnicas de gobierno, las cuales fueron llamadas posteriormente arte de gobernar. Ahora bien, recientes investigaciones han encontrado obras que tenían este propósito, obras que antes no se tenían registradas en ningún corpus; manuales que evidencian la riqueza cultural, social y política de esta disciplina que es propia de cada tipo de organización, sobre todo a partir de la edad media.

Para ningún investigador es indiferente la afirmación de Guerrero *“la Administración pública ha sido el objeto de la mayoría de los pensadores políticos*

¹⁸² MARTÍNEZ GIJÓN, José. *La legislación. En Historia general de España y América – La crisis de la hegemonía española siglo XVI-*. Tomo VII. Ediciones Rialp. Madrid. 1991. p.358-361.

*desde mucho tiempo atrás*¹⁸³, siguiendo esta tesis, y como reconocimiento a la otra forma de entender el Derecho administrativo, es que se plantea hacer un análisis de la Administración como disciplina, la cual nace como tal en el siglo XIX, luego, sin embargo, dependiendo de la línea de investigación, podrán encontrarse antecedentes hasta los periodos históricos anteriores a nuestra era, o por el contrario, se buscarán en la Edad Media con la figura del consejero, el intendente o la figura de los comerciantes y sus sociedades.

De acuerdo con Guerrero y Tocqueville¹⁸⁴, Jacobo Roberto Turgot fue *“un destacado funcionario del Estado Absolutista cuyas actividades se encaminaron a mejorar las finanzas públicas para, en consecuencia, atender problemas relativos a la sociedad y al Estado”*¹⁸⁵. Jacobo Roberto Turgot se desempeñó entre 1761 y 1774 como intendente de Limoges, cargo en el cual fortaleció su experiencia en la Administración, y que lo llevó a que se le nombrase en el cargo de Contralor General del Reino, bajo el gobierno de Luis XVI. En este cargo, Turgot elaboró para el Rey un diagnóstico crudo y realista de la situación que se vivía en Francia por aquel momento, para lo cual propuso una reforma Administrativa con base en la idea de uniformidad territorial, entendida por Guerrero como aquella que pretendía:

“Erradicar el espíritu de desunión social para descargarles a los funcionarios públicos sus enormes tareas, y afirmar el poder del rey al tiempo que se concentran las fuerzas de la vida comunal. Dicho de otro modo, el dar vida a las comunidades, células sociales de Francia, mejora en lo sustancial la organización y el funcionamiento de la Administración pública. Agrega que los individuos se unirían a las familias, las familias al pueblo, los

¹⁸³. GUERRERO, Op. Cit; p. 24.

¹⁸⁴ Como se evidencia de la lectura de TOCQUEVILLE, Alexis de. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Alianza Editorial. Madrid. 2004.

¹⁸⁵. GUERRERO, Op. Cit. p. 45.

*pueblos a las comarcas, las comarcas a las provincias y éstas al Estado.*¹⁸⁶

La reforma propuesta por Turgot fue presentada a Luis XVI con el título de *Memoria sobre las municipalidades*. Éste era un documento administrativo en el cual se plasmaba la reforma a las municipalidades, pronunciándose especialmente sobre “1) repartimiento de impuestos, 2) obras públicas, caminos vecinales y obras especialmente necesarias para los pueblos, 3) vigilancia de la policía de pobres, y 4) relaciones de la parroquia con otros pueblos”¹⁸⁷. Sin embargo, este documento fue considerado por Luis XVI como un programa que atentaba contra la institucionalidad del reino, por lo cual fue rechazado. Aun así, fue considerado por los sucesores en el cargo que ostentaba Turgot, especialmente por Brienne, Contralor General de Finanzas que estableció para 1786 las municipalidades en el reino. No obstante, para esta fecha el Estado Absolutista ideado por el “Rey Sol” se encontraba en quiebra por efectos de los altísimos gastos de guerra, por los pagos de la deuda pública y el costo de las contribuciones a campañas de independencia, como la liderada por George Washington en las trece colonias inglesas ubicadas en Norteamérica.

Para 1792, el estado de guerra total en el cual yacía Francia conllevó un impulso transformador que condujo al repudio generalizado de las instituciones del ‘*ancien régime*’ y a la consolidación de la Administración como ciencia. Es en el desarrollo de esta nueva perspectiva, que Charles Jean Bonnin fundamentó el objeto de esta ciencia con la publicación de su obra *Principios de la Administración pública*, si bien bajo el gobierno imperial, mantuvo su inspiración revolucionaria.

En esta obra, Bonnin concibió el concepto de Administración Pública desde la sociedad, fundado sobre la base de la interdependencia de las relaciones de los

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 48.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 49.

individuos y desde la concepción de la sociedad como un conjunto. Con fundamento en ello define la Administración Pública como el conjunto de administraciones especiales que dirijan ramas especializadas. Sin embargo, también concibió la Administración Pública como la dirección de los asuntos comunes respecto del ciudadano como miembro del Estado.¹⁸⁸

Estas dos concepciones resultan por componer un criterio personal y uno funcional, que integrados permiten visualizar sistemáticamente el concepto de Administración Pública. La primera definición constituye una construcción de los procesos políticos, consecuencia de la Revolución y del Imperio. La Administración Pública tiene a su cargo la dirección de los asuntos comunes del ciudadano como miembro del Estado por cuanto incumbe al orden público. De otro lado, la Administración en lo concerniente a lo público emana de esa comunidad como dirección de los intereses compartidos de todos sus miembros.

Anticipemos que la disciplina por la cual hemos preferido analizar nuestro objeto de estudio, es producto de Bonnin, quien resume toda su teoría en la obra *Compendio de los principios de la Administración*, que, diferente a lo que se entendería, esta obra nace para dotar de sentido y contenido la forma de Administración que se dio en la primera República francesa que se había creado con la revolución, más que intentar crear u organizar un nuevo campo de estudio. En un primer momento, que perduró por lo menos durante el siglo XIX, la Administración se interesó por la relación entre el Estado y la sociedad en lo referente a la subsistencia, existencia y buen vivir de los miembros que la conformaban.

Los temas eran amplios e iban desde el fomento a los temas agrícolas, la industrial y el comercio, el desarrollo concatenado entre las obras y los servicios

¹⁸⁸ GUERRERO, Omar, *Los Grandes Maestros de la Administración Pública*. Revista de Gestión Pública 15. Volumen IV, Número 1. Enero-junio 2015.

públicos, el procurar mejorar la moral de los ciudadanos hasta buscar la protección de las buenas costumbres y sus tradiciones. En pocas palabras, la Administración se ocupaba de todos los ámbitos donde el hombre podía desenvolverse. A partir de lo anterior se afirma que esta disciplina se haya conocido como la Administración de la sociedad, toda vez que como asegura Guerrero esta era una *“ciencia que se dedicaba en gran medida al desarrollo interno y externo de las fuerzas del Estado, por la vía de la nutrición de la sociedad”*¹⁸⁹.

Si quisiéramos ubicar las primeras fases de origen de la Administración deberíamos estudiar las formas de organización babilónicas, musulmanas y orientales, sobre todo las que se dieron antes de Cristo. Pero por la línea de pensamiento escogida, preferimos remontarnos a la otra etapa del pensamiento Administrativo, que se da a partir de Juan Bodino, quien entiende que la Administración consiste en encontrar y unificar los elementos constitutivos de la misma dentro de un momento absolutista, las cuales, según él, nacen entre la oposición que se da entre los oficiales con cargos vitalicios y los comisionarios monárquicos ocupantes temporales de puestos del gobierno. Preferimos utilizar por el momento la palabra gobierno y no Estado, pues aún no se había configurado como tal.

En *los seis libros sobre la república*¹⁹⁰, Bodino enuncia los complejos procesos políticos que facilitan al príncipe a gobernar -siguiendo los textos de consejo a los príncipes-, primero sobre los suyos y segundo sobre la sociedad como tal, para que exista una especie de contrapeso entre estos dos, para evitar que uno o unos sumen suficiente poder, y pueda este poner en peligro su potestad. Sin embargo, el lenguaje para la época era más claro y contundente toda vez que la Administración de la que hemos venido hablando, se transforma, por efectos de la

¹⁸⁹ GUERRERO. Op. Cit; p. 25 y ss.

¹⁹⁰ BENTES MONTEIRO, Rodrigo & RAMUNDO WALTER, Marcelo. *O estado de Bodin no estado do homem renascentista*. Revista de Historia, núm. 152, junio, 2005, Universidad de São Paulo. p. 189-214.

imposición y el control a la seguridad interna de los pueblos, en la que se llamó *ciencia de la policía*.¹⁹¹, cuya aparición vino a ocultar de alguna manera la administración cameralística.

Si queremos entender las forma clásica de la Administración, debemos fijarnos en la ciencia de la policía que se dio en el siglo XVI, alcanzando su punto máximo con la *cameralística*, o materia financiera en la época de la monarquía absoluta; sabiendo de antemano que la *policía*, no es otra cosa que una tecnología aplicada del poder, con manifestación en los asuntos que le son propios, así como aquellos donde actúa a nombre de estos, ejemplos que son resumidos al decir que la *policía* actúa dentro y fuera del Estado para ordenar y supervisar las actividades donde el hombre puede desenvolverse.

La primera vez que en el ámbito administrativo se usó el termino *policía* en el sentido arriba señalado, fue en Alemania alrededor del año 400, sin embargo, su sentido y uso se perdió, hasta que reaparece en Francia en las Ordenanzas reales de 1403, donde se hace regencia textual a la “pólíce et bon government”. Así mismo sostiene Malagón Pinzón que en la península se empezó a utilizar el vocablo técnico desde 1440¹⁹², al interior de las Cortes de Valladolid, espacio donde los procuradores exigían que la cosa pública fuese “*regida en toda buena policía e gorvenada e sostenida en verdat e justicia*”¹⁹³.

Digamos que la policía en sentido administrativo ha sido poco estudiada; los aportes más importantes fueron dados por Michel Foucault, Omar Guerrero y, en Colombia, un estudio importante fue el de Florentino González¹⁹⁴. Si bien en Europa no se dio un criterio de unificación en cuanto al desarrollo de la noción de

¹⁹¹ NIETO. Op. Cit.. p 92-94.

¹⁹² MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007, p. 153-157.

¹⁹³ BENJAMÍN GONZÁLEZ, Alonso. *Las raíces ilustradas del ideario administrativo, Dela Ilustración al liberalismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995. p. 164 y ss.

¹⁹⁴ MALAGÓN. Op. Cit. p. 154.

Estado, tampoco se dio con el nacimiento, evolución y declive de la Administración entendida como policía; por ejemplo, en Alemania al no establecerse para la época (siglos XVI – XVIII) un sistema monárquico absoluto, sino una forma de organización de corte feudal que evidenciaba la ausencia de una centralización administrativa, la *policía* sería más que una institución o mecanismo que funciona y direcciona todo un sistema jurídico de manera autónoma, una tecnología gubernamental característica de la forma de poder que allí se daba, cuyo punto claro de manifestación era aquellas intervenciones donde el gobierno actuara, incluso de manera represiva.

Ahora bien, la noción de *policía* como la hemos querido mostrar, se desarrolló en los países bajos gracias a un texto poco conocido de Turquet de Mayerne “*Monarchie aristodemocratique*”¹⁹⁵, donde se evidencia la interpretación administrativa de la misma. Realmente y sin ir más lejos de estos planteamientos, la *policía* debía abarcar todas las ramas del Estado, debía estar en la justicia, en la guerra y también en la hacienda; debía estar presente en las relaciones de los hombres con los hombres y de los hombres con las cosas.

La otra forma de entender la noción de *policía* en sentido administrativo se debe buscar en Francia, bajo los postulados del jurista francés Delamare, quien haciendo un paralelo con la obra de Mayerne, estructura su teoría bajo la mirada de que la *policía* es una forma de vigilancia dentro del Estado o por fuera de él. Los temas que le van a interesar son: religión, moral, salud, educación, obras públicas, comercio, las fábricas y los pobres. Es decir, la *policía* está presente en toda la vida del ser humano organizando y vigilando cada una de sus manifestaciones.

¹⁹⁵ Tomado de <http://www.omarguerrero.org/articulos/Topiayutopia.pdf>, recuperado el 18 de julio de 2016.

Recordemos que esta disciplina tuvo, como dice Tocqueville, asidero en la personalidad de Turgot sobre todo cuando ejerció como intendente¹⁹⁶, pues fue por medio de sus actuaciones y medidas administrativas que logró cambiar el esquema tradicional de los recaudadores de impuestos. Para esta época existían un conflicto constante entre la justicia y la Administración, lo que afectaba a Turgot. La delimitación de los campos de acción iba a ser un objetivo de largo plazo ya que no se resolverá con el absolutismo, sino únicamente con la aparición del Estado burgués de Derecho, y a partir de este la Administración empieza a convertirse en una disciplina independiente como tal, aunque como hemos sostenido su origen no tiene que ver con la aparición del Derecho administrativo. Ahora bien, la disciplina administrativa no se quedó estancada simplemente en la anterior figura, llegada la revolución francesa los movimientos sociales dieron matices de cambio en la forma en que se manejaba o entendía esta.

Como hemos podido observar la trasmisión geográfica del concepto de policía administrativa, se llevó a cabo desde Alemania hasta la península ibérica, bajo un modelo de control y dirección, o como instrumento de vigilancia y supervisión (en términos modernos) que tenían las supremas autoridades reales para dirigir su actividad pública, de allí que este concepto pueda también ser entendido como el buen orden de una comunidad. Cabe rescatar que la primacía del orden para la época consistía en que todas las actividades tuviesen un inspector o corregidor que fuese capaz de conservar y encaminar a los hombres que hacen parte de una sociedad.

3.1.4 Las Ciencias Camerales. Hacia el año de 1727 se puede situar la aparición de las ciencias camerales, estas entendidas como la unión de tres ramas: *la*

¹⁹⁶ Sobre esta institución, Guerrero aclara que: “*Los intendentes se habían convertido, como representantes del estado, en los personajes más importantes de la Administración territorial francesa. Como dice Tocqueville, el intendente era el administrador del pueblo, una nueva persona que ocupaba el cargo que un noble o un militar no estaría interesados en ejercer. Pero eran los intendentes los que tenían el poder. Ellos lo hacían todo*”; en *La Teoría de la Administración Pública*. México, Harper and Row Latinoamericana. 1986. p. 46.

economía, la policía y la cameralística; de allí que el mismo Omar Guerrero sostenga que esta unión de materias era en esencia la versión original de la ciencia de la administración. Y en realidad lo fue, dado que si miramos las dimensiones que esta abarcaba tenemos, como decimos arriba, que su injerencia iba desde la organización de la Administración de cada hogar hasta la del reino; el control de las actividades consideradas como públicas y políticas; y finalmente, la gestión administrativa por medio de una organización colegiada que se encargaba de despachar asuntos administrativos.

Recordemos que el cameralismo en su sentido administrativo, logró desarrollarse principalmente en lo que hoy se conoce como Alemania y España en un marco espacial que va del siglo XVI al XVIII, es decir que obtuvo su desenvolvimiento solamente al interior del Estado Absolutista. Para la época de Federico Guillermo I, las aproximaciones al cameralismo surgían desde actividades de las cuales dependía el orden económico del modelo de gobierno, de allí que su campo de acción iba desde la Administración de los bosques, dominios reales y tierras hasta las factorías y minas. Este primer tipo de forma de Administración prusiana se inclinaba por favorecer la acción del patrimonio del Estado por encima de los episodios contenciosos. No debemos olvidar que en la base del concepto mismo de cameralismo, existe un contenido que subyace a partir del entorno político, puesto que, al derivar de la noción de *Cámara*, este implica una forma de organización colegiada, en la cual el control recae sobre el soberano en ejercicio de acuerdo a la teoría de contrapesos.

Este cameralismo era una institución administrativa que estudiaba, organizaba y gestionaba sus labores en el seno mismo de las cámaras; y tenía que ser así, ya que era una forma de organización minimizada que conocía las áreas de actuación por sectores, con funciones consultivas y ejecutivas.

Podemos afirmar, siguiendo lo expuesto por Guerrero, que el cameralismo surge dentro del Sacro Imperio Romano Germánico, como forma de administrar los bienes de los principados, de acuerdo a su destinación final. Es decir que se buscaba organizar las áreas de injerencia administrativa más no política, razón por la cual los estudiosos sobre el tema sostienen que las obras sobre Administración de este periodo eran una construcción cameral, pero que, a partir del siglo XIX, dejaron de serlo para ser meras obras de estudio consultivo.¹⁹⁷

Los principales exponentes de dicha unión de saberes fueron dos maestros que se dedicaron a impartir estas enseñanzas; por una parte, tenemos a Simón Pedro Gasser que enseñó en Halle y, por otra, a Cristóbal Justo Dithmar que formó a destacados administradores en Frankfurt del Oder. Sus cátedras académicas no se basaban, como en los siglos anteriores, en preparar a juristas o eclesiásticos o militares expertos en una determinada ciencia, por el contrario, su participación formativa se encaminaba a ilustrar agentes multidisciplinares, puesto que la ciencia de la administración ya no era una doctrina pura, sino una ciencia para organizar un Estado absolutista; en otras palabras, se buscaba preparar a los mejores en cada tema para que asumieran la mejor de las administraciones *la estatal*. Son, si se quiere, disciplinas de acción por lo que tendríamos que esperar a que surgiera Von Justi, como más adelante veremos, para que este tipo de ciencias pasen de ser instrumentales a verdaderas teóricas, donde no solo fortalezcan el Estado sino que también lo expliquen. Aquí se hace necesario citar a Guerrero cuando afirma:

“Las ciencias camerales no forman parte de sistemas filosóficos, no especulan ni sus principios son los de la contemplación. Pero tampoco están preñadas de puro pragmatismo, no son mero arte gerencial. Son disciplinas académicas susceptibles de ser

¹⁹⁷ Sobre la teoría cameralística consultar GUERRERO, Omar. Las ciencias de la Administración en el Estado Absolutista. Fontamara. México. 1986.

enseñadas por medio de la cátedra, capaces de ser aprendidas mediante ejercicios del raciocinio. Por tanto, ellas son un vehículo docente, una vía pedagógica para que los funcionarios estatales conozcan los mejores medios para alcanzar el bienestar del Estado y la felicidad de los súbditos”¹⁹⁸

Retomando lo dicho en el segundo capítulo y lo que será una constante en este trabajo, vale la pena reiterar que es con Carlos Juan Bonnín que el mundo conoce la transformación de las ciencias camerales, puesto que con su valioso libro *principios de la administración*, nacido dentro de un Estado burgués de Derecho, demuestra que estas ciencias dejan de tener un conocimiento objetivo y pasan a ser una cátedra de enseñanza a los administradores públicos que ahora podrán direccionar su gestión con miras al incremento del poder y bienestar del Estado, esto hace que se puedan prever los errores o falencias y se estructuren planes para evitarlos a futuro.

Un aporte que debiéramos haber heredado en su magnitud era este tipo de Administración Pública, vista desde las tres disciplinas, ya que la intencionalidad de estas era solamente una: *formar ciudadanos al servicio del Estado* que fueran capaces de desarrollar cualquier actividad que este ejecutara (rama ejecutiva ya creada a partir de la teoría de la división tripartita del poder), siempre procurando la prosperidad de la sociedad y el bienestar del Estado, lo que en ordenamientos como el nuestro, se echa de menos.

3.2 CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Surge un ser en especial para los administradores públicos que, sin proponérselo, fue capaz de fundar dentro de las ciencias sociales la rama que se ocupa de la

¹⁹⁸ GUERRERO, Omar. *Las ciencias camerales: origen común de la ciencia de la administración y la economía política durante el absolutismo alemán*. En: Revista de Administración Pública. Colegio de Ciencias Sociales. Universidad de Puerto Rico. 1985. p. 147.

Administración; estamos hablando de Carlos Juan Bonnín, quien para nosotros es el autor y pensador más importante en esta materia, ya que en su obra *Compendio de los principios de Administración*, propuso desenvolver lo considerado como doctrina administrativa, y de paso servir y entender lo que hasta el momento se consideraba como *arte de gobernar*, ya que a partir de allí se deja de tratar la Administración como una serie de usos o reglas preestablecidas e inmutables.

En otras palabras, la Administración Pública creada por Bonnín es aquella que hunde sus raíces en la sociabilidad natural del hombre, de la cual también se origina la sociedad, aquella que considera al hombre un ser social más que político, aquella que estima que la sociedad es la contracara del Estado; habiendo nacido de la sociabilidad humana, la Administración toma las formas organizativas que se recrean en los convenios humanos, es decir las leyes por las cuales los hombres organizan y gestionan su vida política y social. Ahora bien, antes del nacimiento del Estado burgués de Derecho, en Europa ya existía una disciplina dedicada a estudiar y organizar los asuntos relacionados con la Administración Pública. Se denominaba *policía*, entendiéndose por esta aquel tipo de Administración que se dedicaba a los asuntos directos del gobierno dentro de la ciudad, principalmente al control del orden público.

Un giro pragmático se dio en Europa sobre el concepto de Administración, ya que antaño se estudiaba esta como una imagen de la organización y el funcionamiento administrativo propio del Estado, ahora comienza a ser observado como una fuerza que pivota su progreso; se evoluciona de una idea administrativa tributaria a una idea administrativa organizacional.

Siguiendo además las tesis de Bonnín sobre las diferentes dependencias - *sociales*, cuando se dan con ocasión de las relaciones naturales de las personas; *políticas* que surgen del actuar mismo de los hombres en comunidad; y

administrativas, cuando fundamentan los intereses comunes- que surgen en el actuar de los seres humanos, podemos inferir que es necesario, para el interés común de estos, que exista un espacio orientador de las conductas comunes. Dado que desde la puesta en escena por una Administración Bonnin sostiene que, desde la instrucción, la agricultura hasta las invenciones y la policía, deben ser objeto de una dirección o intendencia. En otras palabras, todas las manifestaciones públicas que afecten a la comunidad en general deberán ser puestas bajo la óptica de la Administración¹⁹⁹.

Para que las nociones y conceptos de la naciente teoría administrativa, dieran verdaderos frutos en Europa, fue necesario que el Estado absolutista desapareciera de la esfera política, dando paso a una forma de organización que tuviese raíces en el Derecho mismo. Para ello se empezó a delimitar el marco jurídico del Estado Liberal. Si bien, ahora el Derecho administrativo y la Administración Pública se desarrollaban y tenían sus esferas propias, era necesario que su origen fuese asegurado legalmente, y para ello la única forma que en Europa se dio, era bajo la solapa jurídica, punto en el cual se unen por vez primera estos tipos de disposiciones. En otras palabras, se necesitaba fundamentar jurídicamente la separación entre la forma de administrar y el marco jurídico que solucionaría las controversias públicas, por ello se consolida bajo la división de los poderes, logrando independencia frente a otras esferas.

Sin embargo, en Alemania tenemos un panorama totalmente diferente, pues la moderna ciencia de la Administración que se dio a pasos sobresalientes en Francia, se mantuvo estática en Alemania debido a los rezagos feudales de la *ciencia de la policía*, que se dividió bajo las fases que van de los derechos señoriales a *ius eminentis*, seguido de este al *ius política* propio del pueblo, hasta llegar a la conocida *polizeistaat*. Italia sigue el camino alemán, de constituir tardíamente una ciencia de la Administración; en resumen, su dificultad gira sobre

¹⁹⁹.GUERRERO, Op. Cit; p.116 y ss.

la idea de la unidad, que como bien sabemos exige una integración no solo territorial sino política, social y religiosa. A pesar de ello no podemos olvidar que uno de los tratados sobre Administración más relevantes surgió precisamente en Italia con Doménico Romagnosi, quien en 1814 elaboró el código moderno de procedimiento administrativo conocido como *Principios fundamentales de Derecho administrativo*.

Inglaterra y Estados Unidos, por su parte, mostraron facetas diferentes, principalmente por su dinámica particular del Derecho consuetudinario, que evitará codificación continental, por lo cual su base o sustento jurídico se halla únicamente en la Constitución. De forma tardía en las primeras décadas del siglo pasado, Inglaterra empieza a configurar su Administración, de acuerdo con el ejercicio que se dio de la misma; mientras que en Estados Unidos, su desarrollo se debe a la influencia de países como Alemania o Francia, que iluminaron el camino del *management*.

Algunos años adelante, y un poco más cercano a nosotros por la fuerte herencia invasora del imperio español, llegamos a estudiar la ciencia de la Administración en España, considerando de nuevo, que la fuente primaria de todos los tratadistas y funcionarios de aquella época no fue otra que la encontrada en las obras de Bonnin, puesto que en su mayoría todos estudiaron en Francia los temas referidos a la Administración o leyeron traducciones de las obras de este maestro. Sin embargo, vale la pena decir que la preocupación por la disciplina administrativa, no se dio en único momento en el siglo XIX, ya que desde el siglo XVI las obras de algunos corregidores como Bobadilla, Enríquez de Zúñiga y Fernández de Otero, se preocupaban por la organización provincial o colonial, más aun cuando tenían la posibilidad de experimentar en tierras lejanas, como era el caso de América, lugar preferido para implementar instituciones a modo de prueba, donde el costo económico, social y político no se afectaría en caso de ser fallido. Las instituciones administrativas coloniales evidentemente tienen origen peninsular pero su

dinámica de desarrollo fue diferentísima debido a las condiciones mismas de funcionamiento. En América el Imperio español no tuvo una línea Administrativa marcada, al menos en sus primeros 70 años, pues sus progresos administrativos eran influencia italiana y portuguesa, así mismo el camino para implementar su tajante manera de Administración, tuvo obstáculos que rápidamente fueron superados debido al genocidio cometido durante el siglo XVI, de allí que la primera fase de la ciencia de la Administración española se dividiera en dos: la primera, que va únicamente dentro del territorio conocido actualmente como España y, la segunda, que se dio según la marcha de las cosas en América²⁰⁰.

Para el siglo XIX, en la península, se empiezan a delimitar ciertas disciplinas jurídicas, administrativas y económicas para nuestro caso, nos interesa resaltar los aportes de Javier de Burgos, quien de alguna manera no solo se educa bajo la consigna gala de una *nueva Administración*, sino que también, transmite y forma a varios destacados tratadistas como Ortiz de Zúñiga, quien se convertiría en el autor referencia de las instituciones administrativas y el Derecho administrativo, a partir de obras como *Elementos de Derecho administrativo, Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España*.

Javier de Burgos es el personaje que ilustra claramente lo que se entendió por Administración Pública para la época tratada, ya que en 1826 presentó a Fernando VII en su *Exposición*, los motivos, causas y problema que aquejaban el sistema de Administración, para lo cual propuso que se implementará un ministerio de fomento que tuviera cabida para la promoción del reino a partir del modelo administrativo basado en una idea moderada del ejercicio mismo, es decir que se debía ampliar y llevar la Administración a todos los campos que tuvieran injerencia en el desenvolvimiento de la labor del gobierno. De allí que para este pensador la Administración fuera "*la más variada, la más vasta, la más útil de*

²⁰⁰ Sobre estas tesis, remitirse al texto de GUERRERO, Omar. *Introducción a la Administración Pública*. p. 129-291.

*todas las ciencias morales. Ella preside el movimiento de la maquina social, precipita o modera su acción, arregla o modifica su mecanismo y protege así, y conserva o mejora todos los intereses públicos*²⁰¹, tenemos entonces con De Burgos la clara convicción de implementar una Administración que dispone por el ser humano antes de nacer y también lo es cuando este ha dejado de existir, lo que en palabras del mismo pensador es pensar en una ilimitada acción y atribución de la Administración.

Para 1842 se logra en España la apertura de la Escuela de Administración, en la cual se hacia la diferencia que ha llegado hasta nuestros remedos de escuelas, de dividir o fragmentar los estudios de la materia en cátedra de Administración y Derecho administrativo, lo que promovió y sigue promoviendo un séquito de funcionarios y operadores. Se necesitaba formar a cierto sector de la sociedad española para que dirigiese y orientase la Administración del Estado.

Valga la pena recordar que Francisco Agustín Silvela, en su obra *Estudios prácticos sobre la Administración*, nos aproxima a la definición que ha hecho carrera sobre la Administración, al indicar que, si se quiere buscar la mejor acepción de gobernar, esta debe enfocarse a la dirección de los hombres, en sus reglas de conducta, hacer que las cumplan, lo que en términos jurídicos es ejecutar la Administración.

Se considera además que la moderna Administración francesa resulta ser una paradoja, que venía de ser un compendio intelectual, cuyo origen, hemos dicho nosotros, se debe buscar en Bonnin, para terminar reduciéndose a un código administrativo y de esta manera enfocar el estudio de la Administración Pública al desarrollo jurídico del Derecho administrativo.

²⁰¹ GUERRERO. Op. Cit. p. 158.

Hemos mostrado así las dos formas de entender estos conceptos, por un lado, la mirada legal y por el otro la mirada de los tecnócratas administrativistas, las cuales yendo por caminos diferentes terminan por unirse a mediados del siglo XIX, optando por privilegiar la parte procesal a la propia de la gestión.

Una respuesta a la anterior discusión la da Von Stein en Alemania con ideas novedosas y de avanzada. Lorenzo Von Stein, al igual que Juan Enrique Von Justi, cultivaron y aportaron profundamente a la Ciencia Política, la Economía, y el sistema financiero de su época, desde el centro cultural de Viena. Las ideas sobre la Administración de Stein subyacen del contraste entre el Estado y la sociedad, entendiendo por Estado aquella construcción teórica y práctica que se ha dado dentro del campo de las ciencias, mientras la sociedad viene a ser una forma autónoma y peculiar de la vida humana. Y más abajo de estas dos instituciones aparece el individuo que no puede existir en soledad, debe por supuesto anhelar alcanzar sus logros de forma autónoma y para poder hacerlo, la única fórmula que tiene según Stein es el reconocimiento previo de la existencia concomitante de una *comunidad* llamada Estado. De lo anterior se deduce, como afirma el pensador alemán, que el Estado viene a ser una comunidad de voluntad de todos los individuos llevada a la unidad personal y que se manifiesta como acción del mismo.

Finalmente, el pensador del siglo XIX que mejor entendió la idea de Administración, como conjunto de prácticas orientadas a la construcción de un Estado basado en los principios de utilidad y propiedad, fue Von Stein, quien no solo puso a discusión las nociones de sociedad y monarquía, trabajo y personalidad, sino que cimentó la teoría administrativa desde el punto de vista de la actividad propia del Estado. Es decir que Von Stein ofrece una visión particular sobre el modelo de gestión ya que desde las ciencias camerales, como lo hemos podido observar, pasando por el Estado policía y por los principios de la Administración, se buscaba una institución que gozara de independencia al

momento de establecer los criterios, modelos y esquemas de direccionamiento de algunas áreas de la intervención del Estado.

Fue con este pensador que se pudo establecer la constante fricción entre la propiedad y el trabajo que en su posición debía orientarse a la constitución de una relación de poder que pudiera generar una constante intervención del Derecho, siempre y cuando los bienes y trabajos realizados fuesen encaminados a unas necesidades comunitarias, dejando así de hablar de propiedad individual en cabeza de un individuo, para encontrarnos con la idea de propiedades sociales que necesitan de la Administración –utilidad- de agentes específicos que buscarán el interés recíproco de la sociedad, y como bien lo expone Von Stein, esta formulación solo es posible bajo una monarquía social.

Las ideas administrativas que formuló Von Stein²⁰² están relacionadas con la disparidad y, a la vez, reciprocidad que existe entre el Estado y la sociedad, lo cual tiene implicación directa en su modelo *constitución y Administración*. Supongamos que la actividad del Estado es la repetición continua de una acción sobre determinado objeto (actividad de manejo o gestión sobre sí mismo), y que su continuo movimiento a través de órganos estatales constituye un modelo exterior del mismo, que genera un modelo de Administración exterior (general) mientras que la Constitución únicamente busca reacciones individuales. En palabras de Von Stein:

“Pero la voluntad del Estado, como autodeterminación puramente personal, demanda un objeto. Al determinar el objeto deviene acción, que repetida, la que denominamos actividad. Esta actividad del Estado, que tiene lugar mediante los órganos estatales y constituye, por tanto, la vida propiamente exterior del Estado, es lo que se llama Administración del Estado. Todo Estado, sea

²⁰² Tomado de VON STEIN, Lorenzo. *Movimientos sociales y monarquía*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981.

*cualquiera el grado en que se encuentre, posee una Administración*²⁰³.

La Administración tiene dos principios fundamentales según Von Stein, el primero tiene que ver con la exteriorización de la actividad desarrollada –que ya examinamos “Constitución”-, y el segundo tiene que ver propiamente con la utilización de los recursos estatales para la satisfacción de las necesidades de los individuos, de tal manera que la Administración será perfecta, si es capaz de potenciar la vida individual de cada uno a partir de una acción estatal y será imperfecta si deja a su paso individuos desprotegidos que promueven el distanciamiento con el Estado.

En síntesis, la Administración Pública debe comprender, el Derecho internacional y todo aquello que sea objeto de asuntos exteriores – concepto de soberanía internacional, derechos de gentes-, la defensa nacional – ejército y armada- la hacienda y su sistema de finanzas –constitución y Administración financiera-, Administración de justicia – sistema jurídico-, Administración interna. Por tanto la actividad del Estado, entendida en términos de Administración, tiene como objeto principal la sociedad, es decir que su origen, legitimación y justificación surge del desenvolvimiento y desarrollo de la sociedad, de ahí que Guerrero llegue a afirmar que la Administración Pública en Von Stein refleje un cúmulo de relaciones complejas que necesiten *per se* la intervención de un pensamiento científico²⁰⁴, es decir, que la dupla Estado – Sociedad, es la que crea la necesidad de una Administración que va desde las relaciones externas hasta descender a las relaciones entre individuos.

²⁰³ VON STEIN, Op. Cit; p.33.

²⁰⁴ GUERRERO. Op. Cit. p. 212

4. CAMPO DE ACCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO –ADMINISTRACIÓN PÚBLICA- A TRAVÉS DE LA EVOLUCIÓN ESTADO DE DERECHO.

En este espacio trataremos de destacar algunos hechos que incidieron en la formación, consolidación y caracterización del Derecho administrativo, con el propósito de comprender, principalmente desde la perspectiva administrativa, esto es, desde su Administración Pública, su extensión, limitación y mutación a través de las distintas expresiones que asume el Estado de Derecho en diferentes momentos, hasta llegar a la tendencia actual y moderna de su existencia en el marco de globalización de los estados, como bien lo afirma Alli Aranguren:

*“La dogmática del Derecho público de los inicios del siglo XIX propia del Estado liberal fue criticada y sustituida por los grandes juristas de finales del mismo siglo y de la primera mitad de la centuria siguiente hasta construir, primero el Estado social y después el Estado social y democrático de Derecho. Pero al final del siglo XX, con la crisis del último, se volvió a plantear la necesidad de formular nuevas técnicas jurídicas para un mundo globalizado, en un marco económico, histórico, social y cultural muy distinto del que le precedió, cuyo devenir nos es desconocido”.*²⁰⁵

Sin embargo, debemos aclarar que la intención es fijar unos derroteros de trascendental incidencia en diferentes períodos históricos de la actividad estatal, los que resultan fundamentales en la construcción del Derecho administrativo, a efectos de obtener una aproximación a su campo de acción en los actuales momentos críticos del Estado–Nación. No se trata, entonces, de hacer un estudio teórico del Estado desde el ángulo político o meramente constitucional, sino de

²⁰⁵ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho administrativo y Globalización*. Thomson Civitas. Madrid, 2004. p 35.

permitirnos una explicación más ajustada a la línea trazada en este trabajo que intenta comprender esta ciencia jurídica a partir de sus propias causas, concretadas en la actuación activa o pasiva del Estado, pero definitivamente organizada dentro de un marco legal regulador provisto desde su sometimiento al imperio de la ley.

Tal y como lo hemos explicado a lo largo de los anteriores capítulos, si bien es cierto no podemos afirmar, con ninguno de los eruditos que se han dedicado al estudio del origen del Derecho administrativo, que este apareció como disciplina jurídica antes de la Francia revolucionaria, según Cassese la expresión *droit administratif* aparece en Francia a finales del siglo XVIII y se propaga bajo el imperio²⁰⁶; si debemos concluir que, antes de este importante suceso político universal, existieron modelos de organización administrativa que permitieron no solo ordenar la actividad del Estado, sino que marcaron los derroteros de comunicación y actuación con sus organizaciones sociales, claro, dentro de una relación casi que individual entre el monarca–gobernante y sus súbditos–gobernados, todo lo cual requirió de un sistema organizacional, con mayor o menor complejidad, dependiendo de varios factores de orden político, principalmente, que fueron delimitando y armonizando, por vía de la aceptación o de la resignación, todo el funcionamiento del Estado, tal y como lo afirma Santamaría Pastor: *“El Derecho administrativo y la Administración son, ante todo, un producto histórico, y sólo desde una perspectiva histórica pueden ser comprendidos”*²⁰⁷

Lo que intentamos decir es que, abandonada la Monarquía absoluta en Francia para darle paso a la República y con ella la implantación del Estado de Derecho, (aun cuando en la doctrina no es pacífica la discusión de la aparición de esta

²⁰⁶ CASSESE, Op. Cit.. p. 32

²⁰⁷ SANTAMARÍA, Pastor. Juan Alfonso. *Apuntes del Derecho administrativo*. Universidad Complutense de Madrid. 1987, p 35.

denominación²⁰⁸; recordemos que la misma se empezó a utilizar a mediados del siglo XIX, y terminó su construcción conceptual en la década que va de 1915 a 1925²⁰⁹), surge dentro del campo jurídico un nuevo actor sometido a la voluntad de la ley: *el Estado*, ente o persona jurídica, tal y como lo indicó Nieto: “*Se empieza a operar bajo la idea de la personalidad jurídica del Estado y la existencia de derechos subjetivos públicos*”²¹⁰; que en adelante deberá ajustar su comportamiento a los límites que le imponga el legislador, teoría esta que se formula a comienzos de la primera República y que se conoce como la teoría de la “*vinculación positiva de la Administración del Estado*”²¹¹, conocida como aquella donde la ley le fija linderos a su actividad, autorizando expresamente su actuación únicamente en aquellos casos en que la norma jurídica lo permita, elemento importante en la construcción de la “*teoría de la responsabilidad del Estado*”, cuya elaboración conocimos a través de la instituciones francesas del Ministro Juez, la justicia retenida, la justicia delegada y la justicia contenciosa, y que en nuestro Derecho doméstico han sido mencionadas para dar a conocer una visión limitada del “*origen del Derecho administrativo*”, sacrificando la revisión evolutiva de la teoría de la Administración Pública. Esta ha sido, a nuestro modo de ver, una de las razones por las que no hemos podido darle una lectura adecuada a nuestra especialidad jurídica, pues consideramos que tal explicación resulta pertinente para estudiar sus consecuencias, pero no sus verdaderas causas. Dicho de otro modo, el juzgamiento del Estado resulta ser la *última ratio* (incluso, dentro de la teoría de la prevención del daño, lo ideal es no llegar a esta instancia, toda vez

²⁰⁸ Aunque los ingleses, una centuria atrás, habían sometido el estado a la ley –revolución gloriosa de 1688, Bill of rights 1689,- manteniendo la monarquía constitucional, pero afianzando el sistema parlamentario.

²⁰⁹ Es importante rescatar el aporte de GARCÍA PELAYO sobre el particular: “*La expresión Estado de Derecho no se ha incorporado a las Constituciones más que raramente en tiempos muy recientes y en pocos casos. Por consiguiente, su formulación no está dada por el Derecho positivo, sino que es el resultado de la construcción de los juristas*” en *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Alianza editorial. Madrid. p 53.

²¹⁰ Confrontar NIETO, Alejandro. *Estudios históricos sobre la Administración y el Derecho administrativo*, p. 145. Así mismo consultar a SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho administrativo. tomo II*. Universidad Externado de Colombia. 1998. p 52 y ss.

²¹¹ Tomado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17506.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>. Última consulta 23 de noviembre de 2017.

que existe la posibilidad jurídica de ajustar el comportamiento del Estado o de minimizar sus riesgos), no así su causa inicial.

Pues bien, en este acápite no referiremos a lo que causa Derecho administrativo en distintos momentos de organización y funcionamiento del Estado de Derecho, producto de varios factores que en su momento incidieron en su menor o mayor protagonismo, lo que va a permitir explicar su limitación o expansión regulatoria, ahora bajo la nueva relación *Administración–administrados*, lo que para Nieto significa que:

*“El centro de gravedad de Derecho administrativo se trasladó inexorablemente desde las relaciones entre Poderes públicos a las relaciones de la Administración y sus administrados. Por así decirlo, el Derecho administrativo se individualiza, se personifica cada vez más, y lo que comenzó siendo un efecto reflejo del sistema – la protección de los individuos frente al ejercicio del Poder- termina pasando a un primer plano, hasta el punto que lo primario –el ejercicio del Poder o, expresado en términos más ideológicos, la atención del interés público- se subordina a la garantía de los Derechos individuales”.*²¹²

4.1 ESTADO LIBERAL CLÁSICO DE DERECHO (ESTADO GENDARME O DE POLICÍA)

Por las características que se conocen durante la adopción de esta forma de expresión del Estado, podemos afirmar que, desde el punto de vista organizacional y funcional, es un *Estado de mínimos*, pues su esencial actividad se reduce a garantizar la seguridad tanto interna como externa. Algunos estudiosos denominan este momento histórico como *Estado Gendarme o de*

²¹² NIETO. Op. Cit; p. 154.

Policía, pues su actividad casi que se reducía al mantenimiento del orden público en términos de seguridad, salubridad, tranquilidad y moralidad de sus asociados, hacia adentro, y a la protección de sus fronteras territoriales en términos de la soberanía nacional que afirmaba su independencia respecto de los demás estados, hacia afuera, alejándolo de cualquier injerencia en las relaciones económicas a cargo de los propietarios del mercado.

En efecto, el modelo funcional del Estado liberal estaba dispuesto para asegurar la continuidad del individualismo económico, defendiendo la libertad del mercado y delimitando el Derecho público a garantizar el imperio de la ley (legalidad), la división tripartita del poder (separación de poderes), el apego de la Administración a la ley y el ejercicio de su control judicial (Administración activa y Administración contenciosa), la garantía de los Derechos individuales de libertad, propiedad, igualdad (fundamentales, inalienables y sagrados- Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789), y seguridad jurídica, por lo que se podría afirmar con Nieto que el Derecho administrativo fuera, pura y simplemente, un Derecho burgués, liberal y moderado, producto genuino de la burguesía de su época, desprotegiendo el acceso a gran parte de los administrados a los servicios básicos esenciales que permitieran su existencia digna²¹³.

Varios son los autores que se destacan durante este período de formación del Derecho administrativo como Gérando, Cormenin, Macarel, Vivien²¹⁴, quienes además fueron desplazando abiertamente a los creadores y cultivadores de las ciencias administrativas como Darjes, Von Justi, Dithmar, Zincke, Bonnin, Burgos y Von Stein, por citar solo algunos de los que hemos seguido, pues en adelante la actuación del Estado solo tendrá explicación a partir del estudio de su regulación jurídica y no de los modelos de Administración, por lo que aparecen estudiosos no

²¹³ NIETO. Op. Cit; p. 146.

²¹⁴.CASSESE, Op. Cit. p. 36 y ss.

solo de sus instituciones sino de sus actuaciones, identificados en el ámbito de los académicos juristas. Uno de ellos, Maurice Hauriou, determinó que el Derecho administrativo de ese entonces, estaba conformado por un conjunto de reglas, principalmente de estirpe patrimonial, que diferenciaban el Estado nacional del local (departamentos y municipios) y que para los franceses significó el avance en la definición de dominio público; en las reglas de trámites ante la propia Administración y ante el contencioso estructurado para conocer de los litigios en los que participara la Administración, y; en las reglas sobre la organización y funcionamiento de la Administración Pública que legitimaran su actividad y, en especial, su actuación vertida en lo que se denominará el Acto administrativo, cuyo control tiene su génesis en la creación del recurso por exceso de poder, de acuerdo con Hauriou, quien sostiene que existen al interior del Derecho administrativo tres clases de reglas: de fondo, de procedimiento contencioso, sobre la Administración y el Acto administrativo²¹⁵.

El destacado doctrinante francés es quién da más luces jurídicas sobre el campo de acción del Derecho administrativo en esa época, principalmente al distinguir las actividades públicas de las privadas, reconociendo que el profesor inglés de la universidad de Oxford Albert Venn Dicey, afirmaría que:

“El Derecho administrativo es un Derecho de equidad en el mismo sentido que el Derecho de equidad inglés, por diferenciarse del Derecho común en sus orígenes y principios; en sus orígenes, por proceder de la concesión del gobierno, mientras que la Ley Común surge de la voluntad popular; en sus principios, porque se inspira en ideas sociales distintas de la estricta justicia distributiva. Está, además, basado en las prerrogativas de la Administración, es decir, regula las relaciones entre la Administración y los administrados, admitiendo entre las dos partes una desigualdad

²¹⁵ Sobre lo pertinente remitirse a HAURIUO, Maurice. *Obras escogidas*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid 1976.

*fundamental, reconociendo que la Administración está sustraída al Derecho común y concediéndole jurídicamente privilegios”.*²¹⁶

Esta delimitación surge precisamente de la evolución del Estado en formación que va decantando los principios que lo caracterizan, principalmente el de separación de poderes que, para el incipiente Derecho administrativo, resulta fundamental toda vez que institucionaliza y amplía lo que en principio se consideró como la simple facultad ejecutora de la ley, al dinamizar su ejercicio a través de la personalidad jurídica objetiva del Estado, lo que más adelante va encontrar explicación práctica en la caracterización del Estado de los servicios públicos, cuya atención tendrá como pilar esencial y prioritario la protección del interés general, el acceso a los servicios básicos para la mayoría, los que estaban únicamente reservados para los dueños del mercado y de los medios de producción, dentro del marco del individualismo económico que regía en el momento.

La caracterización y delimitación del Derecho administrativo, tanto en el Estado de policía como en las demás adecuaciones que debe adoptar en el curso de su devenir histórico, no resultan únicas ni tampoco precisas, pues ello depende de la lectura que los estudiosos de esta disciplina jurídica le hayan dado, atendiendo el enfoque que mejor les resulte explicativo para dar cuenta de su vigencia, permanencia y evolución, bien sea desde el criterio de la ciencia de la Administración Pública, o bien a través de la orientación legalista y contenciosa fundada a partir de la teoría de la responsabilidad.

La anterior afirmación encuentra respaldo también en la manera como se dispuso la enseñanza de lo que, para esta explicación podríamos denominar Derecho administrativo. Así tenemos que durante las monarquías existentes desde la edad media, las escuelas dedicaron su atención a la instrucción en el arte de

²¹⁶ ALLI ARANGUREN. Op. Cit: p 45.

administrar, pues alrededor de la propia actividad gubernativa se fueron creando verdaderas corrientes de pensamiento como *la tesorera, la fiscalista, la fisiocrática, la cameralista, la de policía administrativa*, que obligaron a fundar en los centros de educación existentes, facultades para su enseñanza como ocurrió en la Prusia de principios del siglo XVIII, al crear, en las universidades de Halle y Frankfurt del Oder, la profesión de *Economía, Policía y Cameralística* con el fin de formar los servidores estatales en las nuevas disciplina de desarrollo del Estado²¹⁷.

Ahora, no podemos desconocer que durante el tránsito del Estado monárquico al de Derecho, marcó derroteros esenciales la obra del fisiócrata Roberto Jacobo Turgot, quien además de ser el gran reformador de la Administración Pública en la Francia de Luis XVI, fue quien fijó las bases para entender la extensión y precisión de lo que iba a ocuparse el Derecho administrativo²¹⁸. Tanto en su gestión transformadora como en su obra "*Memoria de las Municipalidades*", reconocida por el gran maestro García de Enterría como "*uno de los más impresionantes documentos de la historia administrativa*"²¹⁹, se encuentran varias de las instituciones que hoy estudiamos como fundamentales para esta especialidad jurídica, sus más representativos aportes en esta materia fueron la descentralización administrativa y territorial, el control de la tutela y la organización de la Administración municipal²²⁰.

A partir del Estado de Derecho, con la evolución de sus estructuras y con lo que se llamó los *efforts d'inventaire* realizados por destacados juristas franceses del momento como Macarel, Gérando, Cormenin y Vivien, se produjo un cambio en la

²¹⁷ Ideas extractadas de GUERRERO, Omar. Teoría de la Administración Pública. Harla. México. 1986.

²¹⁸ El referido a las administraciones públicas –nacional, territorial y, ahora también, global-. Concepto este que constituye la columna vertebral del presente trabajo.

²¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*. Revista de Administración pública. Nº 33. Madrid, 1960. p. 83.

²²⁰ GUERRERO. Op. Cit.; p 44 y ss.

manera de entender la actividad administrativa del Estado, aunque de forma paralela, en tratándose de la Administración Pública, tenemos que no solo con Bonnin se inicia la tarea por establecer su campo de acción a través de su obra *Principios de Administración Pública -1808-*, sino que también en Italia, Doménico Romagnosi escribiría y publicaría, en 1814, *los Principios fundamentales del Derecho administrativo*. Sin embargo, el trabajo realizado por los juristas, culminó en una codificación de materias “*Código administrativo*” expedido en 1818,²²¹ producto de un censo normativo de la regulación legal y jurisprudencial generada desde el inicio de la era napoleónica, por lo que la enseñanza de la Administración Pública cambió; en adelante la academia se dedicaría a formar a los abogados desde la Universidad de París en 1819, y las universidades de provincia²²², ya no en la ciencia de la Administración del Estado, sino en el conocimiento de las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia compilada y referida a los temas de los que ya se había ocupado aquellas en su momento, tales como lo relativo a bosques, bienes fiscales, municipalidades, agentes recaudadores, aguas, instituciones de beneficencia, minería, trabajos públicos, vías de circulación, espacios de comercio y mercados, etc. A pesar que los codificadores eran administradores públicos, profesores y consejeros de Estado, el imperio del Derecho y la labor realizada, determinó que su trabajo fuera visto y transmitido desde el Derecho administrativo, especialidad esta que empezaría a tomar distancia no solo del Derecho privado, sino también del constitucional, y a que su labor fuera calificada en palabras de Pierre Legendre, citado por Cassese, como la de “*les juristes du XIX furent [...] les serviteurs de l’Etat-gendarme...*”²²³.

²²¹ Sobre lo pertinente consultar. CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: Historia y futuro*. p 35-38, 235 y ss. GUERRERO, Omar. *La teoría de la Administración Pública*. p 9-11.

²²² CASSESE. Op. Cit., p 46-47.

²²³ LEGENDRE, Pierre. *Histoire de l’administration de 1750 à nos jours*. PUF. Paris. 1968. p 89. Traducción personal: “los juristas del XIX eran [...] los servidores del Estado-gendarme”.

4.2 ESTADO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ESCUELA DE BURDEOS Y TOULOUSE)

Como quedó indicado, durante el liberalismo económico y político se pudo precisar un espacio de acción y formación del naciente Derecho administrativo que permitió su enseñanza a través de lo que se denominó el *método exegético positivo*, o como lo explica Nieto:

“Basta con repasar la bibliografía administrativa de la primera parte del siglo XIX para comprobar que en su mayor parte se trata de meras transcripciones, mejor o peor sistematizadas, del Derecho positivo vigente [...] La actitud reverencial, tanto ideológica como científica, del jurista respecto de la Ley, condiciona, así inevitablemente su método técnico [...] Del positivismo legal y de las exposiciones de glosa sólo logran escaparse algunos autores, más políticos que abogados”²²⁴.

En síntesis, lo anterior puede ser visto como producto del tributo que los juristas le rindieron a la ley, cuya expresión tiene origen en el racionalismo científico (expresión de la razón libre) y en la representación democrática (voluntad del pueblo). Se impone, entonces, la dogmática jurídica que acompañará ahora a los nacientes autores de Derecho administrativo, desplazando y, de alguna manera, desconociendo la dinámica productiva que sobre las ciencias de la Administración del Estado (*Tesorería, Fiscalismo, Cameralismo, Policía Administrativa*) habían creado los autores –no juristas- a lo largo del *Ancien Régimen*. Las expresiones del Estado liberal sometido al cumplimiento de la ley y del reglamento, así como su juzgamiento sometido a jueces distintos a los provistos para resolver las controversias particulares (línea francesa), constituyeron la nueva mirada del Derecho naciente, lo cual va a generar una dinámica excepcional en su

²²⁴ NIETO. Op. Cit; p 161.

concepción y delimitación, de constante y permanente adaptación a las variadas respuestas que el nuevo actor –Estado de Derecho- deba dar en diferentes momentos de evolución social, política, económica y global, marcada por un sin número de factores internos y externos, obligándose a adecuar, entonces, su ordenamiento jurídico y judicial a las nuevas exigencias.

Es también, en este momento, cuando lo contencioso gana espacio y reconocimiento, al punto mismo que, de la mano de los juristas, el Derecho administrativo tiende a explicarse a través de las decisiones judiciales y no desde su construcción teoría y/o desde la práctica administrativa del Estado. Como bien lo señala Nieto: *“En una palabra, el Derecho Administrativo no es el Derecho de la Administración sino el Derecho contra la Administración”*²²⁵; pues gran parte de las controversias desatadas ante el contencioso fueron producto del enfrentamiento entre el acto administrativo agresor y el Derecho individual agredido, dentro del marco del liberalismo político y económico existente.

Precisamente, la crisis que conducirá al abandono de la Administración liberal del Estado, inicia con los cambios sociales que se fueron presentando, producto de las nuevas ideologías políticas que aparecieron hacia la segunda mitad del siglo XIX, y que condujeron a reclamar más Administración social que individual. Antecedentes importantes como la revolución de 1848, la comuna de París de marzo de 1871 y la crisis financiera y económica de la década de los 70²²⁶, fueron determinantes en la transformación del Estado gendarme que solo respondía a los intereses económicos de la clase burguesa, garantizando las libertades de empresa, comercio e industria, fomentando la iniciativa de la empresa privada.

²²⁵ *Ibíd.* p. 173.

²²⁶ Sobre este tema consultar: <http://librospdfgratis.org/index.php/2016/12/25/historia-de-las-ideas-politicas-jean-touchard-pdf>. Última consulta el 01 de diciembre de 2017.

El enorme crecimiento acumulativo del capitalismo industrial y financiero que se presentó durante el siglo XIX bajo el dominio de la clase burguesa, amplió las brechas desequilibrantes, ya creadas, con la clase proletaria que solo contaba en su haber con su fuerza de trabajo. Esto, aunado al crecimiento demográfico, a la libertad contractual sin control y a la reducción de los costos de producción, generó la implantación de un sistema de explotación inhumano (hombres, mujeres y niños), sometiéndolos a largas jornadas de trabajo, con remuneraciones insuficientes para atender sus básicas necesidades (higiene y vivienda). Esta evidente e indignante desigualdad social alienta la necesidad de transformar el papel administrador del Estado liberal, por una decidida intervención en lo social que procurara mayor bienestar y superara la miseria a la que estaba sometida la clase explotada. Con tal propósito, se empezaron a implementar medidas dirigidas a reducir la jornada laboral y a asegurar mejor bienestar en materia de higiene, vivienda, educación, salud, asistencia y seguridad laboral.

Es en este período donde cobra vigencia parte de la enorme producción doctrinal del alemán Lorenz Von Stein, principalmente en lo social y en lo administrativo, la que aparece en 1856 bajo el título de *“Teoría de la Sociedad”*, para la primera, y en 1865 con el nombre de *“la Ciencia de la Administración”*, para la segunda. Sin embargo, pocos autores de destacada trayectoria en el Derecho administrativo y, muchos menos en el Derecho constitucional, reconocen en este robusto y creativo intelectual, la creación del Estado Social a pesar de constituir el hilo conductor de su obra. Tal vez, pensamos nosotros con desbordado atrevimiento, que fue debido al auge que tuvieron en este momento las teorías políticas y jurídicas que habían desplazado a las ciencias administrativas, subsumiendo su estudio a través de la nueva lectura jurídica del Estado y convertidas en un capítulo más del Derecho administrativo. En concreto, para Von Stein el Estado Social solo sería posible bajo un esquema productivo que garantizará la satisfacción de las necesidades básicas de todos los gobernados a través del trabajo que les permita adquirir capital, proponiendo entonces la transformación de la monarquía al expresar que:

*“Toda monarquía que no tenga el valor moral de convertirse en monarquía de la reforma social, será una sombra vana, caerá en el despotismo o sucumbirá a la república. “La reforma social, no radica más que en las leyes que gobiernan la relación entre el capital y el trabajo, y, por consiguiente, la sociedad, la Constitución y el desenvolvimiento de cada personalidad individual”.*²²⁷

Para Von Stein²²⁸ la división de la sociedad en propietarios y meros trabajadores, y la dependencia de estos respecto de aquellos, no está en contradicción con el concepto de persona y con el de libertad personal, en tanto en cuanto el capital sea el resultado del trabajo; por tanto, la Constitución y la Administración del Estado deben contener el orden social que regula la reforma social, posibilitada a través de leyes e instituciones que le permitan al trabajador acceder al capital, conforme a sus proporciones y a su calidad.

Pueda ser que el reconocimiento a Von Stein fuera poco expresado por lo teóricos de finales del siglo XIX, pero si fue recogido de alguna manera por los juristas que en adelante marcarían los derroteros del Derecho administrativo. Hauriou, por ejemplo, sentaría las bases de entendimiento y comprensión de esta disciplina a partir de distinguir lo que denominó el *régime administratif* ligado a la noción de Administración Pública, entendida esta como expresión soberana del Estado, es decir dotada de poderes y prerrogativas derogatorias del Derecho común, tendientes a asegurar el *intérêt general*, lo cual requerirá el ejercicio de la *puissance publique*, no solo para imponer su propia voluntad, sino también en la prestación de servicios públicos y en las relaciones contractuales, en razón a que la Administración Pública puede hacer uso de prerrogativas que superan el

²²⁷ VON STEIN, Lorenzo. Movimientos sociales y monarquía. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981. p. 145.

²²⁸ La lectura de la obra ya citada de este autor, resulta muy importante en tiempos actuales de promoción y desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, para entender su propuesta de Administración Social, hoy más vigente que nunca.

Derecho privado, pues la propiedad, la responsabilidad y el trabajo de la Administración Pública, son de naturaleza distintas y no se pueden asimilar a las previstas y reguladas en el Derecho común²²⁹.

Por la misma época aparece en Francia la obra de Léon Duguit, que va a cuestionar todo el sistema de valores impuesto por el individualismo liberal, planteando una nueva concepción sobre el Estado, la soberanía, la solidaridad, la acción sindical, la descentralización y la función social de la propiedad, a través de la formulación y disposición de un Estado al servicio de la comunidad, liberándolo de su actividad egoísta, pues para el decano de la universidad de Burdeos, *“la propiedad no es el Derecho subjetivo del propietario; es la función social del detentador de la riqueza (...) sólo se percibe una situación de hecho: la afección de la utilidad total de una cosa a un fin determinado”*²³⁰.

Duguit fue un pragmático que, inspirado en las teorías sociológicas del momento planteadas por A. Comte y E. Durkheim (de este último fue condiscípulo), construyó una doctrina jurídica fundamentada en la necesaria interacción entre el Derecho, el Estado y la Sociedad, superando el individualismo liberal y, de paso, atacando la concepción subjetiva del Derecho natural, abstracto y metafísico. Para este jurista, el Derecho debe tener un “contenido social” resultado de la *solidaridad* y la *interdependencia social* que son hechos objetivos que dan cuenta de las verdaderas relaciones jurídicas, las que encuentran clara expresión en la *descentralización, el federalismo y el asociacionismo*, permitiendo la participación de los ciudadanos en los servicios, logrando la integración social y destacando como eje central del Estado y del Derecho, el *servicio público*. En adelante el Estado liberal dejará de concebirse como un instrumento de poder soberano de dominación, para comportarse como un *gestor y prestador de servicios públicos*,

²²⁹ Confrontar con lo expuesto por CASSESE sobre HAURIOU, en *Derecho administrativo: Historia y futuro*. INAP. Sevilla. 2014. p 59.

²³⁰ Referencia tomada de ALLI ARANGUREN. *Derecho administrativo y globalización*. p. 60; y a su vez consultada en el original de DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Librairie Félix Alcan. Paris .1912. p.158.

satisfaciendo necesidades sociales e interviniendo en aquellos sectores reservados al individualismo y la propiedad.

La nueva concepción de servicio público se convierte en factor determinante del Derecho administrativo, que se concretiza efectivamente en el deber prestacional a cargo de la Administración, protegiendo ahora los intereses colectivos precisamente a través de la *prestación de los servicios públicos*, lo que constituye el fundamento y límite del poder gubernamental e implica la superación del Estado gendarme por el Estado agente activo de servicios públicos. De esta manera desconoce la mano invisible del mercado y el liberalismo económico, y reafirma la existencia de una sociedad basada en grupos sociales, asociaciones y sindicatos, surgida de la solidaridad e interdependencia social dentro de una estructura descentralizada y federal, en la que el Estado vigila y controla. Todo ello se logra cuando el Estado organice la prestación de los servicios públicos que demanda la sociedad, a los que no ha tenido acceso por la prevalencia del individualismo económico, los que resultan esenciales para la vida en comunidad como el transporte, las comunicaciones, el alumbrado, el sistema sanitario, la enseñanza, entre otros. Tal y como sostiene Duguit: *“El eje fundamental del Derecho administrativo estaba en la protección de los interés colectivos por medio de la prestación de los servicios públicos”*²³¹.

Las nuevas concepciones sobre la actividad administrativa del Estado, así como el progresivo abandono de las ideas del individualismos económico, produjeron cambios importantes en el comportamiento del Estado y, por tanto, en el Derecho administrativo, principalmente en la amplitud de su campo de acción, pues ahora adoptaba un papel más protagónico en la vida de los ciudadanos en tanto en cuanto ya no solo cuidaba de ellos, ni tampoco se limitaría a proteger las fronteras en términos de soberanía territorial, sino que en adelante su actuación se identificará por vía de la intervención social y económica a través de la prestación

²³¹ ALLI ARANGUREN. Op. Cit; p. 65.

de los servicios públicos, lo que condujo a adoptar un modelo organizacional más robusto en donde tuviera cabida este complementario rol, todo lo cual empezaba a marcar además diferencias sustanciales con el Derecho privado.

La inclusión de la teoría del servicio público formulada por Duguit, implicó establecer distinciones entre las denominadas actividades de *autoridad* (la *puissance publique* planteada por Hauriou) y las ahora entendidas como actividades de *prestación o de servicio público* (Duguit, G. jeze y R. Bonnard), pues cuando el Estado asumía la prestación, no lo hacía con poder soberano o de mando, sino de servicio público fundamentado en la solidaridad como valor que identifica a la sociedad. Así, esta teoría fue imponiéndose dentro de los nuevos derroteros del Derecho administrativo, al punto mismo que se constituyó en su eje central, incluso como factor determinante para distinguir los actos administrativos sometidos al conocimiento del Juez contencioso (actos de servicio público) de aquellos de competencia de la justicia ordinaria²³².

Como se puede apreciar, la teoría del Estado de los servicios públicos, que aparece en la segunda mitad del siglo XIX y cobra toda su vigencia a finales del mismo y comienzos del XX, cambia no solo la concepción del Derecho administrativo en formación, sino que aumentó su campo de acción, pues su adopción se concretó en la ampliación de su organización administrativa, tanto central como local, y en la implementación de mecanismos gubernativos para su regulación y control, sin abandonar el monopolio de la seguridad interna (orden público) y externa (territorial). De esta manera se extiende su actividad regulatoria y se va estructurando un Derecho administrativo que se ocupará, ya no únicamente de las intervenciones de poder o autoridad, sino de las nuevas, sociales y prestacionales, que en adelante caracterizarán al Estado como el

²³² LONG, Marcel, WEIL Prosper, BRAIBANT, Guy. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Primera edición. Ediciones Librería el profesional. Bogotá. 2000. p. 1-83.

prestador inherente de servicios públicos y, por supuesto, como garante de la prevalencia del interés general.

4.3 ESTADO DE LA INTERVENCIÓN ECONÓMICA Y REGULADOR DEL MERCADO

En la teoría de la Administración privada, se asegura que los novedosos modelos y teorías organizacionales son el resultado de profundas crisis empresariales. Pues bien, en la ciencia del Derecho no es de recibo esta dinámica, pues lo que caracteriza las instituciones jurídicas es su permanencia en el tiempo, producto de la mirada a futuro que tienen no solo el legislador sino también el Juez correspondiente; en otras palabras, las respuestas económicas parten de crisis acontecidas, mientras el desarrollo jurídico tiene sus fundamentos en la organización social que perdura en el tiempo, y cuando cambia su acontecer, el Derecho simplemente se adecua a ella y no entra en crisis de identidad. Sin embargo, desde la historia antigua hasta la más reciente, se permite afirmar que varios factores inciden en las transformaciones de los estados, lo que implica, desde el ángulo del Derecho administrativo, cuya esencia la constituye sus Administraciones Públicas, tal y como lo afirmara el maestro E. García de Enterría, *sin Administración no hay Derecho administrativo*²³³, adecuar no solo su estructura y organización, sino su ordenamiento jurídico, a efectos de dar respuesta a las distintas exigencias del momento. En efecto, durante las primeras décadas del siglo XX, se presentaron hechos de connotación mundial, desde guerras (primera guerra mundial) hasta crisis económicas (depresión económica de los años 20 y 30), que condujeron a buscar fórmulas para enfrentarlas y superarlas.

²³³ MARTÍN REBOLLO, Luis. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras. En Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México. 2008-01-01. p. 355-382. Tomado del link <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/17.pdf>. Consulta del 01 de diciembre de 2017.

Los procesos de destrucción (social y económico) a los que se vieron avocados los estados, les significó encontrar mecanismos de recuperación, principalmente a través de la ampliación de sus intervenciones, las que ahora se dirigieron a lo económico, con el fin de controlar las deficiencias, producto de la variabilidad que presentaba el sistema en *ciclos de prosperidad y depresión*. Oportunas resultaron para el capitalismo, la implementación de las teorías Keynesianas²³⁴ dirigidas a dotar a las instituciones estatales de suficiente poder para controlar la economía en momentos de recesión y crisis, a través del intervencionismo como mecanismo estimulador de la demanda efectiva o agregada, aumentando el gasto público, la producción, la inversión y el empleo; es decir, se debe estimular la demanda para provocar un aumento del consumo y el empleo en tiempos de crisis, a través de *políticas fiscales* (manejo adecuado de ingresos y gastos públicos), que van a servir de complemento a las *políticas monetarias* existentes que venían regulando los mercados y la economía. De esta manera, también se atenuarían los excesos protagonizados por el capitalismo liberal manchesteriano y se detendría la expansión de las teorías comunistas que ya tenían respuesta en la antigua Unión Soviética.

Las anteriores fueron tal vez las situaciones más determinantes, aunque no las únicas, para que los estados en crisis adoptaran una política de intervención directa en sus economías, implementando medidas de regulación y control más cerradas para los mercados, acompañada de políticas de distribución del ingreso donde la teoría de Keynes estaba llamada a reparar las fallas del mercado a través de la generación del empleo y la obtención de dinero para elevar la calidad de vida de las personas, propuesta ésta que encuentra algunas similitudes con la reforma social planteada por L. Von Stein, como ya lo hemos anotado, quien expresara que “[e]n la sociedad adquisitiva es posible, en general, instituir el

²³⁴ Sobre el presente análisis remitirse a: KEYNES, John Maynard. *Tratado del dinero: Teoría pura y aplicada del dinero*. Biblioteca de Grandes Economistas del Siglo XX. Madrid: Ediciones Aosta. 1996. Y KEYNES, John Maynard. *Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero*. Biblioteca de Grandes Economistas del Siglo XX. Madrid: Ediciones Aosta. 1998.

*trabajo de tal manera y rodearle de instituciones tales que él solo conduzca a una propiedad adecuada a su volumen y a su especie*²³⁵. De esta manera debemos entender que la llamada intervención no solo es económica sino también política y social, pues si bien su propósito principal fue la regulación y el control de la economía, también resultó muy importante la atención directa de las necesidades básicas (salud, educación, servicios, comunicación) a quienes no tenían acceso a los esenciales servicios.

Entendida la intervención como la mayor participación del Estado en la regulación, control, protección, prestación y suministro, es claro que para su efectivo y eficaz cumplimiento se estructure una muy variada organización administrativa, pues su dinámica se amplía a campos que antes le fueron vedados al Estado o, mejor, reservados a los capitales privados. Esto significa, acorde con nuestra línea de trabajo, mayor acción y expansión de la actividad administrativa del Estado, pues no de otra manera se van a cumplir los objetivos que traza esta nueva visión de rescate económico y social, si no es a través del ajuste y la proyección de sus administraciones públicas, regladas bajo el evolucionado Derecho administrativo.

En adelante el campo de acción de esta especialidad jurídica se amplía también a espacios que ahora se presentan necesarios y novedosos y sobre los cuales no existía participación ni regulación pública, por lo que su extensión cubrirá ahora factores determinantes de intervención, los que por vía organizativa, y por la acción y la actuación, resultan esenciales en la formación y consolidación de un Derecho administrativo con tendencia económica y social, basado en la productividad del Estado y la atención de las necesidades básicas, ahora con un Estado asistencial de beneficencia *welfare state* que ya venía gestándose, producto de varios factores que fueron incidiendo en su identidad como la asistencia a los pobres y desvalidos, el reconocimiento político y económico a los sindicatos, ley laboral con regulación de jornadas, salario mínimo, provisión de

²³⁵ VON STEIN, Op. Cit. p. 143.

servicios públicos y demás acciones que le fueron dando nueva identidad a lo que a partir de la segunda mitad del siglo XX se denominó de Providencia.

No podemos olvidar que por esta misma época ya se incorporaba formalmente en el orden constitucional, la idea del Estado Social de Derecho creada por el jurista alemán Hermann Heller -Constitución alemana de Weimar de 1919 y la mexicana de 1917-²³⁶, acogiendo, la primera de ellas, no solo las ideas avanzadas ya expresadas medio siglo atrás por L. Von Stein, *“Es a través de la “Administración social” como el Estado logra penetrar en la sociedad y proteger jurídicamente a los débiles contra los fuertes y los pudientes. El Derecho administrativo que regula la acción social del Estado y que se coloca parcialmente en el lugar del Derecho social independiente, engendrado por la sociedad, puede, según Stein, ser designado como “Derecho social” con un nuevo significado”*,²³⁷ sino adoptando la tendencia benefactora del Estado con justicia social en la economía, la sociedad y la educación, dentro de una República transformada en democrática, en la que se garantiza la equidad social que asegure una existencia humana digna, la socialización de los medios de producción, la cogestión empresarial a través de la participación de los trabajadores en su dirección, lo que se empieza a lograr a través del nuevo modelo económico, social y de Administración Pública.

Sin embargo, y sobre esto no queremos distraer nuestra línea de trabajo, se afirma que el concepto de Estado Social de Derecho se constitucionaliza (constitucionalismo social) en la Carta Fundamental de Bonn el 23 de mayo de 1949, el cual, según lo expresado por Manuel García-Pelayo, citado también por

²³⁶ ALLI ARANGUREN. Op. Cit; p. 55.

²³⁷ GURVITCH, George. *La dialéctica de la idea del Derecho social* en Lorenzo Von Stein, citado por Jinú Carvajalino Guerrero en *“El Derecho social en la república del interés recíproco de Lorenzo Von Stein”*. Documento CESO 206, dirigido por Rodolfo Arango Rivadeneira. Universidad de los Andes. Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de filosofía. Bogotá 2013. p. 39. En igual sentido, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, citado por FORERO SALCEDO, José Rory. *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, p. 148 y ss.

Alli Aranguren, “no se refiere a la forma, sino al contenido de la relación **Estado-Ciudadano**, bajo la inspiración de criterios materiales de justicia; no gira necesariamente en torno a la legalidad, sino que entiende que ésta ha de sustentarse en la **legitimidad**, en una idea de Derecho expresión de los valores jurídico-políticos vigentes en una época”²³⁸, concepto este que encuentra su más amplia expresión en la democracia participativa de los ciudadanos en todos los espacios políticos, sociales y de la Administración Pública, dando paso al Estado Social y Democrático, en el que la relación Administración-Administrados será reemplazada por la de Estado-Ciudadanos que participan en las decisiones que los afectan, directa o indirectamente, dando paso y espacio al poder de la gobernanza.

4.4 ESTADO BUROCRÁTICO -EMPRESARIAL Y SOCIETARIO (O SOBRE LA CRISIS DEL SERVICIO PÚBLICO)

El título escogido para denominar el presente acápite obedece principalmente a dos factores que dan cuenta de la dinámica que toman los estados y sus administraciones en esta época, como consecuencia de los estragos sociales y económicos que dejan las guerras, especialmente la segunda guerra mundial, lo que conduce a replantear el concepto de *prestación* de servicios públicos: uno, de orden *material*, que ya no permite identificar claramente el fin inicial del servicio público como la satisfacción del interés general por parte únicamente del Estado, como prestador del mismo y cumpliendo una función meramente social; y, otro, de tipo *orgánico* que conduce a ampliar su capacidad de respuesta a través de un modelo empresarial productivo, tomado de la empresa privada, para atender los servicios industriales y comerciales que ahora le permiten productividad económica²³⁹.

²³⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid. Alianza. 1996 Citado también por ALLI ARANGUREN, en *Derecho administrativo y globalización*. p. 74.

²³⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado – Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons. Madrid. 1993. p. 296 y ss.

Una de las formas en que el Estado privilegió su campo de acción tiene que ver con la manera en que empieza a tomar prestados los conceptos del Derecho privado, para hacerlos suyos, es decir la forma de activar la actividad económica por medio de la oferta de bienes y servicios *públicos*. En otras palabras, se considera que el Estado debe poder invertir capital financiero y generar más riqueza desde la producción en todas las escalas sociales. El capital con el cual el Estado empresarial empieza a dar rienda suelta a su manera de generar riqueza se halla en el pago de impuestos con destinación a empresas estatales (como en el modelo privado), de allí que el Estado pase a ser propietario de empresas o tenga participación económica en las mismas²⁴⁰. Concomitante con esta nueva visión, aparece la necesidad de implementar vitales técnicas de Administración y desarrollo como la *planificación* interna, que provenía de la obligación de arbitrar los recursos previstos en los programas de ayuda para la reconstrucción de los estados bajo un plan de inversión pública.

El criterio material, que desde sus inicios identificó la teoría del servicio público como vinculada a la naturaleza misma del Estado, no va a encontrar respuesta en sus nuevas dinámicas, ahora productivas bajo un esquema organizacional empresarial de explotación económica, en renglones industriales y comerciales, cuyo régimen jurídico aplicable ahora lo invadía el Derecho privado. En adelante, el Estado no solo se organiza para prestar servicios en procura del interés general, sino que ahora su criterio es más funcional, identificado con el *interés público* como fin último, adecuando entonces sus medios a este propósito. Su organización se amplía a otras formas de expresión, más de identidad privada, ya no para atender a sus usuarios, sino para satisfacer a los consumidores y al mismo Estado, bajo un modelo de economía cerrada hacia adentro, proteccionista del mercado y sustituto de las importaciones.

²⁴⁰ VILLAR PALASÍ, José Luis. “*La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*”. En: Revista de Administración Pública. No. 3. Madrid. 1950. p. 53 y ss.

Organizacional y funcionalmente el Estado no solo amplía su campo de acción por vía administrativa, sino que una gran parte de su funcionamiento se regirá por normas que regulan la actividad de los particulares, pues este es el comportamiento que adopta bajo el esquema de productividad empresarial lo que lo obliga, en el mejor de los casos, a crear normas especiales que legitimen su actuación en una mixtura entre lo público y lo privado²⁴¹. El carácter empresarial, pero también societario, hace del Estado un actor particular más en el tráfico jurídico cuyo comportamiento ya no resulta suficientemente regulado por la normatividad aplicable a los servicios públicos administrativos y sociales, pues ahora también se amplían a los industriales, comerciales y de explotación económica, con miras a poder satisfacer los primeros.

Este marco funcional hace que los estados amplíen su estructura organizacional y diseñen un modelo administrativo que dé respuesta a las nuevas exigencias públicas y privadas.

La extensión de sus intervenciones conlleva su crecimiento institucional, con variada regulación, pues, como se advierte, sus diversas expresiones no resultan suficientemente reguladas ni plenamente contenidas en el ordenamiento que se venía aplicando de manera exclusiva y casi que natural a los servicios públicos, sino que ahora su expansión funcional implicaba la regulación por novedosa normatividad o por disposición privada.

El crecimiento de su organización lleva consigo el de sus componentes esenciales de la Administración, principalmente los relativos a la vinculación de los nuevos servidores del Estado, a la infraestructura que dispondrá para la realización de las nuevas actividades, así como lo relacionado con la obtención, producción,

²⁴¹ VIDAL Op. Cit. p. 291 y ss.

inversión y manejo de bienes y recursos de capital, ya que también cambia y se actualiza el concepto tradicional de patrimonio público.

Esta dinámica expande, casi que incontroladamente, el funcionamiento del Estado generando un gigantismo organizacional que empieza a impactar sus finanzas, pues su nivel de productividad y explotación económica fue inversamente proporcional al incremento de sus plantas de personal y compromisos laborales, a los avances tecnológicos y gerenciales, vitales y esenciales en la empresa privada, a los costos de funcionamiento y mantenimiento de la que empieza a convertirse en decadente acción económica, todo lo cual le significó el calificativo, desde luego peyorativo, de Estado burocrático, para explicarlo como ineficiente, inservible, haragán, inútil y derrochero, sin que en verdad corresponda a la vieja teoría organizacional planteada por Max Weber a finales del siglo XIX y principios del XX²⁴².

Adicionalmente, y en razón a su incontrolado crecimiento, estados con sistemas unitarios poco maduros en sus desarrollos administrativos, se vieron obligados a adoptar e implementar procedimientos de descentralización, fundamentales para entender y organizar las nuevas intervenciones cuyas tendencias y complejidades demandaban la efectiva atención de los servicios, los que en muchos casos, paradójicamente, resultaron siendo utilizados de manera equivocada y con intereses distintos a lo público, ampliando los espacios para la corrupción y el uso inadecuado de los bienes públicos, lo que vino a ocasionar un decaimiento total de la confianza en el manejo de Estado; es decir, se afectaron notablemente los tres

²⁴² Realmente la teoría burocrática defendida por WEBER, de importante complejidad racional y científica, tiene un significado muy distinto ya que está fundada en un sistema de organización que privilegia la eficiencia, la celeridad, la reglamentación, la disciplina, la comunicación y documentación adecuada, el conocimiento, la jerarquía, la autoridad, la división del trabajo, los procesos y procedimientos, la meritocracia, las competencias técnicas, solo para intentar dar cuenta de su real significado. Sobre esta teoría confrontar con HARMON, Michael M. y MAYER, Richard. *Fundamentos de la teoría de las organizaciones y la Administración Pública. En Teoría de la organización para la Administración Pública.* . Fondo de Cultura Económica. Primera edición. México 1999. p. 102 y ss.

pilares de la Administración Pública que hemos asumido como esenciales y vitales: la *función administrativa* (su organización y su actuación), la *función pública* (servidores públicos con intereses equivocados) y la *gestión pública* (con recursos físicos y técnicas de Administración navegando entre lo público y lo privado).

Estas y otras circunstancias generaron crisis económica, fiscal, política y administrativa, y los desarrollos administrativos de los estados fueron perdiendo espacio y capacidad de respuesta y control, principalmente sobre sus finanzas, incrementando sus deudas, desatendiendo el gasto social, deprimiendo sus economías y agudizando las malas prácticas políticas y administrativas mutadas en forma de clientelismo, lo que conduciría al agotamiento y marchitamiento del modelo proteccionista, sustituto de importaciones, producto de la creciente ineficiencia del inmanejable y grande aparato estatal.

El crecimiento de la ineficiencia del Estado y la crisis financiera en la que entran, producto no solo de los aspectos antes resaltados, sino de otros que no encuentran espacio de análisis en este trabajo, fueron agotando el modelo de expansión intervencionista, encontrando respuesta en una política reduccionista del tamaño del Estado, vía participación de la iniciativa privada fundamentalmente en la actividad económica, no solo de su organización lo que dio paso a la llamada gerencia pública, la que ya empezaba a abrirse espacio en la escuela americana e inglesa dirigida a satisfacer las aspiraciones de la población a través de una Administración Pública donde la planeación del gasto estaría orientada a los productos y a la Administración financiera²⁴³.

²⁴³ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. “*De la Administración Pública Burocrática a la Gerencial*”. Documento extraído en marzo de 2017 <http://old.clad.org/congresos/congresos-antiguos/i-rio-de-janeiro-1996/de-la-administracion-publica-burocratica-a-la-gerencial#A9%29>

4.5 ESTADO NEOLIBERAL – ESCUELA DE CHICAGO

Varios fueron los factores que influyeron en la crisis de la política intervencionista del Estado y de su identidad benefactora, principalmente aquellos que dieron cuenta de su ineficiencia productiva y de su crecimiento incontrolado debido, en el mejor de los casos, a los múltiples compromisos que asumía, así como la manera de disponer su prestación a través de un agigantado estatismo que va a contrastar, de manera oportunista, con las muestras destacadas de las actividades empresariales de los grandes capitales en términos de calidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, crecimiento económico, lo que sin duda va a generar un espacio de aprovechamiento reflexivo de los más importantes teóricos del momento, quienes ya venían construyendo líneas de pensamiento económico en favor del capital, a fin de liberar el mercado y reorientar así el decadente comportamiento estatal.

El panorama del Estado burócrata deja una estela de ineficiencia, inutilidad, estancamiento y fracaso representada en una creciente inflación, recesión económica, desempleo, déficit social y un colectivismo y estatismo perverso cuya inversión se ahoga en el gasto funcional, todo lo cual va a constituir el espacio vital para el surgimiento de la llamada *escuela de Chicago*, representada por los más destacados y reconocidos economistas que dirigían, para los años 70 y 80 del siglo XX, la facultad de economía de la universidad católica como Milton Friedman y Friedrich Von Hayek ²⁴⁴.

Esta nueva corriente de pensamiento económico va a construir su teoría neoliberal sobre las debilitadas estructuras del Estado proteccionista de bienestar, y la crítica a la regulación económica intervencionista, a través de una corriente monetarista, de liberación de los mercados, disminución de las regulaciones, ampliación de la productividad, fortalecimiento del capital de trabajo, incentivos a la innovación

²⁴⁴ DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G. *“La internacionalización de las luchas por el poder”*. Traducción Antonio Barreto. Coedición: ILSA Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2002. p. 121 y ss.

tecnológica y reducción del tamaño y protagonismo del Estado a sus expresiones limitadas. Es básicamente volver a evocar el Estado de mínimos del liberalismo clásico donde sus manifestaciones estuvieron dirigidas principalmente a la defensa de la soberanía territorial, a la vigilancia y control del orden público y a la protección del capital privado propietario de las fuentes de producción, pero ahora bajo la justificada inviabilidad de su excesivo intervencionismo y proteccionismo que ya reclamaba su re direccionamiento.

Aparece así la línea neoliberal que busca la mínima intervención del Estado en la economía, reemplazándola por la participación directa de las grandes multinacionales y los grupos económicos influyentes en el mercado mundial, los que van a condicionar finalmente la acción económica, política y social de los Estado a su interior. Estos se convierten en subsidiarios y dependientes bajo el argumento económicamente productivo de la teoría en auge, de reemplazar la acción directa en la *prestación de los servicios* por la idea progresista de *garantizar y controlar su prestación*, con lo cual se promueven y aseguran las privatizaciones acompañadas de una política de congelación de salarios, limitación a las negociaciones sindicales, congelaciones y cambios en las políticas prestacionales y asistenciales, reformas fiscales, desregulación de los mercados ahora operados bajo una renovada y fortalecida *lex mercatoria* que daría cuenta prontamente de un nuevo ordenamiento jurídico transnacional²⁴⁵, con la participación de instituciones financieras y comerciales supraestatales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio. En resumen, el neoliberalismo, como lo afirma Alli Aranguren “*pretende retornar a la pura economía de mercado, a la que considera como el marco más adecuado para acrecentar la productividad, asegurar la innovación tecnológica y satisfacer las necesidades de consumo con las máximas posibilidades de elección*”

²⁴⁵ DE SOUSA SANTOS, Boaventura. “La Globalización del Derecho”. Universidad Nacional de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá 2002. p. 104 y ss.

*por parte de los consumidores, sin las limitaciones que realizan los poderes públicos para eliminar sus disfunciones*²⁴⁶

En el campo del Derecho administrativo, el Estado neoliberal va a generar una reacción de angustia e incertidumbre entre los más destacados especialistas y estudiosos de esta disciplina jurídica, promoviendo un movimiento de ideas y una medrosa lectura entorno a lo que denominaron *huida del Derecho administrativo*, pues su esencia se perdía o refundía entre lo privado que ya no permitía una caracterización desde lo público; es decir, la sustitución de las empresas públicas por la intervención del sector empresarial privado en sus actuaciones, ponían en duda la necesidad de regulaciones administrativas, pues estas entraban en abierta desnacionalización, no obstante prever también la consecución de fines generales.

Los editados temores consignados en sendos y distintos pronunciamientos, empezaron a ser disipados por muy importantes doctrinantes que vieron y leyeron el momento neoliberal por el que atravesaba el Estado y el Derecho administrativo, no como una disminución o desaparición de este, sino como una verdadera transformación producto de las nuevas intervenciones, ya no directas sino indirectas a través de particulares, de acciones contractuales, de ampliación de servidores con naturaleza compleja, de actores diversos, hasta plantear y fortalecer esta visión desde la llamada *constitucionalización del Derecho Administrativo*, pues cualquier regulación que significara desconocimiento de esta disciplina jurídica, resultaría abiertamente violatoria de la propia Constitución²⁴⁷. Adicionalmente, se justifica su mutación ya no con explicaciones simplemente orgánicas y estructurales, sino principal y esencialmente funcionales; valga decir, ya no es el tipo de entidad la que naturaliza su accionar jurídico, sino la función

²⁴⁶ ALLI ARANGUREN. Op. Cit. p 234.

²⁴⁷ BREBER-CARIAS, Allan R. “*El proceso de huida y de recuperación del Derecho administrativo*”. Artículo que forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Extractado el 29 de mayo de 2016 de la página www.juridicas.unam.mx

que cumple y realiza, así como los fines teleológicos que se propone con su actuación.

4.6 ESTADO GLOBALIZADO

Para iniciar un estudio del modelo del Estado Global, tenemos que, por obligación, remontarnos a las acciones que en su debido momento ejecutaron las Compañías de las Indias Orientales y Occidentales, puesto que conformaron un sistema de *economía mundo*, que se basaba por la permanente y nunca acabada unión de un *procedimiento económico y un modelo de regulación político o jurídico*, alcanzando un pináculo importante al encontrar en el siglo XVII, con la producción a gran escala y la compraventa mundial de la misma, un criterio unificador mundial. De allí que Burbank y Cooper sostengan que: “*En 1669, la VOC (Vereenigde Oost-Indische Companie) era la corporación más rica del mundo y constituía una fuerza militar impresionante en el Sureste asiático, dueña de cincuenta buques mercantiles y cuarenta navíos de guerra, que daba empleo a cincuenta mil civiles y unos diez mil soldados*”²⁴⁸.

El final del siglo XX no debe sorprendernos que se constituya un modelo global de Estado, donde lo importante no estriba en la *reglamentación, jurisdicción o competencia* política, fiscal, tributaria y jurídica, aplicada a unos sujetos de derechos, sino que, por el contrario, el principal interés como lo sostenemos a lo largo de esta investigación, son las empresas multinacionales o trasnacionales las que han movido la creación de dicho Estado, donde se necesita un organismo burocrático ya no para legislar sino para *vigilar y supervisar*, el mismo Jaime Rodríguez-Arana ha manifestado al respecto que:

“El sociólogo alemán Ulrich Beck acaba de señalar que en un mundo en el que el Estado global espía indiscriminadamente a sus

²⁴⁸ BURBANK, Jane y COOPER, Frederick. Imperios, Crítica. Barcelona. 2011. p. 222 y ss.

*ciudadanos, la defensa de los derechos fundamentales de la persona empieza a ser una ilusión. No hace mucho un ministro de seguridad de un país europeo decía que lo sabía todo de todos. Tales comentarios, graves en sí mismos, pasan sin pena ni gloria a lo largo y ancho de sociedades en las que los habitantes caminan con una fuerte dosis de control y manipulación a sus espaldas. No de otra manera puede entenderse la insensibilidad con la que se conduce, gracias a los oficios de las tecno estructuras dominantes, la ciudadanía en general*²⁴⁹.

El predominio del capital financiero, desde mediados del siglo pasado, llevó a los académicos y analistas de mercados a sustentar sus análisis desde la diseminación de las acciones de las empresas, es decir a creer que el auge empresarial movido por el capital de acciones generaría una correlación mundial de accionistas, que no de ciudadanos. Ello en contraste con las actividades que se entendían ejercidas desde un ámbito estatal centralizado en cuerpos como los estados nacionales o las empresas regionales. Sin embargo, la nueva manera de entender el mundo demostró que no se puede apelar a una formula única de captar la realidad política y económica; por el contrario, el *capital* se mueve en los terrenos anunciados sin la menor restricción, lo que sí es notorio es la gran configuración de poder de los nuevos imperialismos que surgen desde tendencias de izquierda o derecha, pues ahora no importa la organización política sino la capacidad de respuesta a los impulsos tecnológicos²⁵⁰

²⁴⁹ Consultar en: <http://www.elcorreogallego.es/opinion/firmas/ecg/el-estado-global/idEdicion-2015-08-05/idNoticia-946146>. Revisado el 01 de diciembre de 2017.

²⁵⁰ De allí que uno de los estudios de caso esté enfocado a entender cómo la economía colaborativa hace las veces de puente entre una política dilapidada y unas conductas económicas agigantadas, donde todo tiene un valor. Tanto así que TODOLÍ, Adrián afirme que la economía colaborativa lleve a producir cambios en la manera en que se concibe y ejecuta el concepto de trabajo, puesto que ahora este debe asumirse como un reto en el mercado. En últimas, con la economía colaborativa, el trabajo, la prestación de servicios y los productos del mercado están afectados, no solo por su campo jurídico que lo normatiza en algunos eventos, sino por la forma en que se consume y se comercia. De allí que el nuevo triángulo de análisis tenga total coherencia con la forma de administración global de abajo hacia arriba, donde está configurado por plataformas, prestadores de servicios y consumidores, excluyendo o, al menos, dejando de lado

Una de las conductas que hacen pensar que estamos en presencia de un modelo de Estado global, tiene que ver con las consecuencias económicas globales²⁵¹ a partir de un fenómeno local. Miremos, a manera de ejemplo, la variación del valor del petróleo que en los últimos años ha ocasionado crisis, destrucción o crecimiento en diversos lugares del mundo; o miremos también el caso de la burbuja inmobiliaria, que de ser un acontecimiento aislado en países europeos ha logrado tener incidencia en el resto del mundo. De los ejemplos anteriores debemos analizar los efectos generados, pues si bien sus incidencias deberían ser locales han llegado a tener repercusión mundial desde el punto de vista del capital, es decir, por aquello que hace que a finales del siglo XX e inicios del XXI, se pueda *invertir* sin tener que pisar tierra diferente a la del País de origen donde se ubique el inversor.

En resumen, sobre los dos puntos mencionados, podemos sostener que se vislumbra la presencia de este *Behemoth*, cuando el Estado local empieza a replantearse sus funciones y políticas, desde la reestructuración misma de sus contenidos, lo cual ha sido consecuencia directa del impacto de la globalización de la economía y de los mercados.

los regímenes jurídicos que puedan afectar estas nuevas relaciones. Para una mayor explicación del tema, remítase a: DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2006. TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant Lo Blanch. Madrid. 2017.

²⁵¹ Sobre el concepto de nueva economía dice SASSEN: “Es un concepto muy ambiguo, porque nuevas economías han pasado por todos los siglos. Pero en el contexto actual, en un cierto tiempo y espacio, es aquella que usa de manera muy intensa las nuevas tecnologías de la digitación; tanto para cuestiones de redes interactivas como de software de servicios que se pueden vender. No tanto objetos, más bien servicios. Y refiere también a cómo eso se va expandiendo y va alterando sectores de la economía. Sectores que quizá están produciendo algo que no es digital, sí, pero cuyo proceso de producción, de distribución, de concepción o de ejecución este componente está presente. Esta definición tan amplia implica que hay muchas modalidades a través de las cuales este fenómeno afecta a las distintas ciudades. Y como en mi investigación yo no puedo manejar un concepto tan amplio y general, raramente utilizo el de nueva economía: lo encuentro demasiado general. Es una imagen muy poderosa pero no me es útil” Tomado de <http://www.revistateina.es/teina/web/Teina4/dossiesassen.html>. Recuperado el 28 de octubre de 2017.

El mismo Stiglitz, sostenía al respecto que: *“La globalización es un fenómeno económico que ha significado un crecimiento en el comercio y en los flujos de capital mundial acompañado por la supresión de las barreras al libre comercio, de los aranceles, de las restricciones, de los flujos de capital, así como la mayor integración de las economías nacionales, en términos de complementariedad y suplementariedad productiva”*²⁵².

Dos posturas han asumido los poderes locales a partir de estos fenómenos, la primera es optar por la consecución de un libre mercado que está impulsado por la seguridad empresarial y que fija sus derroteros en la idea de un progreso individual; o, la segunda, en sentido contrario, acoger una política de economía dirigida o estatalizada que interviene en cada episodio económico con miras a generar un ambiente de bienestar.

Ejemplificar lo anterior resulta de algún modo contrastante, en la medida que para el primer caso tenemos imperios como el estadounidense o el Chino, y para el segundo tenemos países como Corea o Venezuela. Lo rescatable de ambas posturas es el contraste generado a partir de mismo fenómeno, que a pesar de ser llevado de formas diversas resulta siendo el motor común, de allí que la economía actual en términos de Saskia Sassen, sea una nueva modalidad de producción y distribución, basada en la nueva tecnología.

Otra forma de entender estas complejidades, puede ser analizada desde el punto de vista del urbanismo global, donde se contempla la creación de escenarios de producción a súper escala; es decir, que se pueden crear modelos de ciudades con el único fin de sustentar la producción y otras encargadas de la distribución, dejando un nicho para la marginalidad o pobreza. El modelo global se ocupa de

²⁵² STIGLIZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Taurus. Bogotá. 2002. p. 20 y ss.

esta manera de dar respuesta u orientar políticas sobre la vida en todas sus manifestaciones, por ello Sassen manifiesta que:

*“Las ciudades globales acumulan concentraciones inmensas de poder económico, mientras que las ciudades que en tiempos fueron importantes centros manufactureros experimentan decadencias desmesuradas; los centros de las ciudades y los centros de negocios de las zonas metropolitanas reciben inversiones en propiedad inmobiliaria y telecomunicaciones en gran escala, mientras que las zonas urbanas y metropolitanas de bajos ingresos carecen de recursos suficientes; los empleados muy especializados del sector de las grandes empresas ven aumentar sus ingresos hasta niveles inhabituales, mientras que los trabajadores con una especialización media o baja ven desplomarse los suyos. Los servicios financieros producen beneficios descomunales, mientras que los servicios industriales apenas sobreviven”.*²⁵³

Aunque algunos como Giddens sostengan que, si bien la globalización genera riesgos para todas las sociedades, no todas están inmersas en estas discrepancias, sino que seguramente los países emergentes o atrasados pueden que caigan presa de un fundamentalismo y renuncien a liberalizar y democratizar sus instituciones, empezando por la familia, para integrarse en una sociedad global dinámica y pletórica de oportunidades²⁵⁴.

Finalmente, las manifestaciones sobre un modelo global están ligadas a las nuevas dinámicas de interacción mundial, producto de la globalización de los mercados, que ha generado el surgimiento de una variedad de sistemas o

²⁵³ Remitirse a: https://www.macba.cat/PDFs/saskia_sassen_manolo_laguillo_cas.pdf. Recuperado el 06 de diciembre de 2017.

²⁵⁴ Tomado de: <http://www.fes-sociologia.com/files/res/1/13.pdf>. Revisado el 06 de diciembre de 2017.

regímenes jurídicos de carácter internacional, conformados por organismos de naturaleza administrativa, que adoptan normas y decisiones que los estados aplican internamente, pero que ya no encuentran respuesta suficiente en el Derecho internacional público y privado y, menos aún, en el Derecho administrativo nacional.

Algunos de estos sistemas de regulación global son bilaterales; otros, multilaterales -regionales o globales-; unos tienen origen en tratados, otros en redes o medios de cooperación sectoriales; unos son de naturaleza pública, otros privada, y otros más público-privada, pero todos abarcan una gran variedad de sectores como el comercio, las finanzas, la banca, el medio ambiente, la salud, la seguridad, los productos farmacéuticos, el transporte, las comunicaciones, la ayuda financiera, los derechos humanos y las actividades irregulares o ilegales. Esto significa que, en principio, se admite una pluralidad de sistemas de Derecho administrativo global, ya de carácter sectorial, bien de regulación desde la misma organización hacia autoridades nacionales, o ya desde la organización más allá del Estado hacia sí misma, por tanto, esta nueva tendencia no es una disciplina monolítica y unitaria²⁵⁵. De este tema nos ocuparemos inmediatamente.

²⁵⁵ Para un estudio más cercano a nuestro medio académico se recomienda la lectura de JIMÉNEZ, William Guillermo. *Globalización jurídica Estado-nación y territorio*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2015.

5. ADMINISTRACIÓN GLOBAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI

5.1 HUIDA O MUTACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como hemos advertido en los capítulos anteriores, el Derecho administrativo ha sufrido una disección no preferente para su estudio, la cual se muestra más evidente al preguntarnos por las actuales tendencias de esta disciplina jurídica; la partición se genera, o bien por la inclinación eminentemente normativa, o por la tendencia a dar énfasis unitario a la gestión y organización por encima de la primera. Sin embargo, como se mostró en el capítulo precedente, al finalizar el siglo XX las estructuras jurídicas, económicas, políticas y sociales se empiezan a ver superadas por los fenómenos *globales*, que tendrían implicación en la vida de los habitantes de este mundo – así mismo se incide sobre el pasado y el futuro-; por lo cual el marco jurídico administrativo –publico- que establecía un conjunto de regulaciones propias de un Estado, se transforma, como bien lo analiza Sabino Cassese,²⁵⁶ en cinco clases: a) la desnacionalización del Derecho administrativo, b) convergencia de los Derechos administrativos nacionales, c) el desplazamiento del Derecho administrativo hacia la esfera constitucional –constitucionalización del Derecho administrativo y la función pública-, d) el nuevo equilibrio entre lo privado y lo público en materia jurídica, y e) la revolución de los derechos –la amplitud de los derechos humanos-.

Las anteriores manifestaciones son, a su vez, cinco maneras de entender el debate académico sobre los cambios que ha sufrido el Derecho administrativo, las que también pueden agruparse en la *huida* o *la mutación* del mismo. La profesora Silvia del Saz Cordero, mencionaba en el año 1994, que:

²⁵⁶. CASSESE, Op. Cit. p.373 y ss.

“De un tiempo a esta parte la cuestión de la «privatización» de la actividad de la Administración, es decir, la huida del Derecho administrativo, ocupa un lugar estelar en las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del Derecho, como demuestran los numerosos trabajos que últimamente han venido ocupándose de ello, bien para apoyar y justificar la aplicación del Derecho privado a la Administración Pública, bien para denunciar la falta de garantías que ello conlleva”²⁵⁷.

Cuando hablamos de huida, nos referiremos a un escape, abandono o fuga de las nociones clásicas sobre el Derecho y la Administración, la cual puede verse con especial atención en países europeos²⁵⁸, siendo considerada como aquella expresión del Derecho administrativo o Derecho público -como también se le conoce-, cuando ha tomado un rumbo directo hacia el Derecho privado, ha penetrado en las nociones jurídicas propias de Derecho común y, a su parecer, desde allí ha evolucionado.

En otros espacios como el nuestro, este evento se conoce como la privatización del Derecho administrativo. Aunque, si bien es cierto, la teoría administrativa tiene su asidero en el enfoque público, también es cierto que el Derecho en su conjunto debe entenderse como una unión conceptual que presenta distintas aristas, y por ello el ensamble público-privado, genera mayor campo de desarrollo, pues solo se puede pensar en nuevos espacios jurídicos desde la lógica binaria de unión-despliegue, es decir, desde la mirada de la integración del Derecho y su puesta en escena a futuro. En estos momentos, más que antes, nuestra disciplina debe

²⁵⁷ DEL SAZ CORDERO, Silvia. *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas*. En: Revista de Administración pública. Madrid. 1994. N° 133. p. 57-98.

²⁵⁸ Sobre este punto remítase a SERRANO SALOMÓN, David Andrés: “*El fenómeno conocido como huida del Derecho administrativo es un acontecer jurídico positivo, advertido y denunciado por la doctrina española en las dos últimas décadas del siglo pasado. La literatura sobre el particular es prolija. Es un tema recurrente de la doctrina administrativista del País ibérico.*” en *La huida del Derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. Revista de Derecho público. Bogotá. 2015. N° 34. p. 4.

asociar conceptos de otras disciplinas, y también entablar diálogos dentro de las áreas de su propio estudio para crear, articular o modificar nuevas dinámicas jurídicas.

Lina Marcela Escobar nos sitúa en un contexto bastante claro para hablar de *huida administrativa*, ya que hace especial énfasis en las décadas problemáticas de importantes transformaciones, a las que nos hemos referido en este estudio, por cuanto el concepto de un Derecho administrativo extraterritorial –global-, surge en periodos de cambios o, si se quiere, en periodos de transición jurídica –sea huida o mutación-, de ahí que se diga que:

“Es preciso destacar que las manifestaciones principales del fenómeno de la huida del Derecho administrativo al Derecho privado datan entre los años 1988 a 1994 (aproximadamente); en el contexto europeo, no sido (sic) plenamente definido, ya que se habla de él bajo cuatro perspectivas o modalidades distintas a saber : 1) Un cambio en la forma y estructura de la Administración pública, 2) Al abandono del régimen propio del Derecho administrativo para pasar a formas propias del Derecho privado, 3) Un rechazo absoluto del Derecho público, 4) Una sumatoria de todas las opciones anteriormente planteadas”²⁵⁹.

Ahora bien, cuando se habla de mutación del Derecho administrativo, estamos en presencia de una teoría que se distingue por identificar escenarios de conversión conceptual, es decir que el Derecho administrativo empieza a tomar prestados conceptos constitucionales basados en los derechos humanos, o de la rama del Derecho económico; su transformación no apunta a un debilitamiento de los fundamentos históricos y jurídicos, sino que gravita alrededor de la armonía

²⁵⁹ ESCOBAR MARTÍNEZ Lina Marcela. *La Huida del Derecho administrativo*, En: Revista Holística Jurídica N.3. Universidad San Buenaventura. Medellín.2005. p. 129.

dogmática que debe existir dentro de este, para adaptarse a las nuevas realidades; por ello, la misma Lina Marcela Escobar, sostiene que:

*“El Derecho administrativo y de Administración pública (sic), es signo de un fortalecimiento de los postulados que dieron origen al nacimiento del Derecho administrativo que datan desde la época de la revolución francesa y la tridivisión de poderes, y que como es lógico con el paso del tiempo, al igual que todo sistema jurídico necesita un redimensionamiento en sí mismo, más aún, el Derecho administrativo que al ser un sistema perteneciente al ordenamiento jurídico de carácter público cuya vinculación y fuente primigenia es la Constitución, no puede concebirse como un Derecho estático, cuando precisamente con el paso del tiempo han cambiado aquellos fines del Estado, así como las necesidades y contenidos de aquel llamado interés general que debe entrar a satisfacer”.*²⁶⁰

Tenemos así, a partir de la década de los años noventa, dos modelos a seguir en cuanto al estudio y desarrollo del Derecho administrativo y la Administración; pero quizá un fenómeno que influyó en el desenlace de dichos cambios fue la globalización, de suerte que los estudiosos del Derecho administrativo empezaron a centrar sus análisis, reflexiones y prácticas desde el postulado de la *desnacionalización del Derecho administrativo*, partiendo de la premisa que “se des-territorializa el marco jurídico preconcebido del Derecho Administrativo”, extendiéndose por fuera del Estado, lo cual genera una incidencia desde fuera de los Derechos administrativos nacionales. Parte de esta transformación se debe al afianzamiento de la teoría de un *sistema mundial*, que establece la ausencia de una autoridad *única* dotada de soberanía y con fundamento en una Constitución anterior a su nacimiento. En este sentido, Cassese concluye que, con los cambios

²⁶⁰ ESCOBAR MARTÍNEZ, Op. Cit. p. 136.

previamente mencionados, se está configurando una Administración o reglamentación por fuera del Estado:

*“In conclusion, the large number of norms, the development of rules and principles, and the rise of courts all confirm the high degree of institutionalization (or legalization, as American scholars like to say) of the global administrative system. This stands in direct relation to the greater efficacy of global decisions in targeting national citizens, organizations, and corporations. The more that global organizations widen their scope of action beyond states and domestic public organizations, the more that it becomes important to ensure respect for the rule of law, the principle of participation, and the duty to give a reasoned decision. These procedures are important in order to ensure the protection of citizens, organizations, and corporations, not only in their relations with states and other national public powers, but also in their relations with the new global public powers”.*²⁶¹

Con la llegada de fenómenos como la globalización, la sociedad de mercado, el implemento de la teoría de las naciones unidas y el rápido crecimiento demográfico, la teoría jurídica a tenido que reorganizarse y adaptarse; por consiguiente, el Derecho administrativo tomó dos rumbos que son identificables, no solo en el comportamiento nacional, sino en el margen global. El primero de ellos se da por su cercanía al Derecho común –privado- observando elementos simples como el contrato y las obligaciones, las normas mercantiles y el sistema mundial de comercio, la regulación ambiental y los derechos humanos; el segundo de ellos se gestó como el Derecho administrativo por fuera del Estado –con o sin él-, como lo advertimos con Cassese.

²⁶¹ CASSESE, Sabino. “*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, pp. 663 y ss.

Nosotros, con ésta investigación, no vamos a realizar un análisis en sentido sociológico, ni económico, tampoco lo haremos desde la globalización del Derecho²⁶², por el contrario, vamos a hablar de una postura jurídica que *per se* ya asumió los efectos de la globalización, para poder así formular algunos conceptos que están a la orden del día; en otras palabras, nuestro objeto de estudio nos direcciona a dar un énfasis jurídico al problema planteado sin dejar de lado los conceptos de otras disciplinas. Somos los primeros en reconocer que el capitalismo a través de sus múltiples manifestaciones fue el motor de desarrollo de la globalización, también que este ha generado un brecha de desigualdad que cada día se amplía hasta considerarse que estamos en un mundo invivible. Por otro lado, estamos completamente convencidos que la economía del siglo XXI es la bandera que las demás disciplinas han tenido que seguir. Sin embargo, no vamos a estudiar ni analizar lo anterior, porque para eso ya existen varias investigaciones que ilustrarían mejor que nosotros este tema. El planteamiento del que nos vamos a ocupar, es analizar los conceptos del Derecho Administrativo Global a partir de unas de sus actuaciones, las cuales han generado debate no solo académico, sino también en el diario acontecer²⁶³, que incide en el ejercicio administrativo.

²⁶² Sobre los diferentes aportes que se han dado a la discusión desde las distintas disciplinas, se recomienda hacer una revisión a las siguientes obras, pues varios de los conceptos son tomados de allí, o también como fuente de consulta: BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*. Barcelona: Paidós Ibérica S. 2004; DE SOUSA, B. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santa Fe de Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas UN, ILSA. 2002; AUBI, J. *La Globalización, El Derecho y El Estado*. Sevilla: Global Law Press. Editorial Derecho global. 2012. CARBONELL, M. *Constitucionalismo y democracia*. Ensayos críticos. México: Porrúa. 2004; BAUMAN, Z. *La Globalización. Consecuencias humanas*. México. FCE. 2005; BAUMAN, Z. *Tiempos Líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Tusquets Editores México S.A. de C.V. México DF 2007; GONZÁLEZ LAYA, A. *Globalización y Derecho. Una visión desde la organización mundial del comercio*, en *Derecho administrativo global*. INAP. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales. 2010; RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto y Otros. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y Eficacia de los Derechos*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2012; TWINING, W. *Derecho y Globalización*. Traducción Oscar Guardiola-Rivera y otros. Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes –Facultad de Derecho. Bogotá, 2005

²⁶³ En Colombia tenemos el foro organizado por Ámbito Jurídico, Legis, la Universidad del Rosario y la Cámara Colombiana de Comercio Electrónico, sobre “*Plataformas que evitan la intermediación: los retos jurídicos de la economía colaborativa*”. Universidad del Rosario. 19 de mayo de 2016

El marco histórico que se elaboró antes de este capítulo, no se hizo con fines meramente ilustrativos, sino que gravita en torno al tema de la difícil y compleja tarea de situar el nacimiento del Derecho administrativo, labor esta que no es fácil, de acuerdo con lo expuesto en el capítulo primero. Sin embargo, por cuestiones metodológicas y referenciación histórica propia de esta investigación, optamos por no revivir este debate, y fijar como punto de partida la precisión que de esta ciencia jurídica establece el maestro García de Enterría cuando expresa que: “*la Administración y con ella el Derecho administrativo nacen en el siglo XIX de la mano de los principios revolucionarios de legalidad y división de poderes*”²⁶⁴, pues entendemos que dicho planteamiento obedece al obligado reconocimiento que debe hacerse al padre de la Administración Pública Carlos Juan Bonnin, quien le entregó a Francia y al mundo entero, en 1808, su obra cumbre “*príncipes de l’administration publique*”²⁶⁵, determinando así, tal vez sin proponérselo, que en adelante la ciencia de la Administración Pública constituiría la base esencial de estudio de una nueva rama jurídica que estaba por nacer, construida por los juristas: el *Derecho administrativo*, y a partir de allí elaborar toda una línea conceptual, que aunque ha sufrido crisis, supo conservarse al menos hasta las últimas décadas del siglo XX. En otras palabras, el Derecho administrativo sería una disciplina que, no obstante mantener encontradas posiciones en relación con su origen (algunos tratadistas lo sitúan en el siglo XVI)²⁶⁶, resulta claramente cambiante y en constante evolución, de acuerdo con el contexto dentro del cual se manifieste la acción del Estado.

Ahora bien, en nuestros días cuando en la academia se habla de huida del Derecho administrativo, se está haciendo referencia a la descentralización funcional que se ha revestido de formas ajenas e impropias del ordenamiento administrativo, para a su vez servirse de las proporcionadas por el Derecho civil,

²⁶⁴ Tomado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710683>. Recuperado el 06 de diciembre de 2017.

²⁶⁵ Remítase a la nota 123.

²⁶⁶ Tema que se trató en los capítulos anteriores

laboral, mercantil o comercial o de disciplinas distintas al propio Derecho. Esto no quiere decir que se desconozca el nacimiento y evolución del mismo, sino que ha tenido un impulso desde otras áreas del conocimiento, creando maneras de operar y pensar diferentes, es decir una verdadera evolución, que no huida, del Derecho administrativo.

Lo anterior debe ser visto desde el crisol de la economía capitalista o economía del siglo XX, la cual tiene múltiples e ilimitadas formas de manifestación. Por ello el maestro García de Enterría dimensiona el problema al decir que “*huida del Derecho administrativo con el fin manifiesto de burlar los procedimientos administrativos y el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, proceso que se inicia con la adopción sistemática por la Administración de formas y modos de actuar sometidos al Derecho privado*”²⁶⁷, no encuentra cabida en las nuevas tendencias estatales, lo que para otros estudiosos sería la diferencia entre el Derecho público y/o privado, que es asumida por la necesidad de fundamentar la existencia preconcebida de un Estado desde lo público sin variaciones que justifiquen un actuar distinto.

Una primera postura que hace referencia a la enunciación de *huida*, consideramos que está mal formulada ya que hace énfasis al abandono de los principios básicos y, tal como hemos visto, el Derecho administrativo ha venido auto ajustándose a la realidad, ha reformulando su campo de acción, ha ido recontextualizándose de acuerdo con las posturas más novedosas, no solo jurídicas sino también sociales. A partir de esto debemos pensar en una renovación del Derecho administrativo, que supera los límites que se creían necesarios para su existencia, es decir que se contemplaba un Derecho propio de la Administración, por medio del cual se establecía un dialogo con los administrados, hoy ciudadanos, mientras ahora se le considera como una directriz de comportamiento que ya no solo se justifica con la

²⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Prologo a Chinchilla Lozano en Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Uned-Civitas, Madrid.1992.

existencia previa de un Estado; todo lo contrario, se justifica a partir de la relación de actores –*gobernanza y gobernabilidad*-, los cuales asumen roles dentro del sistema normativo.

Una segunda postura sería en relación con la *mutación*, que resulta más llamativa para su estudio, ya que no centra su análisis en la *privatización* como forma de huida, sino que establece que el Derecho administrativo, si es Derecho, debe estar en constante evolución de sus conceptos; lo anterior llevado al límite, es empezar hablar de un Derecho Administrativo Global como se ha identificado su actual tendencia.

Finalmente, otra de las razones por la que se realizó el marco histórico, fue para justificar que para nadie sería extraño que esta rama del Derecho en el *ámbito local*, lleva al menos unos trescientos años de desarrollo, lo cual se evidencia en la estructura normativa propia de cada País, donde en su mayoría se considera al Derecho administrativo como la esfera eminentemente contenciosa, olvidando la parte de la Administración, de la gestión y de la organización. Y que en el *ámbito internacional*, como lo habíamos expuesto en otro escrito²⁶⁸, se puede considerar que a finales del siglo XIX, ya se habían dado las circunstancias para hablar de una Administración internacional²⁶⁹, pero había que esperar hasta mediados del siglo pasado para reorganizar los conceptos y dar tiempo a que apareciera el Derecho internacional público en estricto sentido

²⁶⁸ AMADO ABRIL, Jesús Hernando. *El Derecho administrativo global y las aplicaciones tecnológicas para el transporte individual*. Universidad de Salamanca. España. 2016.

²⁶⁹ Cf. KINGSBURY and KRISCH, en su postura académica sostiene que las ideas forjadoras de un Derecho administrativo global, tienen raíces en el siglo XIX, lo cual les lleva a decir que: “*En efecto, la idea de analizar la gobernanza transnacional como una Administración sujeta a principios de Derecho administrativo específicos se encuentra ya, por ejemplo en la obra de los reformadores sociales y auténticos constructores de las instituciones de finales del siglo XIX, como hiciera VON STEIN, Lorenzo. Al concebir el trabajo y la actividad de la salud pública internacional en clave de actividad administrativa y de Administración*” Introducción en *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. 2016. En este mismo sentido ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *El Derecho Administrativo y la Evolución del Estado, en, Derecho administrativo y globalización*. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2004; GUERRERO, Omar. *El origen de la ciencia de la Administración*. Editorial Publimex, s.a. México, 1990. p. 139 y ss.

5.2 DELIMITACIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA DEL GAL

La noción clásica que se ha contextualizado sobre el Derecho administrativo²⁷⁰ no excluye las relaciones con el Derecho internacional, toda vez que este aparece en la medida en que los tratados celebrados con motivo de un acuerdo bilateral de naciones, requieren como requisito interno de procedibilidad, la creación de un marco jurídico que acogiera lo pactado por fuera de su territorialidad. Es decir, que el convenio realizado por fuera del Estado, tenía que tener cabida en su interior por medio de un corpus normativo que le diera soporte de legalidad y legitimidad.

Por otra parte, el Derecho administrativo se ha enfrentado a la tesis de delimitar su funcionamiento en razón a una *Constitución*, un *gobierno* o una *institucionalidad*, ya que no existe por ahora un modelo global que contemple una Constitución, un gobierno y un orden estable y uniforme para todos los países; por el contrario, se manifiesta como una *comunidad global* a partir de tres elementos: I) plurisubjetividad, II) organización, III) normatividad –piénsese en la ONU-. Lo más importante de este nuevo tipo de sistema supraestatal es que carece de una autoridad superior dotada de soberanía, y se basa en la cooperación, como forma de integrarse los sujetos que forman parte de él. Al crearse este escenario puede que se debilite la integridad del Derecho local, en razón a que se producen reglas de acción y actividades ejecutivas que superan lo doméstico. Para Cassese este Derecho supraestatal se ha manifestado de tres maneras, hasta ahora identificables:

“Otorgando fuerza ejecutiva a reglas dispuestas por otros aparatos (llamados *borrowing regims*: por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio otorga eficacia normativa a las 'invitaciones' de la Comisión Codex Alimentarius); **estableciendo**

²⁷⁰ Téngase como noción clásica: conjunto de normas por las que se regula la Administración Pública.

*critérios para la acción de otras administraciones, las nacionales, a las que se pide que actúen según estándares globales (por ejemplo, los órganos de la Organización Mundial del Comercio obligan a las Administraciones nacionales a tomar decisiones basándose en criterios científicos o tras haber consultado con otras Administraciones nacionales); y, finalmente, **obligando o incentivando los ordenamientos nacionales a abrirse los unos a los otros** y establecer vínculos entre ellos (por ejemplo, los órganos de la Organización Mundial del Comercio promueven <<acuerdos de equivalencia>> entre las Administraciones nacionales)".²⁷¹ (Resaltado fuera de texto)*

Podemos inferir, a partir de lo anterior, que la evolución del Derecho administrativo por fuera del Estado se da, o bien por las reacciones y respuestas del orden de las comunidades o corporaciones globales, o bien, por la acción de ciertas autoridades del orden nacional que deciden agruparse a modo de red, para organizar cuerpos propios de normas al margen de las estatales. Como afirma Libardo Rodríguez sobre la inclusión del Derecho administrativo dentro del sistema mundial a partir de las relaciones con el Derecho internacional:

“Esas relaciones cada vez más estrechas con el Derecho internacional han venido planteando múltiples problemas jurídicos, algunos de los cuales ya han sido objeto de atención por parte de la doctrina, como es el caso de las relaciones entre la Unión Europea y los países miembros de esa Unión, hasta el punto de permitir actualmente el reconocimiento de un “Derecho comunitario”, que tiene sus orígenes en el Derecho internacional pero que ha adquirido en Europa una personalidad propia, como producto de sus rasgos característicos que, además, se han

²⁷¹ CASSESE, Op. Cit. p.375-376.

*venido reproduciendo en otras regiones del mundo aunque con desarrollos y análisis más limitados”.*²⁷²

Este tipo de manifestación del Derecho administrativo hacia afuera, presenta dos posturas académicas para su estudio: la primera viene desde Alemania con el profesor Eberhard Schmidt-Aßmann, quien la identifica como *Internationales Verwaltungsrecht –Derecho administrativo internacional-* noción que tiene raíces jurídicas y teóricas en Lorenz Von Stein, quien ya se preocupaba por la inminente llegada de nuevas teorías y prácticas de Administración, porque, sin duda la periferia estaba incidiendo en la toma de decisiones, organización y desarrollo de su Estado. A su vez, rescata la vigencia de Von Stein desde la llamada contextualización del concepto *Derecho administrativo internacional*, puesto que articula tanto en el plano público como académico, la sintonía que debía –debe- existir entre las fuentes internacionales y las fuentes internas, en aras de constituir un conjunto de normas jurídicas estables sobre la actividad administrativa²⁷³.

Podemos confirmar, de esta manera, que el aporte sustancial del que se va a servir el GAL no tiene que ver con la descripción de la Administración –conjunto de normas- más que de sus fundamentos, es decir, que va a condensar toda la atención en el plano global partiendo de la actividad misma, sin realizar, como petición de principio, un análisis de las bases jurídicas so pena de estudiar, de manera subsiguiente, la actividad global. Este es un acercamiento desde Von Stein, el cual debe ser utilizado en aras de entender la propuesta del Derecho administrativo global, en cuanto fija su análisis en la actividad y no en su infraestructura desde el ángulo orgánico.

La segunda manifestación, de reciente aparición, se conoce como *Derecho Administrativo Global*, que surge con la tendencia norteamericana de integrar la

²⁷² RODRÍGUEZ. Op. Cit; págs. 453 y ss.

²⁷³ Para una mayor comprensión de esta afirmación remítase al capítulo 3 de este trabajo.

visión **subjetiva** (Administración pública) y **objetiva** (funciones y actividades administrativas) del Derecho administrativo. Principalmente busca extender la aplicabilidad del Derecho administrativo a los sujetos de orden global y a sus actuaciones que escapen a la esfera local. Su intención, como lo menciona Kingsbury, es “*el Derecho administrativo de la Gobernanza Global, de las múltiples organizaciones que se ubican en el espacio administrativo global (subjetivo), cuya actividad (objetiva) guarda relación con la actividad regulatoria y de servicio público, por lo que afecta a la sociedad o sociedades en su conjunto*”.²⁷⁴

Antes de acercarnos a la definición del Derecho administrativo global, resulta necesario destacar y comprender los elementos que lo originan, y para ello es ineludible volver a referir el concepto de Derecho administrativo que hemos adoptado como fundamental en este trabajo: *Derecho administrativo es el derecho de las administraciones públicas, entendiendo por estas la local, la regional y la global*, por lo que en este apartado debemos dedicar la atención a esta última administración.

Si tenemos en cuenta la evolución que ha tenido la administración de lo público por parte de las modernas democracias estatales, que privilegian la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan, se debe afirmar que esta dinámica encuentra firmeza en las relaciones que conducen al *buen gobierno* y a la *buena administración*; esto es, al fortalecimiento de su *gobernanza*, entendida

²⁷⁴ Aunque RODRÍGUEZ, Libardo sostenga; que la terminología internacional o global pueda usarse indistintamente sin hacer mayores referencias: “*El análisis académico de esta situación ha dado lugar a diversas expresiones en la doctrina. Así, un primer sector de la doctrina menciona al “Derecho administrativo internacional” para referirse principalmente al ordenamiento administrativo propio de las organizaciones internacionales. Otro sector utiliza la expresión “Derecho administrativo global” para referirse, en ocasiones, al Derecho aplicable a las administraciones públicas 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*”. En, Estudio publicado en Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Asociación Mexicana de Derecho administrativo, 2013, págs. 453 y ss. Para nosotros, el uso de esta terminología solo es posible a partir de su origen del cual hemos venido hablando en este estudio.

esta como la participación directa e indirecta de distintos actores, públicos, privados y mixtos, en el diseño, elaboración y ejecución de las políticas públicas. Tratándose del GAL, es necesario partir entonces de entender la noción fundamental que constituye la base de su formulación: *la gobernanza global o transnacional*.

Gobernanza Transnacional. Podemos entenderla como la de las organizaciones públicas, privadas y mixtas, integradas por *actores* públicos y privados que operan en la *gobernanza global*. Son *administraciones* que regulan y adoptan decisiones a través de distintas estructuras y aparatos, en algunos casos, derivados de tratados y convenios (Derecho internacional), en otros, a manera de *red*, en la que participan organismos reguladores nacionales sectoriales, o por agencias y administraciones nacionales que hacen de administración indirecta de las Organizaciones Globales.

Estas organizaciones realizan sus actuación administrativa, de acuerdo con unos principios que las rigen, y funcionan con un marco regulatorio en su ejercicio conformado por *normas o estándares* que se implementan a través de la interrelación entre la órbita estatal y la supraestatal, sin jerarquía vertical (de arriba hacia abajo), sino de manera horizontal, entremezclada.

Gobernanza Global, para proponer un primer intento de entender este tipo de gobernanza, debemos mirar que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es el *“arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”*²⁷⁵.

²⁷⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo 5. Madrid, 2001. p. 773.

También llamada Gobernanza Multinivel para comprender el sistema de organización y actuación de la Unión europea, en la aplicación y ejecución de sus políticas públicas entre los estados que la integran y sus propios gobiernos. De manera general, se entiende como un sistema de participación que se caracteriza por su carácter no vinculante, que privilegia la búsqueda del consenso y el conocimiento técnico y avanzado, en un espacio donde no existan jerarquías sino actuaciones responsables y ponderadas. Precisamente el Derecho administrativo global va a fundamentar su teoría jurídica bajo este esquema de gobernanza global, en la que coexisten un sinnúmero de políticas públicas de carácter general como las relacionadas con los mercados financieros (bolsa, banca, seguros), comercio de bienes y servicios, medio ambiente, energías limpias, tecnologías de la información y las comunicaciones TICs (telecomunicaciones e internet), salud pública, educación, formación y conocimiento, alimentación, seguridad aérea, protección datos personales, propiedad intelectual, transporte, movimientos transfronterizos de poblaciones (migración), refugiados, contratación pública, seguridad pública, deporte, estándares laborales, etc.

Ahora bien, específicamente la *gobernanza administrativa global*, que en adelante será un elemento que nos va interesar, es aquella que abarca todas las formas de producción normativa, diferente de aquellas provenientes de los tratados y demás acuerdos y convenios internacionales, así como la solución de conflictos que se puedan presentar, dando respuesta de esta manera a los distintos actores que la integran, sean estos nacionales o globales, cubriendo las falencias reguladoras en cada asunto y rindiendo cuentas. Algunos de los ejemplos que los investigadores utilizan para entender este concepto es el relacionado con el comportamiento de los tribunales internos que revisan las sanciones que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas impone a personas nacionales; los procedimientos de solución de diferencias expedidos por la Organización Mundial del Comercio; el funcionamiento de los tribunales administrativos internacionales dentro de los organismos internacionales; recomendaciones de la Organización para la

Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE sobre integridad pública; recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos a los estados para la aplicación de reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de derechos humanos.

5.3 DERECHO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS

Por tener el GAL origen americano, resulta importante resaltar algunas características del Derecho administrativo de los Estados Unidos a través de los planteamientos expresados por Stewart en distintos artículos²⁷⁶. El objetivo de este autor está dirigido a explorar los elementos y características más importantes del Derecho administrativo norteamericano, principalmente sus enfoques “de arriba hacia abajo” y de “abajo hacia arriba”, para que sirvan como parte útil en la construcción de un sistema jurídico-administrativo denominado GAL, entendido este como necesario y vital para controlar la creciente regulación de las distintas instancias decisorias a nivel internacional o transnacional, presentes en una enorme variedad de ámbitos.

José María Pacori, precisa que en los países latinos se define como el Derecho de la Administración Pública, pues su regulación se hace a través de diversas leyes que emiten los órganos legislativos. El ordenamiento jurídico administrativo de cada País define su organización administrativa y estatal²⁷⁷. Una vez se tenga esto de presente, se podrá hacer una revisión sistemática a la regulación del Derecho administrativo en Estados Unidos para percibir que la fuente de su estructura

²⁷⁶ Como no se trata de caracterizar a profundidad el Derecho administrativo americano, nuestra fuente sobre lo pertinente es: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-78-2-Stewart.pdf>, así como https://www.jstor.org/stable/27592106?seq=1#page_scan_tab_contents Recuperado el 06 de diciembre de 2017.

²⁷⁷ PACORI CARI, José María. *El derecho administrativo en Estados Unidos*. La Gaceta jurídica Diario La Razón. 27 de enero de 2016. http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Derecho-Administrativo-Unidos_0_2424957593.html. Recuperado el 18 de noviembre de 2017

jurídica radica desde el sistema jurídico *common law* (Derecho anglosajón) y no a partir del sistema jurídico *civil law* (ley civil).

En Estados Unidos el Derecho administrativo se conoce como Administrative Law, donde este derecho es la ley de la administración del gobierno, optando por el sistema de los principios jurídicos generales que los legisladores (lawmakers) y jueces (judges) tienen que legitimar a través de sus decisiones para el buen control de las acciones de las agencias administrativas (administrative agencies), entendiendo por estas últimas, a partir de Pacori,

“A las entidades gubernamentales con la autoridad (authority) para tomar acciones que afectan los derechos y obligaciones legales de los individuos. Mientras todas las agencias administrativas comparten en común el poder para tomar acciones legales únicas, también exhiben una variedad de formas y funciones. Por la forma, las agencias administrativas se distinguen en agencias ejecutivas (executive agencies) y agencias independientes (independent agencies). Las agencias ejecutivas son designadas para ser responsables de la dirección policial y política del Presidente, mientras que las agencias independientes son las que están un tanto aisladas del control presidencial. Por la función, el Derecho Administrativo establece qué agencias pueden actuar con la fuerza de la ley de diversas maneras. Según el Administrative Procedure Act, por Agency se entiende cada autoridad esté o no sujeta a revisión por parte de otra agencia”²⁷⁸.

Así las cosas, el Derecho administrativo señala las reglas que crean las agencias administrativas, delimita el poder de estas agencias, la estructura del proceso para que las agencias tomen sus decisiones y construyan los derechos para participar

²⁷⁸ Ibíd. PACORI CARI, José María. *El derecho administrativo en Estados Unidos*. La Gaceta jurídica Diario La Razón. 27 de enero de 2016. http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Derecho-Administrativo-Unidos_0_2424957593.html.

de estos procesos. El sustento jurídico de lo anterior se encuentra en el Administrative Procedure Act of 1946. En esta ley podemos encontrar la organización de (i) Poder legislativo elegido democráticamente; (ii) Poder ejecutivo; (iii) Poder judicial independiente; y (iv) exigencia de transparencia en los procedimientos decisorios, este último como elemento transversal integrador que orienta dos tipos básicos de procedimiento decisorio que deben observar las agencias: (i) procedimiento abierto de elaboración de reglamentos y reglas, y (ii) procedimiento contradictorio con audiencia formal para la adopción de resoluciones singulares. Así mismo, esta ley autoriza a los tribunales a ejercer su control sobre cuatro aspectos básicos: (i) cumplimiento de reglas de procedimiento administrativo; (ii) suficiencia de pruebas y datos obrantes en el expediente; (iii) conformidad de la acción de la agencia con la habilitación constitucional y legal; (iv) control al ejercicio de la discrecionalidad para determinar si ha sido arbitrario, abusivo, caprichoso o contrario al ordenamiento jurídico.

Como parte esencial de la normatividad estadounidense en materia administrativa tenemos que radica en una garantía del imperio de la ley –Estado de Derecho o **rule of law**-, el respeto de los derechos a los individuos, y la protección de la libertad y la propiedad ciudadanos, a través del procedimiento administrativo y del control judicial. Teniendo por **objeto** la expedición de un acto administrativo o la ejecución forzada de una orden que impone deberes o responsabilidades sobre una persona concreta; y la **función** es inicialmente de carácter negativo o defensivo, es decir, para prever o evitar el ejercicio de autoridad –de poder ejecutivo- arbitrario o contrario a Derecho, estableciendo un sistema para que la Administración responda por sus actos, un control de legalidad a sus decisiones. Así las cosas, se puede considerar que los principios del autogobierno democrático –**democratic self-government**-, que giran en torno a la libertad o la propiedad de los ciudadanos, solo puede ser limitada por el Estado cuando los ciudadanos hayan autorizado tal restricción a partir de procedimientos de representación democrática y sujeta siempre a límites y procedimientos

constitucionales adoptados por la ciudadanía, que en otras palabras es la aplicación directa de la participación de los ciudadanos en la expedición de cierta normatividad.

Cabe mencionar que en el último período el Derecho administrativo americano, ha logrado ampliar su alcance bajo el modelo *interest-representation model*, buscando lograr la elaboración de procedimientos, la inclusividad, desde la transparencia y la participación en la elaboración de las resoluciones administrativas y normas reglamentarias, ampliando el derecho a participar en los procedimientos de toma de decisiones e incrementando el alcance del control judicial a intereses sociales y económicos más allá de los directamente afectados por la regulación de que se trate; se puede decir, partiendo de lo anterior, que este Derecho administrativo de tradición norteamericana logra una función positiva en la medida que garantiza que las agencias regulatorias adopten sus decisiones con fundamento en la mejor información disponible, de manera responsable frente a la variedad de intereses sociales y económicos y de valores en juego, entre los que se encuentran no solo los de los beneficiarios o destinatarios inmediatos y directos de los programas normativos, sino también todos aquellos que puedan verse afectados como consecuencia de los controles o sanciones que se deriven de la norma.

Para cerrar este apartado, es útil aclarar que la riqueza de lo descrito radica en que va más allá de asegurar el cumplimiento de legalidad; ahora se extiende ambiciosamente a fomentar la capacidad de dar respuesta, y de garantizar también la rendición de cuentas, ante los intereses y valores sociales.

5.4 DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ESCUELA DE NEW YORK

Adentrarnos en el estudio del Derecho administrativo global, es sumergirnos en un área de análisis del Derecho que presupone la transversalidad del estudio de las

ciencias humanas, las que no pueden entenderse de manera separada o aislada. Identificamos que el enfoque actual del Derecho administrativo en el mundo, tiene, como se ha dicho, sus raíces en la visión norteamericana, a partir de la New York University, en el año 2005²⁷⁹, y su Instituto de Derecho Internacional y Justicia (IILJ por sus siglas en inglés), con tres investigadores de reconocido prestigio que han querido fundar e inaugurar un nuevo campo de estudio del Derecho administrativo, pero esta vez, desde la perspectiva de la globalización de la cual ya hemos venido hablando.

5.4.1 Formulación del Derecho Administrativo Global –GAL. Kingsbury²⁸⁰, Krisch²⁸¹, y Stewart²⁸², ostentan su condición de profesores e investigadores sobre el GAL, en escenarios jurídicos y académicos distantes pero con conexión significativa. Diana Julieth González afirma sobre este grupo de investigadores que su fuente primaria para organizar y desarrollar sus presupuestos han sido los

²⁷⁹ Algunos autores como MOCKLE , Daniel; sostienen que, la fecha de aparición del GAL, no es tan relevante como su contenido mismo, por ello su inclinación se enfoca en buscar que contexto fue el apropiado para darse el GAL, de allí que sostenga que: *“Dans la mesure où le postulat de l’existence d’un droit administratif global remonte à 2005, il serait facile de faire une lecture événementielle de ce débat puisque les mécanismes normaux du droit international public étaient alors dans une impasse compte tenu de l’unilatéralisme américain (guerre d’Irak en 2003). Cependant, le démarrage des études sur la globalisation est antérieur à ces événements et reflète une thématique caractéristique de la première décennie du XXI siècle.”* En *Débat sur les Principes et les Fondements du Droit Administratif Global*. Cahiers de Droit, Vol. 53, Issue. 2012. p. 3-48

²⁸⁰ Benedict Kingsbury es un profesor e investigador de la New York University, y desde hace varios años se ha interesado por los temas que conciernen al Derecho internacional, el Derecho público y sus regulaciones y su importancia ética en términos de responsabilidad; así mismo es el director del Instituto de Derecho internacional y Justicia (IILJ por sus siglas en inglés), desde allí junto con otros investigadores, han intentado rastrear la amplitud del Derecho administrativo, ahora que éste ya sobrepasa de su área de preferencia en sentido territorial.

²⁸¹ Nico Krisch es un profesor y codirector del Global Governance Centre at the Graduate Institute for International and Development Studies, así mismo sus grandes aportes para la investigación del GAL, son los referentes a áreas como estructura legal de las organizaciones internacionales y la gobernanza global, las políticas de Derecho internacional y el orden jurídico postnacional que surge en la intersección del Derecho nacional, transnacional e internacional.

²⁸² Richard Stewart es un profesor de la New York University. También dirige el Centro Frank J. Guarini de la escuela sobre legislación ambiental y de uso del suelo, que patrocina investigaciones, conferencias y publicaciones sobre temas de vanguardia de la legislación ambiental y del uso de la tierra. Así mismo es investigador dentro del proyecto sobre Derecho administrativo global, donde examina cómo las oportunidades de procedimiento para la participación pública en la toma de decisiones administrativas y mecanismos de revisión pueden ayudar a resolver las brechas de rendición de cuentas en las instituciones reguladoras mundiales actuales.

diferentes comunicados, sistemas de normas y resoluciones que se venían dando en el ámbito local e internacional sobre algunas prácticas no exclusivas de los estados, sosteniendo que:

*“El proyecto de la Universidad de Nueva York se constituye en un esfuerzo por sistematizar estudios que se han realizado en distintos escenarios nacionales, transnacionales e internacionales que tienen relación con el Derecho administrativo de la gobernanza global, y de los cuales, ha surgido un importante y creciente cuerpo de normas de Derecho que adquiere dimensiones globales al superponerse a la soberanía territorial o a normas de carácter interno contrarias a las disposiciones de DAG y que aún no se ha unificado”.*²⁸³

Al nacer el GAL dentro del entorno académico, como arriba se evidenció, y alejado un poco del ejercicio mismo del Derecho, ha podido avanzar dentro de su elaboración y conformación jurídica, lo cual hace posible estructurar una base conceptual que pueda dialogar con las nuevas manifestaciones del capitalismo. Tenemos de soslayo una visión jurídica sobre actividades que merecen ser analizadas desde su riqueza misma, por ello el GAL tiene como disciplinas auxiliares: la Ciencia Política, la Ciencia de las organizaciones, Relaciones internacionales, Economía, Sociología, Antropología y Logística de mercados, entre otras, su disposición al debate es el eje fundamental que ha permitido el crecimiento y enriquecimiento de esta línea. En otras palabras, el interés por el estudio del GAL, es una apuesta académica, que, al llevarse a la complejidad de las relaciones humanas en un entorno jurídico, puede contribuir a dar soluciones eficaces, motivadas y públicas a nivel global.

²⁸³ GONZÁLEZ FRANCO, Diana Julieth. *La operación fénix: evaluación del sistema de solución de controversias de la OEA a la luz del Derecho administrativo global*. p.74.

Sí, como hemos dicho, el GAL es por esencia una formulación jurídica que permite entender el mundo moderno desde el Derecho, es éste también un segmento reglamentario desde el que se puede dar una respuesta jurídico administrativa a los recientes acontecimientos mundiales, sin que se pase por las nociones clásicas de soberanía y poder, nociones que son atravesadas longitudinalmente por la noción de las *actividades mercantiles* que están generándose a diario en toda la esfera global. Cuando se dice que estas actividades infigen dentro del Derecho público, estamos observando la cantidad infinita de complejidades mercantiles que ejercen los seres humanos dentro de una estructura llamada internet, desde la cual son capaces de desplazar la noción de soberanía y diluir la del poder político. Por ahora tenemos como primera fuente las regulaciones en materia mercantil a escala global, sobre lo cual tenemos varios ejemplos: Amazon, Aliexpress, Alibaba, Ebay y Mercado libre –entre muchos otros-. A partir de lo anterior sabemos que nuestro deber no es calificar las posturas del GAL, simplemente como investigadores debemos tomar prestados los conceptos que se han establecido y estudiar algunas actuaciones que, vistas desde esta nueva corriente, parecen tener una respuesta desde la escuela americana.

Podemos establecer, de la mano de Kingsbury, que el enfoque conceptual del GAL es distinto al que varios estudiosos, entre ellos Kart Neumeyer, le imprimiera al Derecho administrativo internacional, quien prefería entenderlo como el *“cuerpo de normas nacionales que rigen los efectos de los actos administrativos de un Estado extranjero en el ordenamiento jurídico del propio Estado”*.²⁸⁴ Sin embargo, los investigadores ya mencionados, se inclinan por proponer una idea más amplia que pueda estar en sintonía con lo expuesto por Paul Négulesco, quien optó por definir el Derecho administrativo Internacional como una rama del Derecho público que estudia fenómenos jurídicos de alcance internacional con miras a sistematizar

²⁸⁴ KINGSBURY, STEWART & KRISCH. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Derecho global-global law press-. Madrid. 2016. p.104.

las normas que lo desarrollan.²⁸⁵ Podemos inferir que la postura de los investigadores de la Universidad de Nueva York, frente al Derecho administrativo internacional es concebida en principio como una rama del Derecho público que comprende únicamente el conjunto de normas que lo regulan, mientras que con el GAL su diferencia es que éste pretende cubrir o englobar de manera efectiva y segura la mayoría de reglas, procedimientos, normas y reglamentos que ayudan a dar eficacia al sistema de la *accountability* de la Administración global, sin detenerse en elementos del Derecho local, sino, por el contrario, busca encontrar la ejecución global de elementos participativos que puedan dar lugar a tomar decisiones razonadas. Dicho de otro modo, se busca configurar un GAL que se conforme por la mayoría de las reglas y procedimientos que ayudan a asegurar el control y la rendición de cuentas de la Administración Global.

Siempre que estamos frente a un concepto nuevo, debemos preguntarnos por cuáles han sido sus fuentes de análisis y discusión. Se aceptan las fuentes clásicas del Derecho internacional público como son los tratados, la costumbre y los principios generales del Derecho; pero, estas mismas fuentes no son asimiladas dentro del GAL, ya que, si analizamos el efecto de los tratados, estos solo son capaces de vincular a los estados objeto de negociación, sin siquiera hacer parte a otros actores intergubernamentales o no estatales, cosa similar ocurre dentro del Derecho internacional bajo la tendencia consuetudinaria.

Una de las novedades conceptuales del GAL, es que propone reactivar y extender la institución del *ius Gentium*, a partir de un sistema de normas con tendencia amplia, donde se incluyan a los diferentes actores globales, sus sistemas y prácticas administrativas que tienen lugar dentro del espacio global, para poder construir de nuevo el sistema de fuentes. Además, insisten en que se debe abandonar la dependencia de un *ius inter gentes* que se ha construido a partir de los acuerdos entre estados, lo que permitirá, de entrada, plantear procedimientos

²⁸⁵ *Ibid.* p.105

para elaborar normas en otros sectores del Derecho más allá del Estado como el caso de la *lex mercatoria*, fundamentada en prácticas comerciales de distintos actores en el espacio mundial.²⁸⁶

Ahora bien, esta evolución prematura del Derecho administrativo por fuera de su ámbito de funcionamiento, a pesar de encontrarse en etapas de cuestionamiento, debates e hipótesis, parece tener gran recepción por parte de la comunidad internacional. Miremos, a manera de ejemplo, el caso de un interlocutor que está situado al otro lado del atlántico, precisamente en el Instituto de Investigación de Administración Pública (IRPA) en Italia; estamos hablando del ya nombrado por nosotros Sabino Cassese quien expresó hace varios años, sobre el Derecho administrativo que su marco de movilidad se había empezado a volver poroso, sosteniendo que: *“El estado ya no es la única articulación del Derecho administrativo. Se ha producido una crisis de territorialidad de Estado y, correspondientemente, una europeización e internacionalización del Derecho administrativo.”*²⁸⁷ Por su parte, el alemán Karl-Heinz Ladeur, desde la Universidad de Hamburgo, planteó en el año 2011, que el Derecho administrativo global tenía que ser entendido bajo el supuesto de la auto constitución o autoconstrucción en términos de legalidad, basado, a su vez, en el modelo de redes de producción; este mismo catedrático sostiene que:

“In the following, the hypothesis will be developed that the perspective on a homogeneous global society to which a kind of a global state with more or less the same attributes as the territorially limited state is beyond the point. It leads to the assumption of too much unity in the legal order – at least as an aim to be accomplished in the long run. At the same time, in the reverse perspective, it epitomises legitimacy as the primary focus of a legal

²⁸⁶ *Ibid.* p. 107.

²⁸⁷ CASSESE, Op. Cit. p. 183.

theory of global law. As opposed to this conception, a theoretical perspective can be designed that takes the network like fragmented character of the law as it is, and epitomises - so to speak - the "internal side" of the self-organization of the legal system, and does not try to derive legitimacy from some higher order of law (constitution of the state or the world society). The reflection in legal theory would try to analyse the self-construction or the "auto-constitution" of a legal order of networks. In order to clarify what is meant by this Approach, this idea could be tested in retrospect in the better known historical process of the evolution of modern administrative law in order to check whether an overarching evolutionary tendency inherent in the whole body of domestic, transnational and global law, in particular, which could also shed new light on the evolution of global administrative law might not be observed".²⁸⁸

5.4.2 Caracterización del GAL. Las características principales sobre las que se erige el Derecho administrativo global son: **(i) Rendición de Cuentas** (*accountability*) de las organizaciones internas o externas, supraestatales o internacionales, públicas, privadas o mixtas cuando adoptan decisiones, aprueban normas o estándares, vinculantes o no, directas o indirectas, ante los afectados. El problema se presenta en la llamada legitimidad democrática de la acción de las organizaciones globales, diferente en naturaleza y estructura de las nacionales de cada Estado. Debemos entender por *accountability* no solo la rendición de cuentas, sino también la *supervisión de las organizaciones administrativas*. **(ii) Carácter procedimental del GAL**, cómo hacer y no qué hacer (carácter sustantivo) para garantizar los principios rectores de *transparencia, publicidad, motivación y control*. Acá se identifica la marcada influencia del Derecho norteamericano, así como del Derecho de la unión europea, donde los conceptos del Derecho

²⁸⁸ LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and transnational regulation. International Law and Justice Working Papers*. New York University School of Law. 2011/1. p. 4

angloamericano tienen plena vigencia a través del Estado de Derecho (rule of law). **(iii)** *La ampliación permanente del espacio global por organizaciones y sistemas Administrativos Globales.* Más de 2.000 instituciones y más de 4.000 ONG. **(iv)** *Insuficiencia del Derecho administrativo nacional y el Derecho internacional público* para dar respuesta a las situaciones que se generan en el espacio (administrativo) global; el primero, por ser Estado céntrico y, el segundo, porque se limita a las relaciones intergubernamentales donde cada Estado es amo de su tratado pero no del aparato administrativo que se forma y crece (en la OMC se ha creado toda una organización administrativa que no se gobierna por el Derecho internacional, la que establece directrices no solo para la OMC sino para las administraciones nacionales). Además, con la constitucionalización del Derecho internacional, hace más complejo el campo de acción del Derecho administrativo, cuyo principio de legalidad, al que debe sujetarse, se amplía ya no solo a observar las leyes internas, sino también las infralegales internas, las constitucionales y las del Derecho de los tratados, ante las cuales se superpone las *normas y estándares emanadas de la gobernanza global*. **(v)** *Carácter supraestatal de algunas actividades.* Cualquiera sea la crítica al GAL, lo cierto es que actualmente hay muchísima actividad administrativa más allá del Estado y dentro del Estado con repercusiones externas, cuya regulación no solo escapa a lo local, sino que mantiene discusiones irreconciliables entre los atados al Derecho clásico (administrativo nacional y local) y los proyectados a lo evolucionado (GAL), malogrando la oportunidad de ampliar el campo de acción del Derecho administrativo, pues se trata de actuaciones complementarias y no sustitutas. **(vi)** *Promueve la integración del Derecho administrativo,* no su huida de la que ya hemos hablado anteriormente. El GAL integra la visión subjetiva (Administración Pública) y objetiva (funciones y actividades administrativas) del Derecho administrativo, por tanto lo que busca es la extensión del Derecho administrativo hacia los sujetos privados, hacia el Estado y sus administraciones cuando actúan más allá de lo local, por tanto no promueve la erosión del Derecho administrativo, ni de la soberanía, la territorialidad y la estatalidad.

Es el Derecho administrativo de la Gobernanza Global, de las múltiples organizaciones que se ubican en el espacio administrativo global (subjetivo), cuya actividad (objetiva) guarda relación con la actividad regulatoria y de servicio público, por lo que afecta a la sociedad o sociedades en su conjunto.

5.4.3 El GAL es un derecho formativo e integrador. Abandona la vieja relación del Derecho administrativo con otras ramas, extendiéndola a otras ciencias sobre el concepto esencial de *gobernanza y participación* en la conformación de las *políticas públicas*. Por tanto, incluye las clásicas ramas del Derecho (internacional público, constitucional y administrativo), el common law y el civil law, la Historia y la Filosofía Jurídica, la Ciencia Política y Económica y los avances enormes en la Administración Pública a través del diseño, formulación y ejecución de las políticas públicas en el entorno de la gobernanza global. De esta manera, es imprescindible para la construcción de sus principios, valores, sistema normativo, control y rendición de cuentas, la adecuada precisión de su sistema de fuentes (pública, privadas, mixtas, nacionales, internacionales, infraestatales, supraestatales, tribunales nacionales, internacionales, diálogo de jueces, etc). En conclusión, el Derecho administrativo nacional no puede seguir desconociendo los avances del GAL, pues todas las instituciones del espacio administrativo global lo permean: Acto administrativo transnacional; reconocimiento de estándares en productos, obras y servicios; actos de tribunales y comisiones que inciden en el Derecho interno de cada Estado, entre otros²⁸⁹.

5.4.4 Carácter imprescindible del GAL. En resumen, son muchos los elementos del Derecho administrativo nacional (dogmático, organizacional, procedimental, procesal, funcional) que no podrán regularse a espaldas al GAL. A manera de ejemplo tenemos los procedimientos administrativos adecuados a las decisiones del Tribunal europeo de DDHH –Caso Petro con la decisión de la Comisión

²⁸⁹ KINGSBURY, Op. Cit. p. 37 y ss.

Interamericana de derechos humanos-; o decisiones en casos de protección del medio ambiente; tribunales arbitrales que resuelven casos de inversores extranjeros. Otros ejemplos como la incidencia de la OCDE en aspectos de reunificación de la normatividad sectorial.²⁹⁰

5.4.5 Abandono de la relación jerárquica impositiva administración-administrados por la Estado-ciudadanos. La nueva lectura del Derecho administrativo implica, no solo por los avances y las necesarias adecuaciones que impone el GAL, re direccionar su carácter policivo tradicional (administración / administrados – Mandato / obediencia), hacia la construcción de una relación directa entre el Estado y los ciudadanos bajo amplios criterios de participación que caracterizan la gobernanza local deliberativa y constructora de política pública, elemento esencial para la Administración Pública moderna. Así mismo, el sistema de fuentes se renueva bajo el papel que ahora deben jugar los actores o sujetos privados, quienes ya abandonan su carácter de simple receptor de normas (derechos individuales, derechos públicos subjetivos, procedimentales) para convertirse en verdaderos actores de la productividad regulatoria –en el sistema de fuentes, en actividades de interés general y en servicios públicos-.²⁹¹

5.4.6 Fuente de derechos y principios. El GAL no genera un simple análisis comparatista de instituciones de sistemas distintos, sino una auténtica fuente de Derecho producto del hallazgo y la identificación de principios comunes a todo un sistema administrativo: legalidad, proporcionalidad, participación, transparencia, derecho de defensa, audiencia, debido proceso, etc.

5.4.7 Existencia de tres Derechos administrativos. Javier Barnés plantea la existencia de un GAL *ad extra* y un GAL *ad intra*; para optar por el concepto de “Derechos Administrativos. En su criterio, existen 3 clases de derechos

²⁹⁰ *Ibíd.* p.39.

²⁹¹ *Ibíd.* p.40 y ss..

administrativos: los 2 anteriores y el GAL, sin embargo su explicación se entiende con base en el Derecho de la unión europea.²⁹²

5.4.8 Diferentes causas sobre el origen de la postura del Gal. Se afirma que el Derecho administrativo global pudo haber tenido varias causas para su origen, o que al menos dentro de su despliegue se han articulado diferentes tipos de manifestaciones públicas o privadas que han promovido su desarrollo; no hay solo una forma de entender su entrada en vigencia, porque caeríamos en una reducción del Derecho. Entre las tesis sobre el origen del GAL, tenemos:

“(i) La floreciente variedad de organizaciones regulatorias (públicas y privadas), que se han creado para gestionar las diferentes actividades producto de la globalización. (II) las organizaciones globales han adquirido tal poder que pueden regular dentro y fuera de los gobiernos nacionales. (III) las actividades realizadas por algunas de estas organizaciones son de naturaleza administrativa. (IV) el Derecho administrativo nacional y el Derecho internacional público, no cuentan con la cobertura suficiente para gobernar, gestionar y regular estas nuevas organizaciones. (V) Se hace necesario la integración de muchas otras disciplinas diferentes al Derecho, como la ciencia política, la economía, las relaciones internacionales entre otras; para estimular la creación conceptual que pueda dar cuenta de las nuevas actividades que van más allá de las fronteras, que no reconocen los territorios en sentido constitucional, sino que por su naturaleza están en constante cambio, circulan incansablemente”²⁹³.

Partiendo de las anteriores tesis, es conveniente mencionar que dentro del marco elaborado por los investigadores se contempla una relación entre las

²⁹² *Ibíd.* p.43.

²⁹³ KINGSBURY, STEWART & KRISCH, *Op. Cit.* p.

organizaciones internacionales, las ONG, los estados y los particulares, en términos de regulación global, gobernanza y espacio jurídico (administrativo) global. Más que hablar de tendencias sobre el GAL, debemos referirnos principalmente al origen, evolución y reacción que ha tenido el mismo; es decir, que tenemos que centrarnos en la estructura organizativa de que se sirve la gobernanza global, a partir del tipo de decisiones que toman, su afectación dentro de los estados, la incidencia en el desarrollo del Derecho, con instrumentos como la *participación*, la *motivación*, la *rendición de cuentas* y la *transparencia* que se dan en la Administración global.

Una lectura de fondo sobre las tesis de Kingsbury, Stewart y Krisch, permitiría inferir que cuatro son las **coordenadas** o **esquinas** en que se mueve el GAL: **(i)** la primera, la **idea de una gobernanza global** (Global governance), gobernanza multinivel, distinta y diferente de la noción de gobierno tradicional, propia de los ejecutivos nacionales, tanto por los sujetos que participan y las complejas y constantes relaciones que mantienen entre sí²⁹⁴.

(ii) La segunda, es la propia de **un espacio administrativo global**; este espacio ha sido creado, en una medida nada despreciable, por los propios estados a través de sus acuerdos y tratados. Se trata de un espacio fluido e interconectado, como si se tratara de una *web*, en sus distintos niveles (horizontales, verticales y transversales), y no de un *territorio separado*, autónomo o exterior. En otras palabras, se trata de un espacio que difiere de la noción de territorio, puesto que este es delimitado, cerrado y establecido, mientras que aquel es abierto, en constante movimiento y jurídicamente novedoso.

(iii) La tercera coordenada recae en la implantación, ajuste y evolución de toda una serie de mecanismos e instrumentos para asegurar la **rendición de cuentas**

²⁹⁴ Remitirse a: CASSESE, Sabino. *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*. New York University Journal of International Law and Politics. 2005.

(*accountability*), esto es, la responsabilidad o dación de cuentas de las organizaciones, ya sean internas o externas, supraestatales e internacionales, públicas o privadas, en cuanto adoptan decisiones, aprueban normas o estándares, sean o no vinculantes, tengan o no efecto directo o requieran de la mediación de aparatos administrativos propios o de las respectivas administraciones nacionales, ante los afectados por aquellas²⁹⁵.

(iv) La cuarta coordenada tiene que ver con la ***dimensión procedimental del Derecho administrativo global***, la cual responde a una doble finalidad: De un lado, hacer responsables a las organizaciones con efectos globales o, si se prefiere, que rindan cuentas ante los afectados o interesados, así como ante otras organizaciones, y, del otro, que dichas organizaciones fortalezcan en alguna medida su legitimidad con base en el debido procedimiento. Por ello Kingsbury en un inicio ya sostenía que: *“Como resultado de ello, se han establecido diversos sistemas transnacionales de regulación o de cooperación regulatoria a través de tratados internacionales y de redes intergubernamentales de cooperación más informales, desplazando muchas decisiones regulatorias del nivel nacional al nivel global”*²⁹⁶.

Parte de la doctrina especializada sobre el GAL se ha ocupado, a partir de las cuatro coordenadas descritas, de analizar las estructuras organizativas de que se sirve la gobernanza global, sus principios y procedimientos decisorios, los instrumentos de aplicación para lograr una total reciprocidad en términos de transparencia y participación de los diferentes actores globales. Si bien, la tarea realizada no es a corto plazo, sí debemos ocuparnos de algunas tendencias del GAL, toda vez que sus relaciones transversales tienen inmersos a diferentes sectores de la gobernanza global. Hemos podido ubicar que gran parte de esta

²⁹⁵ Sobre esta afirmación, es importante tener en cuenta que los casos analizados en esta investigación, carecen de rendición de cuentas ante los actores afectados, directos e indirectos.

²⁹⁶ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative law 68 & law Comtemporany Problems 15.

doctrina ha tenido como principal interés los resultados provenientes de organizaciones regulatorias globales, que bien podemos distinguir como *estándares* o *normas de toda clase*, que se adoptan a través de una elaboración conceptual del mismo, que pretende una determinada resolución, que debe ser publica para poder ser aplicada a los sujetos globales. Lo expresado con antelación no sería importante ni relevante, si no estuviese condensado en los *tres pilares o fundamentos* sobre los que se puede estructurar desde ya el GAL: **(i)** una dimensión *positiva y analítica* sobre la base de la *transparencia, participación, motivación y control*; que ha sido la más trabajada; **(ii)** Unas *relaciones* entre distintos problemas regulatorios, programas y estructuras organizacionales, formas de gobernanza, estrategias y procedimientos decisorios; y **(iii)** un sistema *normativo* de decisiones regulatorias globales, procedimientos del GAL, tutela de derechos y garantía del Estado de Derecho.²⁹⁷

El concepto estructurado por los investigadores de la Universidad de New York, ha girado alrededor de dos elementos: *gobernanza global* y *el espacio jurídico global*, de los cuales hablaremos más adelante. Las lecturas que hacemos sobre el GAL, no son ajenas a la realidad –global- que estamos viviendo, por el contrario, un análisis de estas permitiría a los actores administrativos entender las dinámicas actuales en que se está *gestionando* la Política, el Derecho y, en últimas, la vida misma. Algunas de las ***premisas fundacionales*** sobre las que se ha construido el GAL son:

- a. La existencia muy variada de organizaciones regulatorias intergubernamentales y transnacionales, privadas y mixtas, creadas para gestionar las distintas interdependencias generadas por la globalización, las cuales operan en un *espacio administrativo global* diferente, con poderes regulatorios distintos de los gobiernos estatales.

²⁹⁷ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. p.61.

- b. Las actividades generadas son de naturaleza predominantemente *administrativa*: establecen *estándares*, *resuelven controversias* y *expiden disposiciones basadas en el Derecho*.
- c. Ni el Derecho internacional ni el estatal dan cuenta ni cobertura de esos nuevos centros de poder para gobernarlos a través del Derecho doméstico.
- d. Se generó un nuevo cuerpo de Derecho administrativo global que solventara esos déficits, valiéndose de conceptos y técnicas del Derecho administrativo nacional como *transparencia*, *participación*, *motivación* y *control*, y la creación conceptual e instrumental para desarrollar las estructuras, procedimientos y producción normativa que validen responsablemente su actuación, a través de la *rendición de cuentas ante los afectados*.

El GAL se ha ocupado de analizar: estructuras organizativas de la gobernanza global; procedimientos decisorios de las organizaciones regulatorias globales; relaciones entre organizaciones regulatorias globales, las estatales y globales; otras administraciones descentralizadas directas e indirectas; entes regulados de distintos países; funciones institucionales y de economía política que satisface el GAL; apoyos jurisprudenciales y normativos transversales a los distintos sectores de la gobernanza global, principalmente en cuanto a procedimientos y estructuras organizativas.

La actividad administrativa de análisis se centra en los productos o resultados de las organizaciones regulatorias globales: *estándares y normas*; *resolución de controversias*; *recomendaciones de mejores prácticas*; *indicadores sobre cumplimiento de programas, planes o modelos (previsión macroeconómica o cambio climático)*, *las listas (prohibición de viajar)* o *los algoritmos*.

El fundamento de creación del GAL es producto de la praxis que va generando teoría. Su doctrina proviene de las prácticas generadas por sistemas regulatorios específicos o por sectores especiales, generalmente desiguales en los

procedimientos de *transparencia, participación, motivación y control* –TPMC-, debido a la fragmentación de la administración y la gobernanza global.

En efecto, la diversidad de actores con capacidad para generar elementos de GAL en distintos sectores y escenarios es clave para su formación. Así, no solo tenemos tribunales nacionales e internacionales, sino otras organizaciones regulatorias globales, organismos reguladores nacionales, emprendedores de distinta condición, empresas, ONG, redes de sujetos privados, mixtos. Hay casos determinantes de *actores privados* que se suman al GAL para promover sus respectivas *agendas regulatorias*. Ej. La *industria farmacéutica* consiguió que las garantías procedimentales TPMC del GAL se extendieran a acuerdos sobre derecho de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC-; también Transpacífico de Cooperación Económica para protección de productos y limitar la acción de gobiernos y competidores; los defensores del medio ambiente lograron que los estados asumieran las obligaciones derivables del GAL y sus supervisión internacional en la convención Aarhus. En todo caso, es necesario tener en cuenta las reglas de procedimiento y producción del GAL TPMC, con el fin asegurar su validez en los mismos términos de identidad: TPMC. De ello resulta legítimo la observancia y cuestionamiento de las decisiones de un ente regulador global, como en los casos de PETRO y UBER; en el primero, el Consejo de Estado acoge las sugerencias de la Comisión Interamericana de DD HH; en el segundo, el Estado ha desconocido la gobernanza global y solo ha atendido la local al regular su movilidad con normas que no recogen la esencia del caso (transporte o tics).

Estos cuatro principios rectores TPMC del procedimiento del GAL no siempre resultan pacíficos en su aplicación, ya que son distintas y variadas las dimensiones en los que cada uno de ellos participa. Así, por ejemplo, en materia de seguridad, la transparencia puede comprometer la eficacia; en la adopción de políticas para combatir el tráfico de estupefacientes, se puede generar tensión entre la transparencia y la motivación. Son variadísimas y múltiples las

dimensiones de la transparencia, las formas de participación, las exigencias de la motivación y los mecanismos de revisión y control, por lo que resulta fundamental saber precisar cuándo escoger esa doble dimensión –funcional y normativa- en cada caso²⁹⁸.

Uno de los principios más criticados y que constituye el *ethos* del GAL es el de participación, principalmente en los países en desarrollo bajo el argumento de tratarse de una aspiración ilusoria toda vez que carecen de capacidad organizativa y de recursos necesarios para hacerla efectiva, por lo que se traduce en un principio útil para los intereses empresariales y dominantes de estos estados.

5.4.9 Definiciones sobre el Gal. Siguiendo las proposiciones anteriores podemos sostener que el GAL es una rama de estudio del Derecho administrativo que centra su mirada en las actividades que sobrepasan los límites de los estados, o aquellas que no son objeto de regulación por parte de los organismos internacionales, por lo que se necesita hacer un puente de comunicación entre el Derecho y estas nuevas actividades; la noción inicial misma del GAL ha sufrido un cambio, puesto que su primer acercamiento se encaminaba a dar respuesta a los sucesos que necesitaban tener una rendición de cuentas pronta y motivada; está se dio para el año de 2005 como:

“(...) 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”²⁹⁹.

²⁹⁸. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Op. Cit: Capítulo I y II

²⁹⁹ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law, 68 Law & Contemporary Problems 15

Esta primera definición era un intento por delimitar el campo de análisis del cual se empezaba hablar, partiendo desde los organismos internacionales y su injerencia en el acontecer mundial, pero, lógicamente se le escapaban ciertos espacios y elementos, tales como la independencia jurídica de los mismos organismos, su desarrollo en términos de dinamismo y su fértil respuesta a los problemas surgidos con motivo del ejercicio de su actividad.

Sin embargo, esta definición establecía un área de análisis del Derecho público que iba a tener una fuerte influencia del Derecho local e internacional, pero que no se quedaba en una mera acción represiva o reguladora; se anticipaba o, dicho de otra manera, se ponía a la par de los *avances* que se habían generado por fuera del Derecho. De ahí que parte de su definición promueva una toma de decisiones común, consensuada y razonada, para que pueda dar una rendición de cuentas legal, concepto que parece ser una adecuación de la democracia participativa, pero ahora a nivel global. Al ser la primera definición, está no establecía en su totalidad la riqueza del concepto de *accountability*, que va a ser la piedra angular de las instituciones globales; de allí que Kingsbury sostenga, además, sobre el particular que:

“Subyacente al surgimiento del Derecho administrativo global se encuentra el vasto incremento del alcance y formas de la regulación transgubernamental y de la Administración diseñada a enfrentar las consecuencias de la interdependencia globalizada en áreas tales como la seguridad, las condiciones del desarrollo y la asistencia financiera a los países en desarrollo, la protección ambiental, la regulación bancaria y financiera, el cumplimiento de las leyes, las telecomunicaciones, el comercio de productos y servicios, la propiedad intelectual, los estándares laborales, los

movimientos transfronterizos de poblaciones, incluyendo a los refugiados".³⁰⁰

Lo anterior produjo que los estados en ciertas ocasiones se sintieran impotentes e impedidos al momento de enfrentar o dar soluciones a estos eventos que cada día exigían una respuesta inmediata, recalcando que estas demandas de los ciudadanos no correspondían a un territorio específico, o eran prioridad en ciertos lugares del planeta; todo lo contrario, eran impetraciones comunes en todo el globo, es decir que el malestar jurídico era un ambiente reinante global. Es por ello, que la segunda y trabajada definición que dan los mismos autores sobre el GAL, plantea dos momentos claramente diferenciados y escalonados, sobre todo al definir que este es:

"(...) el conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven, o influyen en la rendición de cuentas y la supervisión (accountability) de las organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia, la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de legalidad; y, segundo, mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan".³⁰¹

La actividad administrativa se ha enfocado en los resultados de las organizaciones regulatorias globales tales como *estándares y normas, resolución de controversias, recomendaciones de mejores prácticas e indicadores sobre cumplimiento de programas, planes o modelos*. Así mismo, se ha querido establecer diferentes regímenes de regulación, ya sea bajo el modelo de las

³⁰⁰ Tomado de: <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. Recuperado el 01 de diciembre de 2017.

³⁰¹ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. p.81 y ss.

transnacionales, o prefiriendo el sistema de redes intergubernamentales que cooperan sin criterio formal, apuntando a diluir, en algunos momentos, las regulaciones nacionales, eliminando o dejando fuera de uso el modelo primario del Derecho administrativo cuya fuente unívoca era la legitimidad de la soberanía, lo cual llevó a la integración de las organizaciones en materia de producción normativa, expresada en dos modelos: el *estadounidense* y el *francés*. Así lo plantea Daniel Mockle:

“L’hétérogénéité de ces organisations en matière de responsabilités et de moyens d’intervention reflète un phénomène largement connu pour les droits administratifs nationaux: l’Approche polycentrique induite pour le multiplication d’organismes administratifs autonomes qui relèvent pour le droit administratif américain de la catégorie des independent administrative agencies, ou encore des autorités administratives indépendantes pour le droit administratif français”³⁰².

Una contribución fundamental, con miras a entender el concepto del GAL, es aportada por Stefano Battini³⁰³, al decir sobre el mismo, que está motivado por un nuevo y extraño fenómeno denominado “*asuntos privados*”, que puede entenderse como actos o actividades, que haciendo parte del Derecho privado, sobre todo los que se contienen en el mercado y el comercio mundial, trastocan la noción clásica de Derecho privado y público, puesto que son estos *asuntos privados* los que establecen las pautas de comportamiento mundial, desde la biología a la Política, el Derecho y los temas ambientales o de tecnología. Vale la pena mencionar que ya Cassese advertía que:

³⁰² MOCKLE, Daniel. *Debat sur les Principes et les Fondements du Droit Administraiff Global*. Cahiers de Droit, Vol. 53, Issue. 2012. p. 12.

³⁰³ BATTINI, Stefano. *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?* IILJ Working Paper 2005/03 -Global Administrative Law Series-. New York. 2005; p. 44

“Sería un error creer que el Derecho administrativo global sólo se compone de la esfera (o nivel) de normas y organismos superiores a los estados. La esfera global interacciona con la esfera (o el nivel) inferior, influye en ella, o la deja libre, aunque en casos puntuales establezca imposiciones específicas. Actuando como el Señor de la teoría escolástica de las <<causas segundas>>: aun siendo causa primera de todo, se abstiene de actuar en cada caso particular y entrega una parte de su cometido a otras leyes, salvo intervenciones extraordinarias”³⁰⁴.

Observado desde otro punto de vista, se estaría buscando hablar sobre la crisis que se da entre el Derecho público y privado, al establecer ciertos vasos comunicantes, puesto que se evidencian que existen actividades que atraviesan transversalmente la división jurídica clásica. Ahora bien, esta segmentación se hace más problemática dentro del *espacio global*, ya que los agentes de uno y otro Derecho son agentes activos, y las actividades públicas (estatales) o privadas (empresas, corporaciones, ONGs, etc.) hacen parte del objeto de estudio del Derecho administrativo global; en otras palabras, esto es conocido como la crisis de la teoría del dualismo (aquella que se da entre el Derecho público y el Derecho privado, donde cada una se diferencia por su objeto de estudio, es decir por la aparición o no actuación del Estado como agente directo) y el desarrollo de un Derecho administrativo global. Sin embargo Battini sostiene que:

“(...) In terms of the relationships between global public governance and private parties, the dualist theory excludes both of these perspectives. Above all, it excludes the first because participation is reserved to states. Only states can ultimately influence the actions of international organizations. Naturally, the holders of offices within international organizations are natural persons, that is, private parties. These, however, are nominated by

³⁰⁴ CASSESE, Op. Cit. p. 376.

*governments and are not elected by the people. Further, and most importantly, normally such individuals do not hold their office in their own right and in the interest of all the members of a relevant community, as is the case for the holders of public offices within a state administration. The officials of international organizations hold their office as representatives of the single state that nominated them, in its exclusive interest, and according to the instructions received. In other words, the true holder of an international office is the state and not the natural person that happens to represent it*³⁰⁵

5.5 ESTRUCTURA JURÍDICO ADMINISTRATIVA DEL GAL

5.5.1 La Gobernanza Global. La gobernanza global es el nuevo marcador social que le da vida a una nueva forma de Administración, otorgando legitimidad a las instituciones internacionales y transnacionales, aunque no estamos haciendo una semejanza directa entre la gobernanza o el Derecho local y el GAL, ya que se tiende en algunas ocasiones a hacer una analogía entre el sistema local y el trasnacional, proponiendo en este caso que el GAL es una puesta en marcha gigantesca de un Derecho local, por ello la investigación iniciada desde la universidad de New York, ha estado enfocada en dirigirse a los diversos mecanismos de control y rendición de cuentas de las decisiones administrativas, donde efectivamente se debe tener en cuenta parte del sistema del Derecho administrativo nacional. Podemos decir, inclusive, que será una fuente importante aquel que logra integrar procedimientos políticos básicos como el sistema de elecciones o el control presidencial y parlamentario; esto se hace para diferenciar aquellos mecanismos locales que utilizan unos debidos mecanismos de participación en los procedimientos o en el control judicial, presentes en el ámbito estatal, y que seguramente aún se encuentran difusos o ausentes en el global, dado que la democracia global es inexistente.

³⁰⁵ BATTINI. Op. Cit. p 8.

La gobernanza global tiene *cuatro momentos importantes* para su análisis; **(i)** pensemos en el año 1850, cuando se dieron las primeras estructuras administrativas para resolver los debates y contiendas que buscaron una coordinación más allá del Estado, produciendo las famosas “*uniones administrativas internacionales*”, cuya vigencia tan solo estuvo presente hasta el periodo de la Segunda Guerra Mundial; **(ii)** en un segundo momento, tenemos, que a partir de 1995, a nivel mundial se utiliza la expresión gobernanza imperial, donde lo importante era analizar las organizaciones interestatales, las cuales se constituyen a partir de alianzas y estructuras jerárquicas; **(iii)** un tercer momento, se da durante la década del 2000, en la que aparece la gobernanza regulatoria contractual, con la creación de organizaciones normalizadoras y algunas mixtas constituidas entre ONG y ciertos estados, las técnicas de fomento y no de policía administrativa, para toda clase de actividades a través de códigos de conducta, mejores prácticas e indicadores de resultados, instrumentos de reclamación y supervisión, amplitud de fuentes e implementación de otros cuerpos normativos e instituciones principalmente del Derecho internacional privado, movilización de consumidores, inversores, financieros y de variados intereses de objetivos regulatorios sociales³⁰⁶. Finalmente, **(iv)** el cuarto momento, nos lo identifica claramente Kingsbury al sostener que este:

“Se inicia desde el año 2008, con la recesión económica de finales del siglo XX y la crisis financiera europea del año 2008, así como en otros factores como la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico, la pesca ilegal, la trata de personas y el tráfico humano, la emigración, las epidemias, infracciones a la propiedad intelectual, las políticas energéticas, lucha contra el cambio climático, la desigualdad y el abandono de población vulnerable,

³⁰⁶. KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. p.61.

*todo lo cual condujo a buscar respuesta en nuevas estrategias de gobernanza global y de regulación*³⁰⁷.

Uno de los *retos* que afronta el GAL es la debida ponderación en la regulación de los problemas que se generan por la *asimetría* que presentan *dos factores estructurales de la gobernanza global*, y que se pueden identificar así: **(i)** uno de *gran escala* o de **macroeconomía global** que contempla intereses de los estados más fuertes como son los temas de seguridad, comercio y flujos financieros de inversión; **(ii)** otro de *menor escala* relacionados con sectores o ámbitos menos efectivos en la consecución de valores normativos pertinentes y que son calificados el **problema de los ignorados o desatendidos** en los que se pueden encontrar aspectos referidos a los estragos ocasionados por los cambios climáticos en poblaciones pobres y vulnerables, flujo de refugiados, acceso medicamentos esenciales, epidemias, etc.

Así mismo, las respuestas que se han dado hasta ahora el GAL, han sido distintas y desiguales; los primeros se resuelven a través de mecanismos de efectiva coordinación y la implementación de estándares regulatorios comunes, principalmente para las transacciones comerciales y financieras, al paso que los segundos, por ser de distinta naturaleza, presentan problemas de coordinación evidentes. Adicionalmente, el poder de influencia que tienen los ejecutivos nacionales, más que los legislativos y judiciales, en la construcción y funcionamiento de las organizaciones globales, hace que el mismo se incline por el fomento del crecimiento económico de sus estados, promoviendo el interés o la confianza inversionista de las grandes empresas que resultan aliadas con los gobiernos en estas causas. Esta influencia de los ejecutivos nacionales se despliega hasta el punto mismo de utilizar y aplicar los sistemas regulatorios globales como mecanismo normativo supraestatal, cuyo “lavado” se presenta por la improbable adopción a través del trámite legislativo doméstico. En resumen, la

³⁰⁷ *Ibíd.* p. 61

autonomía de las organizaciones regulatorias globales hace que los temas se traten bajo un mismo rasero como se presenta en las organizaciones nacionales especializadas, es decir que se regulan desde arriba sectorialmente sin atender los efectos que sus decisiones puedan generar sobre los intereses o grupos de los niveles inferiores afectados.

5.5.2 Administración Global: concepto y clases. De manera paralela al concepto de gobernanza global, también se ha usado el de *Administración Global*, sobre todo desde los años noventa del siglo pasado, la cual puede ser vista desde cinco reflexiones diferentes:

- (i) **Organismos de “Administración Internacional”.** Son las típicas y formales organizaciones creadas por tratados o acuerdos entre los gobiernos. Ej. *Consejo de Seguridad de la ONU y sus Comités* que gozan de competencia plena para expedir legislación subsidiaria, adoptar decisiones vinculantes, incluso como sanciones a personas y Estados. *Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR-* que actúa administrativamente expidiendo el estatuto del refugiado y administrando campos de refugiados. *Organización Mundial de la Salud* que evalúa y advierte. El *Grupo de Acción Financiera Internacional* que adopta políticas e impone sanciones sobre blanqueo de dinero. *Banco Mundial* que impone estándares sobre buen gobierno y buena gobernanza a los países en desarrollo.

- (ii) **Administración de “Redes Administrativas Transnacionales y Acuerdos de Coordinación”.** No tienen estructura para tomar decisiones con carácter vinculante; su actividad es horizontal y se realiza bajo el criterio de la cooperación –flexible e informal- entre reguladores estatales que las integran. Ej. *Comité de Basilea* que organiza reuniones con presidentes de diversos bancos centrales, sin

tratado o acuerdo previo, para coordinar la política de seguridad bancaria, sin que las decisiones tomadas sean vinculantes. OMC cuando impone el principio de reconocimiento mutuo de normas y decisiones, bajo el esquema de cooperación horizontal, lo que cobra validez en los estados que las adopten.

- (iii) **Administraciones “Indirecta, Descentralizada o Diseminada”**. Son las dirigidas por cada uno de los organismos o agencias reguladoras nacionales al amparo de un tratado, una red o cualquier otro sistema de cooperación, de manera aislada. Ej. **(a)** Ejercicio de competencias nacionales regulatorias o normativas con alcance extraterritorial – Resolución de 1998 del Órgano de Apelaciones de la OMC caso EEUU prohibición de las importaciones de determinados camarones tortuga y productos de camarones. **(b)** Administración nacional, sin alcance extraterritorial pero integrantes del espacio administrativo global, encargada de implementar y aplicar un régimen o sistema jurídico internacional como el caso de los reguladores nacionales del medio ambiente para la conservación de la biodiversidad y emisión de gases de efecto invernadero. **(c)** Los acuerdos para el reconocimiento mutuo de estándares y certificaciones.
- (iv) **Administración “Híbrida (público-privado) o Administración privada e intergubernamental”**. Ej. *Comisión del Codex Alimentarius* que adopta estándares de seguridad alimentaria, en la que participan privados, no gubernamentales, gobiernos nacionales con base en el Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias MSF de la OMC. La *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ICANN* (entidad sin ánimo de lucro responsable de la coordinación global del sistema de identificadores únicos de internet y de su funcionamiento estable y seguro: <https://www.icann.org/es> integrada por privados y gobiernos nacionales poderosos. Estas entidades resultan de difícil configuración

para el Derecho administrativo toda vez que usualmente entran en conflicto los intereses de los integrantes.

- (v) **Administración de “Instituciones Privadas Regulatorias”**. Ej. *Organización Internacional para la Estandarización ISO* (<http://www.iso.org/iso/home.html>) que ha adoptado a nivel mundial más de 13.000 estándares, armonizando reglas para productos y servicios, de comercio y comunicación en todas las ramas industriales. También las *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications* SWIFT, promueve la seguridad y fiabilidad de operaciones y negocios financieros. La *Fair Labor Association* <http://www.fairlabor.org/es> o asociación de trabajo justo y sus estándares para fabricación de aparatos deportivos. La *World Anti-doping Agency*, vinculada al COI.

El triángulo de estudio, que parte de lo nacional – internacional – global, está caracterizado por la naturaleza misma de las actividades que cada uno puede asumir; sin embargo, algunos actos públicos o privados del orden nacional o internacional afectan la escala global, ya que al carecer de solución jurídica efectiva, se hace necesario sacarlo de su zona exclusiva, o como llaman algunos zona de confort, para estudiarlos a la luz de la gobernanza mundial, el espacio administrativo propio de ella (espacio administrativo global) y la rendición de cuentas. En conclusión, el análisis deberá incluir: *La Gobernanza Global, el Espacio Administrativo global, el Espacio Jurídico Global, los Órganos, instituciones y actores globales*.

Dentro de la dinámica de la Administración se debe replantear, como lo han hecho hasta el momento algunos investigadores³⁰⁸, la función que cumplen los actores; en otras palabras, se debe privilegiar, para su estudio, a quien ejerce la actividad, pues puede que esta carezca de ente regulador y sin embargo se pueda ejecutar,

³⁰⁸ Desde KINGSBURY, KRISCH Y STEWART con la teoría sobre el desarrollo del GAL pasando por CASSESE, BATTINI, ARANCHA GONZÁLEZ.

como los casos que hacen parte de la llamada economía colaborativa. Luego entonces al estudiar el GAL, podemos arribar a una *primera conclusión*: quien genera el estudio teórico no es la actividad del Estado ni la ausencia de organismos internacionales de regulación, sino el carácter de la actividad ejercida, configurada por unos agentes que han hecho posible hablar en los mismos términos y estratos a los distintos actores del orden global (Uber, Netflix, WhastApp, Airbnb, por ejemplo). En consecuencia, resulta claro afirmar que la economía moderna juega papel esencial en la generación del GAL; el Derecho administrativo global debe hacer frente a la *economía –colaborativa-* del siglo XXI, pues es ella quien invita al jurista a hablar en los términos desconocidos.

La *segunda conclusión* a la que podemos llegar es que, para que exista un Derecho administrativo global, este debe tener origen en el Estado Social, donde las relaciones se dan horizontalmente -Estado–Ciudadano- teniendo un elemento integrador en el que la relación jerárquica entre Administrador/Administrado se desdibuja, y aparece aquella que propugna por la participación de los distintos actores que inciden directa o indirectamente en la formulación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas, es decir, comprende los integrantes de lo que se denomina espacio administrativo global, así entonces el nuevo binomio es Estado – ciudadano (local) y Políticas públicas-gobernante-gobernado (global), dentro de los lineamientos de la gobernanza y la gobernabilidad. Ya no es posible que las administraciones impongan sus criterios a través de normas de obligatorio cumplimiento, sino que ahora, dentro de los linderos de un Estado Social, establezcan puntos de encuentro y diálogo entre los distintos sectores influenciados por factores externos que alteran su convivencia o que no resultan aparentemente solucionables bajo los mismos mecanismos internos.

Las *dimensiones* o apartados sobre los cuales se puede estudiar el GAL, son en principio planteadas por Kingsbury, Krisch y Stewart, aunque su tratamiento se da por otros autores; veamos, **a). Complejas relaciones interinstitucionales de la**

Gobernanza Regulatoria. Esta se organiza en distintos campos que a su vez están distribuidos por niveles, con enfoque mundial, haciendo que surjan relaciones entre diferentes organizaciones, entre estas y los gobiernos locales, y entre las dos anteriores y las asociaciones privadas. Un gran ejemplo de este tipo de relación, lo aborda Marco Macchia en el capítulo que denomina *The Domestic Implementation of International Regulatory Norms: Department of Transportation v. Public Citizen*³⁰⁹, donde claramente se evidencia la compleja correlación que existen entre las instituciones locales y la normativa transnacional, en especial al intentar dar respuesta a temas que incluyen actores nacionales, red transnacional y los ciudadanos mismos. De esta manera el autor en cita afirma que:

“The issue underlying the Department of Transportation v. Public Citizen case concerns the relationship between judicial review and the decisions taken by executives at a supranational or international level. [...] Moreover, when the government adopts measures in non-domestic forums, the interests of its citizens receive much less protection than they would otherwise, even though they have inevitable administrative implications. And yet, such measures are not preceded by a dialogue with the private parties concerned, and nor is there any right to request access to relevant documents, the normal procedural protections that would accompany a similar decision in a domestic forum”³¹⁰.

Otra dimensión que podemos abordar es **b). La ejecución y cumplimiento transversal y la Administración diseminada.** En algunos casos las organizaciones globales imponen sus propias decisiones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional FMI, en otros, pueden ayudar a implementar y supervisar el cumplimiento de normas. Sin embargo, en la mayoría de los casos

³⁰⁹ MACCHIA, Marco. *The Domestic Implementation of International Regulatory Norms: Department of Transportation v. Public Citizen*, en *Global administrative law cases, materials, issues*. IILJ. New York. 2008. p. 171 y ss.

³¹⁰ Ibid. p 173-174.

los reguladores globales dependen de organizaciones administrativas descentralizadas para su implementación y desarrollo como para su ejecución y cumplimiento, las que pueden ser de diversa naturaleza pública, privada o mixta³¹¹. Un ejemplo de ello está presente en Daniel C. Esty, cuando sostiene que: *“An example of this sort of regular networking is the sharing of information on regulatory Approaches and best practices at OECD-sponsored meetings that bring together energy ministers, trade ministers, or environment ministers. See, e.g., Org. for Econ. Cooperation & Dev. [OECD], Outcomes of the Meeting of the Environment Policy Committee at Ministerial Level”*³¹².

Finalmente, tenemos que el GAL puede verse desde, **c). La Necesaria dinámica y permanente evolución de la Gobernanza Global**. Se presenta un ecosistema a nivel institucional desde la dinámica que tome dicha gobernanza, la cual va desde organizaciones locales hasta tratados, de estos a redes internacionales y finalmente a organizaciones globales privadas o mixtas.

Una *taxonomía preferente sobre los mecanismos y desarrollo del GAL*, ha de servirnos para entender las maneras institucionales en que se ha querido aplicar o hacerse valer. Así mismo, este tipo de clasificación sobre la aplicabilidad del GAL, demuestra que el punto de partida -2005- es tan solo una primera puntada sobre la magnificencia de un sistema normativo que establece, como vimos arriba, criterios de análisis y funcionamiento, basados en la continuidad de las organizaciones o de los actores globales, es decir, que promueve la participación activa de cada uno de estos sujetos. De esta manera, Kingsbury asegura que estas cuestiones de tipo metodológico son urgentes y necesarias para la investigación en un largo recorrido³¹³; investigación que, entre otras cosas, debe

³¹¹ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación p. 65 y ss.

³¹² Tomado de <http://www.iilj.org/gal/documents/EstyGlobalisingAL.pdf>. Revisado el 01 de diciembre de 2017

³¹³ Ibid. p. 110.

estar en concordancia con lo dispuesto en el concepto mismo del GAL, ya que su criterio esencial, exige una constante y nunca acabada interpretación y recopilación jurídica global.

El *primer elemento* de esta clasificación es dado por aquellas instituciones locales o nacionales que hacen de contrapeso o equiparación de la Administración global. Cuando se da ausencia parcial o definitiva de alguno de los mecanismos de rendición de cuentas globales, son las mismas administraciones locales o nacionales las que tratan de ejercer un cierto control a la Administración superior o global. Esto es fácilmente visible cuando se habla de la relación entre las primeras y las instituciones internacionales, cuyo peso se da a través de sus propios tribunales, o bien por medio de los organismos o agencias reguladoras y de sus cuerpos colegiados legislativos. Se evidencia, por ejemplo, en el control por tribunales, cuando se presentan principalmente casos relacionados con derechos humanos que se ilustran con la sentencia del Tribunal de Bosnia del 2000, las de los reglamentos de Unión Europea UE, implementando sanciones impuestas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y varios ejemplos de participación y compromiso de los tribunales en el control de instituciones internacionales desde los años 70 del siglo XX, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en relación con los límites a la delegación o transferencia de competencias y poderes a instituciones internacionales, con el propósito de preservar Derechos individuales. En igual sentido, se presenta control a decisiones de agentes internacionales de carácter privado, aplicando reglas de Derecho internacional privado y normas de política pública nacional, como los casos antidoping del COI³¹⁴. En nuestro medio jurídico, uno de los casos de estudio del presente trabajo, se pretende explicar precisamente a la luz de este marco regulatorio global.

³¹⁴ Confrontar con KINGSBURY, STEWART & KRISCH. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. p. 110 y ss.

Aunque en la actualidad los controles nacionales han causado un cierto tipo de efecto que se puede calificar como trascendental y efectivo, creemos que siguen faltando parámetros y criterios análogos al desarrollo del ejercicio de las instituciones nacionales que tienden a controlar las administraciones transnacionales e internacionales, puesto que se exhiben problemas como la inmunidad, los principios reguladores de la distribución y priorización entre los diferentes procesos en términos piramidales, por lo que las decisiones tomadas pueden ser un obstáculo dentro de la gobernanza global o simplemente su criterio de respuesta un mero aporte dentro de un universo global.

El *segundo elemento* de la clasificación emerge del primero, solo que ahora a escala completa y focalizado dentro de las instituciones globales que, intentando ser independientes y autónomas de las instituciones locales o nacionales, ha pretendido adoptar sus propios mecanismos de control y rendición de cuentas, en razón a que se busca un mayor fortalecimiento de las actividades que cada una de ellas realiza o supervisa. A modo de ejemplos ilustrativos presentados por los investigadores del GAL tenemos cómo el Consejo de Seguridad de la ONU ha venido implementando medidas procedimentales administrativas, como la de conformar listas con la exclusión de individuos sancionados por la ONU, previa decisión suficientemente motivada que será objeto de control y revisión por los Comités del Consejo de Seguridad; el Panel de Inspección del Banco Mundial que estableció un procedimiento para garantizar que los proyectos financiados con sus recursos, resulten ambientalmente sostenibles.

También se ha avanzado en transparencia, procedimientos y participación en las redes intergubernamentales, como los casos ejemplificados por los autores que seguimos así: el caso del Comité del Banco Central de Basilea que emitió el Acuerdo Basilea II en materia de seguridad bancaria, producto de un procedimiento abierto y participativo; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE sigue procedimientos administrativos de amplia

publicidad y participación; la Organización Mundial de Sanidad Animal (*The World Organisation for Animal Health, OIE*) estableció estándares de salud animal adoptados en el Acuerdo MSF –Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; el Grupo de Acción Financiera Internacional –GAFI³¹⁵-, incluye argumentaciones e información externa en sus procedimientos de elaboración normativa y ha creado una política abierta para que otros países participen entregando listas de territorios que no cooperan en la lucha contra el blanqueo de dinero y a los que se sancionan³¹⁶. En nuestro País se ha creado, desde 1999 la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF.

El *tercer elemento* de esta clasificación tiene que ver con lo que se denomina Administración diseminada, entendiendo por esta las administraciones nacionales que trabajan de forma coordinada y descentralizada. En este evento el GAL ejerce un cierto tipo de control, en la medida que estas actuaciones se den dentro del campo de la Administración global. El mecanismo de control efectuado por el GAL, para algunas actuaciones de las administraciones descentralizadas o diseminadas, es por medio de un sistema de normas globales que las integre dentro del modelo de participación del sistema global y no sean vistas como meros actores locales. De esta manera, se busca que las administraciones locales o nacionales tengan en cuenta los procedimientos administrativos decisorios a seguir, siempre y cuando se apliquen normas globales, o cuando se hallan vinculadas a las restricciones de dichas agencias. Ejemplo de ello lo sigue constituyendo el caso camarones-tortugas, donde las normas internacionales obligaron a que el procedimiento administrativo interno se rediseñara a fin de asegurar que su sistema de control garantizara la incorporación de los derechos e intereses de otros estados y productores, antes de tomar una decisión. Otro

³¹⁵ El GAFI es un ente intergubernamental establecido en 1989 cuyo objetivo es fijar estándares y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y otras amenazas a la integridad del sistema financiero internacional.

³¹⁶ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard B. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación p. 114.

ejemplo, principalmente en países en desarrollo lo constituyen los Acuerdos de Bretton Woods, donde la participación del Banco Mundial sobre “buena gobernanza” o “buen gobierno”, en clave de asesoramiento, condicionan las ayudas financieras que demandan dichos países estableciendo un amplio código de principios y reglas de organización y de procedimientos administrativos nacionales, transformando así sus administraciones internas. Igual sucede con las políticas del FMI³¹⁷.

Después de haber hecho una taxonomía sobre las tres maneras de entender la institucionalización del GAL, ya sea por vía local o por vía global o diseminada, debe quedarnos claro que su importancia radica en lo variado de las circunstancias sobre las cuales puede ejercer algún tipo de control. Con todo ello, es apresurado y acelerado intentar establecer principios o reglas definitivas, máxime cuando hemos dicho, en reiteradas oportunidades, que un criterio diferencial del GAL es su capacidad de auto legitimación y actualización.

5.6 DESGLOSE DE LA DENOMINACIÓN GAL

5.6.1 Administración. Característica esencial del GAL. La idea del nacimiento del GAL se soporta en considerar que buena parte de la Gobernanza Global – principalmente la regulatoria- se comprende y trabaja mejor si se le considera como Administración. Sin embargo, como sus actores son muy diversos y variados, lo que no permite organizarlos de forma sistémica, se deben tratar entonces como un conglomerado disímil que ocupan y actúan dentro del llamado “Espacio Administrativo Global”, en el que se encuentran instituciones internacionales y redes transnacionales, organismos administrativos internos que operan dentro de aparatos o sistemas legales internacionales o que producen efectos regulatorios transfronterizos. Este enfoque plantea, además, el abandono de la forma clásica y ortodoxa de entender el Derecho internacional como el

³¹⁷ KINGSBURY. Op. Cit; p. 17.

referido a la intergubernamentalidad y a la separación de lo interno y lo internacional. El espacio administrativo global se encuentra ocupado por una gran variedad de actores transnacionales, interestatales –informales sin tratado de por medio, sino como coaliciones de voluntarios (como las militares o de paz por fuera de Naciones Unidas)- o formales como Naciones Unidas, de distinta regulación (público, privados, híbridos, diseminados), lo que además permite afirmar que la “Administración de la gobernanza global se halla altamente descentralizada y su actuación no es muy sistemática”³¹⁸

5.6.2 Lo global diferente a lo internacional. Se utiliza la expresión <<Global>> en lugar de <<Internacional>> para evitar, en principio, formar parte de la ley vigente *lex lata* o de los proyectos de ley *lex ferenda*; por tanto, se diferencia porque incluye tanto criterios o acuerdos institucionales de carácter informal, incluso con actores no estatales, como algunas prácticas normativas y fuentes que se encuentran por fuera del Derecho internacional, incluso del propio estatal o interestatal. En consecuencia, el GAL se encuentra entremezclado con otras fuentes de obligaciones de distinta naturaleza, por su diversa aplicación en variados espacios, lo que permite echar mano de fuentes legales nacionales, actos reguladores institucionales aplicables a casos concretos, contratos de Derecho privado, reglas de Derecho internacional, etc.

5.6.3 Concepto de Derecho. En relación con el concepto –Derecho-, este se utiliza bajo tres elementos de comprensión: (i) como valor axiológico vinculado al carácter que se le confiere a la norma; (ii) como una opción política con implicaciones políticas; y (iii) como práctica social con particularidades o especificidades particulares, que determinan tanto la validez como la relevancia o peso de sus normas y resoluciones, esto debido a que el GAL, distinto al enfoque positivista, no presenta un marco jurídico unificado ni una organización

³¹⁸ Ibid. p. 156

jerarquizada en la gobernanza global, como tampoco unas instituciones o autoridad central con poder para resolver.

Así, entonces, Kingsbury hace un análisis comparativo entre las teorías jurídicas que se ubican en plano de la coercibilidad del Derecho a través de mandatos y órdenes respaldadas por sanciones, las que de entrada descarta para el GAL. Cita la afirmación de Hobbes “*auctoritas non veritas, facit legem*”, para recabar sobre la necesidad de identificar una fuente dotada de autoridad de la que emane el Derecho para que sea Derecho, independiente de su contenido moral. Para Hobbes y Austin el concepto de Derecho se vincula con la idea de soberanía, mientras que para Hart, sin abandonar la línea positivista, se ubica en las fuentes primarias reguladoras de conductas y en normas secundarias relativas a su reconocimiento y aceptación como elementos básicos e inherentes al concepto de Derecho, postura está más moderna y útil tanto para el Derecho internacional como para el GAL. Así ha entendido Joseph Raz, citado por Kingsbury, el concepto de Derecho aplicado al GAL, al afirmar que “*[E]n muchas situaciones de gobernanza global la autoridad legal parece existir sin ningún autor, y en efecto la referencia de Joseph Raz a la autoridad no parece necesitar un autor*”³¹⁹.

Con el fin de adecuar y adaptar un concepto de Derecho de corte positivista al GAL, Kingsbury considera que tanto la teoría Hartiana como la Raziana son de recibo en esta nueva disciplina jurídica. Sin embargo, resuelve explicar el concepto de Derecho para la administración global a través de la elaboración teórica de Hart, principalmente en el énfasis que dicho autor hace sobre las prácticas sociales, las fuentes del Derecho y en su reconocimiento y aceptación.

5.6.4 Poder y Estado. El ejercicio del poder más allá del Estado es esencialmente distinto del ejercicio del poder del Estado y sus instituciones dentro del

³¹⁹ *Ibíd.* p. 161 y ss.

ordenamiento jurídico y político nacional, por lo que resulta inapropiado trasladar y aplicar analógicamente sus funciones, normas y dinámica a la administración global. En consecuencia, el punto constructivo y serio del GAL parte de concentrar su estudio precisamente en concepciones que no comiencen y terminen en el Estado.

5.6.5 Lo Público: Principios Generales del Derecho Público. Se parte de considerar, con la práctica jurisprudencial, que en los estados democráticos de Derecho, no es suficiente con que el Derecho emane de una fuente reconocida, ni siquiera en los sistemas que exigen que emane de una fuente aceptada y que se produzca de acuerdo con una regla unitaria de reconocimiento.

Hoy en día hace falta algo más para que pueda hablarse de Derecho. El carácter de lo público se torna fundamental para las modernas sociedades democráticas, si se considera que lo público y lo general son inherentes al concepto de Derecho, entendiendo que este ha sido creado por toda la sociedad, por el público en general y se ocupa de los asuntos de la misma sociedad; es decir, como elaboración de y para la sociedad en su conjunto.

El anterior concepto de Derecho va más allá de la definición clásica de Derecho administrativo que adoptan variados sistemas nacionales, al que consideran como del servicio público, cuyo fin es el interés general y el bien común. Así también definió Soji Yamamoto el Derecho administrativo internacional, como *el conjunto de normas jurídicas inherentes a aquellas comunidades internacionales que prestan un continuado servicio público internacional establecido por los tratados administrativos multilaterales, y que influyen en múltiples formas sobre las administraciones nacionales a través de la acción administrativa de las*

*instituciones internacionales*³²⁰, concepto este que aún no se encuentra ni tiene clara su significancia en el naciente campo del GAL.

En consecuencia, se echa mano de los principios generales del Derecho público que resultan aplicables a cualquier sistema de Derecho público, entre los cuales se destacan: (i) *Principio de legalidad*, que canaliza y organiza el poder, limitando su ejercicio de conformidad con las reglas expedidas. Frente a instituciones de carácter interestatal, los estados que han creado las instituciones adquieren el estatus de principales respecto de las que cumplen la función y actúan como agentes. Los actores de la gobernanza global que ocupan una posición principal, aplican el principio de legalidad para referirse a la vinculación al Derecho como exigencia de lo público. (ii) *Principio de racionalidad*, referida a la motivación y fundamentación de las decisiones adoptadas. (iii) *Principio de proporcionalidad*, entre medios y fines. (iv) *Estado de Derecho*, con carácter procedimental. (v) *Los derechos humanos*, inherente a casi todo sistema jurídico moderno.

5.7 NATURALEZA DE LA ORGANIZACIÓN GLOBAL DISTINTA A LOS ESTADOS

Partiendo de la clasificación que David Dyzenhaus hace de los ordenamientos jurídicos administrativos nacionales³²¹, se establecen tres categorías básicas para la actuación en el espacio administrativo global, de las entidades y organizaciones que no son estados y hacen parte del GAL, así:

³²⁰ YAMAMOTO, Soji. *The Positive Basis of International Administrative Law*. Op. cit. KINGSBURY, STEWART & KRISCH. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. p. 155-165.

³²¹ Citado por Kingsbury en Op. Cit. p. 168. *Hace la siguiente clasificación: (i) Derecho administrativo constitutivo, aquel que se integra de la autoridad o potestad jurídica con la que puede verse investida cualquier organización administrativa. (ii) Derecho administrativo sustantivo, aquel que establece la propia organización administrativa, y comprende desde sus actos más generales hasta sus actos más concretos o específicos. (iii) Derecho administrativo procedimental, aquel que gobierna la forma de actuación del órgano administrativo.*

5.7.1 Diseño y constitución jurídica de una entidad u organización pública distinta del Estado. Resulta determinante para la realización de la justicia sustantiva, la consecución efectiva de los valores de Derecho público y para satisfacer los fines que busca el GAL. (Este punto de investigación, apenas comienza).

Se tendrá en cuenta para su conformación un *proceso decisorio de carácter deliberativo*, como el de un órgano colegiado o el del Parlamento, para garantizar el consenso y la ponderación, la integración, la representación y la participación.

El poder constitutivo se ejerce a nivel internacional con mayor claridad con ocasión de la constitución de organizaciones internacionales. La lógica y los problemas del *pouvoir constituant* y del *pouvoir constitué* se da también en estas circunstancias y escenarios. En los procesos de creación de las organizaciones intergubernamentales, el problema de representación en la Asamblea Constituyente se resuelve con la participación de los designados por la rama ejecutiva de cada Estado participante; y hoy día también, cuando hay algo de espacio dentro o fuera de la Asamblea para las organizaciones de la sociedad civil que pueden poner en marcha ellas mismas determinados sistemas de representación *entre eux* y *vis-à-vis* de sus miembros o promotores.

Ahora bien, desde el punto de vista constitucional, el reto es mayor si se tiene en cuenta el aforismo “no hay democracia sin *demos*”, que paralelamente implicaría afirmar que “no puede haber constitucionalismo sin política”; y si no hay un sistema de gobierno completo a nivel global –*global polity*– ni nada que se aproxime a un *demos* o pueblo global, será necesario establecer condiciones sociopolíticas para girar en torno a un constitucionalismo global, lo que ha intentado hacer la Unión europea, que sería el único caso cercano.

Nos parece que en el proceso de construcción del GAL, por ahora se debe abandonar la idea de abordarlo como disciplina jurídica autónoma, con distinción jurídica desde el mismo concepto de Derecho que ha venido trabajando la escuela de Nueva York, y pensar en reiniciar a partir de considerarlo como una nueva y necesaria tendencia de la que se deben ocupar los gobiernos y las administraciones nacionales, redireccionando el campo de acción de sus derechos administrativos domésticos, integrando sus propias administraciones, allí donde se requiera, a las de carácter global. Esta línea de pensamiento exige entonces dirigir los esfuerzos en la conformación organizacional de la gobernanza global, la que se encuentra ya muy avanzada, determinando como puntos clave de la misma, ya no el poder y la legitimación en el ejercicio global del mismo, que exige un esfuerzo de pensamiento político aun refundido, sino un criterio más técnico en términos estructurales del que hacer administrativo global.

Así entonces, y siendo consecuentes con la línea de pensamiento asumida en este trabajo, consideramos que puede resultar más efectivo extender el concepto de Derecho administrativo concebido por García de Enterría como el de las administraciones públicas, a la administración global, entendiendo esta, como ya lo hemos dejado enunciado para las locales, como la de la función pública, la función administrativa y la gestión pública.

5.7.2 Normas y decisiones expedidas por organizaciones administrativas globales públicas distinta del Estado. Existen 3 categorías que expresan las actuaciones y los resultados que realizan las organizaciones administrativas globales, según el actor al que se dirijan o afecten, así:

a. Normas y resoluciones que tienen por destinatario a otras organizaciones públicas administrativas que operan en el área global, y que son distintas de los estados.

- b. Normas sustantivas y decisiones que tienen como destinatario los estados y sus agencias, o que les afectan materialmente.
- c. Normas y decisiones sustantivas que tienen como destinatario, o afectan indirecta o materialmente, a personas individuales o a otros actores privados.

5.7.3 Normas de Procedimiento. A través de las cuales se regula la acción de esas organizaciones públicas en relación con la producción de sus normas y el dictado de resoluciones, así como para asegurar el control, la transparencia, la motivación, la participación, la rendición de cuentas y la responsabilidad.

Constituye el núcleo duro del Derecho administrativo como se entiende normalmente (afirmación en el ámbito del Derecho administrativo norteamericano, que resulta insuficiente si se trata del modelo europeo-continental). Las normas procedimentales materializan los principios generales inmanentes al Derecho público antes precisados.

Las áreas para la aplicación de las normas procedimentales del GAL han sido estudiadas por Stewart y Cassese, principalmente las referidas al control, la rendición de cuentas y la responsabilidad. Sin embargo, Kingsbury, de acuerdo con los postulados de Hart, así como con la apreciación de lo público, plantea la existencia otras tres áreas complementarias como control o revisión, motivación y publicidad y transparencia. Resulta fundamental esto, porque a través de sus procedimientos y resoluciones, los órganos de control asumen posiciones implícitas o explícitas subyacentes al Derecho; revelan cuál es el concepto imperante del Derecho, identifica sus prácticas sociales, su peso específico, las fuentes del Derecho, el reconocimiento de normas y los componentes de lo público. Este punto se ilustra con ejemplos casuísticos de revisión o control a la gobernanza global, entre el órgano de control y la entidad controlada, cuya clasificación se estructura así: **(i)** Control de la acción administrativa de una organización que se sitúa en el ámbito de la gobernanza global a cargo de un

Tribunal Independiente incardinado dentro de la misma organización o entidad. **(ii)** Control de acción administrativa de una entidad situada en el área global a cargo de un Tribunal independiente, cuando este se ubica en el seno de otra entidad de gobernanza global de carácter no-nacional. **(iii)** Control o revisión de una acción administrativa de una organización situada en el ámbito de la gobernanza global a cargo de un Tribunal nacional. **(iv)** Control de una acción administrativa de una organización nacional a cargo de un Tribunal internacional (caso Petro).

5.8 PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El primer principio se denomina de la **Participación procedimental y transparencia**, y su aplicación se logra a partir de una construcción clásica del mismo Derecho, puesto que en el ámbito local subyace la facultad de los actores a ser escuchados, a expresar sus acuerdos o desacuerdos, a que sus opiniones e información puedan ser expuestas y consideradas justo antes de que se llegue a tomar una decisión final por parte del órgano competente, lo que sería el deber ser del Derecho administrativo en todas sus escalas.

El principio procedimental de participación, en términos de Kingsbury: “*es tratado a partir de la construcción clásica en el Derecho administrativo a ser oído a partir de las reclamaciones o “alegaciones” ante la propia Administración*”³²², el que ha venido transformándose en términos de la implementación de una Administración adecuada al Estado Social y Democrático de Derecho, pues allí debe encontrar una garantía constitucional la gobernanza local para participar en las decisiones que los puedan afectar. De este modo Kingsbury sostenía, en uno de sus primeros *paper* sobre el GAL, que la participación:

“En procedimientos administrativos globales no está confinada a los individuos o a los estados afectados por decisiones. En el área

³²² KINGSBURY. Op. Cit. p. 120.

*de establecimiento de estándares y de reglamentación administrativa, varios organismos, tales como la Comisión del Codex Alimentarius, han intentado incluir en su trabajo a ONGs que representen intereses sociales y económicos afectados. Los reguladores domésticos han comenzado también a notar los estándares propuestos que están siendo considerados en las negociaciones globales en las cuales participan. Sin embargo, los Derechos de participación en la reglamentación administrativa han sido proporcionados sólo en un número limitado de casos y áreas*³²³.

En concordancia con esto, la transparencia se vislumbra como aquella efectiva garantía de estar frente a un proceso público en cuanto a las decisiones y las medidas adoptadas, sobre las que se ha debido conocer y obtener todo tipo de información. Rodríguez-Arana, supone que conocemos el alcance del principio de la transparencia, y utilizando un ejemplo sobre la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos o más conocida a nivel global como SEC, sostiene sobre el particular:

“La obligación de las empresas de suministrar determinada información periódicamente a la SEC ayudó sobremanera a la afirmación de otro de los principios centrales del Derecho administrativo global, hoy sin discusión: la transparencia y el correlativo Derecho de la ciudadanía a conocer, al acceso a la información, manifestaciones del Derecho fundamental de los ciudadanos a una buena Administración pública. Las evaluaciones externas vienen a continuación, lógicamente. Este modelo de regulación era la coherente consecuencia de una manera de concebir el poder: el poder es de los ciudadanos y son éstos quienes deben tener Derecho a conocer, a ser informados, a

³²³ KINGSBURY Benedict, KRISCH, Nico and STEWART Richard B.. *The Emergence of Global Administrative Law*. 68 *Law & Contemporary Problems* 15. 2005. p.21.

*acceder a la información. La razón es obvia, aunque no por ello muy practicada en la cotidianeidad: si el poder es del pueblo y los políticos y funcionarios no son más, ni menos, que administradores provisionales y temporales del poder, deben responder, rendir cuentas periódicamente ante la ciudadanía del ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas en su día por la ciudadanía. He aquí, pues, la esencia del llamado regulador: la regulación, el Derecho, se convierte en presupuesto de eficacia y eficiencia al servicio objetivo del pueblo*³²⁴.

El Segundo principio que surge con la práctica misma del GAL es la **Motivación de las Resoluciones y Decisiones**. Este postulado es incluido de manera casi que automática y procedente de los ya nombrados, en la medida que las medidas adoptadas por un organismo o actor global deben cimentarse bajo todo un esquema de carga argumentativa. Su entrada en vigencia obedece a la observancia de la expedición de las decisiones a nivel local, puesto que desde allí emana su importancia. Podemos por tanto decir, que la motivación no es otra cosa que la inclusión hermenéutica dentro de una decisión, y que para Kingsbury ha tenido mayor observancia en la expedición de decisiones, pero muy escasa en la de resoluciones de carácter general como las reglas y reglamentos que adoptan las organizaciones administrativas globales³²⁵.

El tercer principio es el del **Control o Revisión**. Debemos mirar este principio del GAL desde la perspectiva del debido proceso, en la medida que toda acción que se resuelva por vía judicial o cuasi judicial, debe tener siempre inmersa la tutela judicial efectiva, es decir que frente a una respuesta que se ha otorgado se tiene el Derecho de acudir ante un Juez o Tribunal para que este pueda revisarla tanto en su contenido como en su forma, y desde allí emitir una respuesta que puede ser

³²⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo global y Derecho fundamental a la buena Administración pública*. Tomado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/Derecho-administrativo-global-y-Derecho>, recuperado el 10 de octubre de 2017.

³²⁵ KINGSBURY, Op. Cit; p. 120.

de respaldo o, en su defecto, de distanciamiento sobre esta primera emanación judicial.

Así las cosas, este principio hace efectiva la segunda instancia en materia global. Recordemos un poco el caso sucedido en nuestro País y que es objeto de estudio en este trabajo, a raíz de la actividad pública del exalcalde de Bogotá, y cómo se vio obligado, dentro del marco global, a acudir a organismos supraestales por ausencia de debido proceso y transparencia en los órganos administrativos locales. Aquí tenemos un segundo factor que es *tiempo*, en la medida que las decisiones tomadas en una primera instancia deben ser analizadas en periodos de tiempo muy cortos, por un segundo o tercer operador judicial –nacional o global-, puesto que su contenido afecta de manera directa a un sujeto o un conglomerado, y sí se quiere proteger a estos debe jugarse con la variable establecida³²⁶.

Un cuarto principio está orientado hacia los **estándares sustantivos: proporcionalidad, racionalidad entre medios y fines, negación de medios restrictivos innecesarios y confianza legítima**. Miremos cómo este principio, que resulta ser una sucesión efectiva de criterios, se ajusta a la dinámica deseable en el Derecho administrativo nacional, en la medida que una decisión que se va a tomar, se ajusta necesariamente a criterios de proporción entre la acción, su medio y su finalidad. Así mismo, se trata de criterios a los que ha de sujetarse la acción de las organizaciones que operan en el espacio administrativo global, y que, a su vez, sirven de control o revisión de su observancia. Estos principios tienen dos caras de aplicación: positiva o vinculante para los actores, y de criterios a través de los cuales se puede enjuiciar o catalogar su cumplimiento. Sobre este particular afirma Kingsbury:

³²⁶ Sobre este principio Cf. <http://www.iilj.org/gal/documents/GlobalAdministrativeLawHarlow.pdf>. Última consulta el 10 de diciembre de 2017.

“La proporcionalidad es un tema central en la jurisprudencia de algunos regímenes internacionales de Derechos humanos: en la CEDH, por ejemplo, la interferencia con muchos Derechos individuales puede ser justificada, pero solamente si (entre otras cosas) la interferencia es proporcional al objetivo público legítimo perseguido. El principio de proporcionalidad es reflejado también en algunas decisiones de cortes nacionales sobre gobierno global, tal como una decisión crítica de la corte alemana sobre una decisión de la Federación Internacional de Deportes en un caso de doping al imponer sanciones desproporcionadas. Del mismo modo, restricciones que están en conflicto con las reglas generales de libre comercio bajo el GATT son permitidas solamente si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre medios y fines, y emplean medios que no son más comercialmente restrictivos que los razonablemente necesarios para lograr el objetivo regulatorio relevante. Con todo, en muchas otras áreas de la Administración global, el uso de tales requisitos ha sido hasta ahora mínimo”³²⁷.

El quinto principio tiene que ver con la **inmunidad de los estados extranjeros** que se debe preservar, principalmente, a través de la ponderación de los intereses en conflicto, cuando se trata de actividades comerciales o contractuales que es donde más se pueden presentar casos de desconocimiento de derechos. Sin embargo, en el GAL se vienen presentando casos de ponderación frente a la inmunidad de los estados, básicamente en el Derecho europeo a través de decisiones del Tribunal Europeo de derechos humanos, por lo cual Kingsbury agrega, tomando como fuente la Corte europea de derechos humanos, que:

“Las medidas tomadas por una Alta Parte Contratante que reflejan reglas reconocidas generalmente de Derecho internacional público

³²⁷ KINGSBURY, KRISCH & STEWART. *El surgimiento del Derecho administrativo global*. p. 123 y ss.

sobre inmunidad de estado no se pueden, en principio, considerar como imposición de una restricción desproporcionada del Derecho de acceso a la corte, según lo incorporado al artículo 6 (1). Así como el Derecho al acceso a las cortes es una parte inherente de la garantía de un juicio equitativo en ese artículo, algunas restricciones en el acceso se deben ver además como inherentes, un ejemplo es esas limitaciones generalmente aceptadas por la comunidad de naciones como parte de la doctrina de la inmunidad de estado”³²⁸.

Si bien, este no es un principio en estricto sentido, si es una característica que puede entenderse como parte de estos, puesto que una de las particularidades del GAL estriba en la manera como este se puede construir o plantear. La primera de estas manifestaciones se puede denominar de abajo hacia arriba, de la cual es escasa, por no decir que pobre, la teoría que existe sobre la misma, sin embargo, nosotros consideramos que este planteamiento se da desde el instante mismo en que surgen actuaciones a escala local o regional con miras a desenvolverse en el espacio global; así tenemos el ejemplo simple –problemático- del comercio virtual.

Siempre que las actividades se presentan en una territorialidad específica, pero su ámbito de desenvolvimiento sea global, estaremos hablando de una técnica administrativa global de abajo hacia arriba, quizá esta sea la manera más tradicional en cómo se ha creado el Derecho, ya que desde antaño han sido las dinámicas sociales las que han propiciado una política de regulación. Por ello esta primera forma de construcción del GAL, apunta a la noción misma de Derecho en cuanto a su creación. Por otra parte, desde la óptica del Derecho administrativo americano, podemos plantear una segunda manera de construcción del GAL, donde esta perspectiva supondría la existencia – o creación- de una estructura global que mantenga la respectiva división de los poderes públicos, teoría que ha

³²⁸ Remítase y confróntese, en KINGSBURY, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B. *El surgimiento del Derecho administrativo global*. p. 24.

sido llamada de “arriba hacia abajo”; sin embargo, esta utopía jurídica es difícil sino imposible de realizar, no obstante existir avances como los de precisar las normas que rigen en cada sistema.

Este tipo de planteamiento tiene en la actualidad una acogida llamativa por parte de algunas instituciones o actores del GAL; cuyos ejemplos lo constituyen los Comités creados por la Organización Internacional de Comisiones de Valores – ISOCO-, así como los acuerdos de reconocimiento mutuo. En conclusión, la construcción del GAL a partir del planteamiento americano, dependerá en últimas de si se establece una diferenciación institucional mucho más evolucionada y se juridifican los sistemas de regulación del espacio global³²⁹.

5.9 CONCEPTOS FORJADORES EN RELACIÓN AL GAL

5.9.1 Globalización y Derecho administrativo global. De acuerdo con los trabajos de la academia jurídica especializada, podríamos caracterizar, a efectos de comprender la dinámica de nuestra investigación, que el XVIII fue un siglo francés marcado por la identidad y el desarrollo de una nueva disciplina jurídica denominada Derecho administrativo; también se ha estimado que el XIX fue un siglo con auge de las ideas constitucionales y filosóficas sobre el Estado, en la mayor parte de Europa, sobre todo en Alemania³³⁰; asimismo, que el XX fue un siglo en el cual los derechos humanos marcaron la pauta y el ritmo institucional; en último lugar, en el siglo XXI empieza a configurarse a partir de la década de los noventa, con grupos de investigación que promueven el desarrollo de un Derecho administrativo global, el que, a nuestro juicio, regulará las conductas, acciones y actuaciones jurídicas que se explican dentro de un mundo concebido como un

³²⁹ KINGSBURY, STEWART & KRISCH. Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. p. 239.

³³⁰ El estudio realizado por ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz donde desarrolla el origen histórico del Derecho administrativo. *El Derecho administrativo y la evolución del Estado*, en: Derecho administrativo y globalización. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2004.

sistema global, es decir que será este nuevo Derecho el que hará las veces de faro en la oscuridad y dará la oportunidad de observar fenómenos que antes se disimulaban o escondían en otras disciplinas, o simplemente no tenían respuesta dentro del marco de las administraciones locales o domésticas. Para los estudiosos de esta disciplina jurídica, tranquiliza saber que varias de las exigencias del siglo XXI, estarán, al menos, fuertemente respaldadas por las teorías que entienden las distintas manifestaciones de la Administración global.

El termino Global hace un énfasis especial a la órbita conceptual de la cual emana (globalización), y crea una red semántica de entendimiento, que prefiere estudiar aquellos fenómenos que surgen por encima de los estados, por fuera de ellos y sin respuesta formal y jurídica por parte estatal, y que al salir de sus territorios se transforman conceptualmente,³³¹ tal es el caso de las plataformas o aplicaciones de transporte individual de lujo, que están implementándose desde dos puntos: (i) a escala regional o local, cuando se presenta en cada Estado una nueva aplicación, la cual innova la forma de acceso al transporte, pues permite en fracción de segundo al usuario acceder al servicio exclusivo de transporte desde su teléfono móvil; es ahí donde la Administración interna debe equiparar y ponderar este tipo de oferta, pues si bien la plataforma está diseñada para facilitar la prestación del servicio, esta también puede generar conflicto frente a las tradicionales formas de transporte; y, (ii) a escala global la Empresa Uber ha sido capaz de llegar a más de

³³¹ GORDILLO, Agustín (2009), señala las diferencias conceptuales en razón a su origen, las cuales se resumen así: *“Pues cabe distinguir entre: a) el recalentamiento y cambio climático universal, que presenta características diversas en cada región del globo terráqueo; b) las amenazas a la salud mundial con las pandemias que se esparcen por todo el mundo, como el SIDA, la gripe española de 1918 o la actual gripe porcino/aviar/humana, siempre con nuevas cepas y diferente impacto espacial; c) la internacionalización de la información, en que virtualmente desde cualquier País del mundo, pero no de todos, se puede acceder a la misma información en Internet; d) la internacionalización de algunos conflictos armados puntuales que parte de la comunidad internacional decide enfrentar en forma mancomunada, como es el caso de Afganistán, el Golfo de Adén y las costas de Somalia en el caso de la piratería internacional, con características peculiares en cada lugar; e) los organismos internacionales o regionales de seguridad y defensa, p. ej. La NATO; f) los organismos financieros globales (FMI, BM, etc.) y los regionales (Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, etc.); g) las múltiples redes de países de distinto tamaño, desde el G-7, G-8, el BRIC, el +5, el G-20, etc.; h) las redes formales e informales de órganos, entes y países, como así también de entidades privadas.”*

setenta y ocho países y seiscientas ciudades poniendo a disposición de cualquier persona una forma moderna de prestación de servicio de transporte, sin que tenga un ente regulador natural.

Podemos decir además que la globalización, tal y como ha sido entendida en nuestro medio académico, ha *“llevado sin duda a una unificación del derecho convirtiendo así el sistema jurídico de una estructura piramidal a una red, y eso se da no solo por las necesidades de la economía global, sino también por la desigual distribución de poder”*³³² En otras palabras, la adopción del termino global se debe hacer en consonancia con la teoría actual económica, por ello, Gabriel Doménech sostiene que: *“El AED (análisis económico del Derecho) consiste en estudiar —bien con una finalidad práctica, bien con una finalidad puramente cognoscitiva— las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía”*³³³ Quizá un enfoque investigativo moderno nos lleve a indicar que el derecho puede economizarse o al menos tener supuestos económicos en su proceder.

Volviendo un poco sobre el siglo anterior, este se distingue por haber sido testigo de un fenómeno que transformaría la manera de vivir de la mayoría de las personas, un evento que por su naturaleza sería capaz de unir y poner a dialogar en los mismos términos a todas las disciplinas del conocimiento, pero bajo su propio lenguaje, un evento que tiene la principal característica de transformar y/o eliminar las barreras, fronteras y divisiones en nombre del capitalismo.

³³² JIMÉNEZ, William Guillermo. *Globalización jurídica Estado-nación y territorio*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2015. p. 37.

³³³ Tomado de:

https://www.academia.edu/9688227/Por_que_y_como_hacer_analisis_economico_del_Derecho. Recuperado el 10 de diciembre de 2017.

Este espacio es conocido como *La Globalización*³³⁴; esta, además de promover la idea del mundo como una aldea, también crea nuevas formas de comportamiento de carácter planetario, formas de entender la vida de la misma manera en Chile que en Japón, en Alaska que en Sudáfrica, es decir que el ser humano empieza a sentir que es posible hacer una actividad en otro País diferente al suyo contemplando la legalidad desde su País de origen; por ejemplo la compra y venta por internet, las regulaciones ISO, las plataformas tecnológicas, la regulación medioambiental, las técnicas de aprendizaje moderno. Situados dentro del marco anterior es que se justifica el nacimiento del Derecho administrativo global, que reúne los conocimientos de las diferentes disciplinas aisladas por ideas decimonónicas, y justifica la necesidad de implementar nuevas tendencias, investigaciones y estructuras sociales y jurídicas en aras de dar una respuesta a los retos que exige el mundo actual³³⁵.

El Derecho administrativo global fue construido por los juristas y doctrinantes, en su mayoría norteamericanos, que promueven la idea de actualizar y adecuar el sistema normativo de acuerdo a esta serie de conductas que empiezan a hacer su aparición a finales del siglo pasado³³⁶.

Debido a las transformaciones antes descritas, consideramos que el siglo en el cual nos estamos moviendo, va a estar marcado y diseñado dentro del contexto

³³⁴ Sobre la Globalización tenemos una multiplicidad de estudios se han realizado queriendo mostrar que el mundo antes conocido se convierte ahora en un escenario que permite, en intervalos de tiempo muy reducidos, realizar un sin número de operaciones (Mc Luhan, 1985, p. 45.), como, comprar en la China un computador que a su vez fue diseñado en los Estados Unidos con mano de obra coreana y materia prima mexicana; o saber que un servicio de transporte me puede asistir de la misma forma en Francia, España, Argentina y Colombia sin ninguna diferencia, ni limitaciones legales entre los países. Así como la Globalización invadió lentamente las áreas en que se mueve el ser humano (Bauman, 2002), por ejemplo: el acceso a la información, la economía, la informática, la política, la urbanización de las ciudades (Seisdedos, 2007, p. 16), también lo hizo en el Derecho.

³³⁵ Para un análisis más profundo, revisar: KINGSBURY & STEWART. *Hacia el Derecho administrativo global. Principios, fundamentos y aplicación*. Sevilla: Global Law Press. Editorial Derecho global. 2012

³³⁶ Remítase al texto que refiere el pie de página 293 sobre causas generales del GAL.

social y económico de la globalización y, jurídicamente desde su respuesta como Derecho administrativo global –GAL-, el cual no excluye la función tan importante del Derecho administrativo interno, simplemente plantea la necesidad de analizar algunos de los eventos modernos desde una óptica ordenada y jurídicamente más evolucionada, acorde a las exigencias del actual universo comunicado, en la que ya no se jerarquiza el poder, sino se dinamiza.

Diferente a las tesis que consideran que el GAL es apenas un proyecto o una nueva forma de estudio sobre el Derecho, creemos estar en presencia de las tesis con mayor relevancia no solo jurídica, sino también social, política y económica, ya que su ámbito de estudio se amplía de tal forma que permite el debate y la unión de distintas ramas de estudio, y no discrimina ni elimina las nociones de Derecho internacional y Derecho interno, por el contrario, hace de ellas la parte fundamental de sus cimientos y desarrolla los elementos que estas han descuidado, por lo tanto es posible jurídicamente pensar en tres ámbitos de estudio: uno nacional o doméstico, otro local, territorial o regional y, un tercero de carácter global.

Recordemos lo expuesto sobre Stefano Battini³³⁷, en páginas anteriores, donde se concluye que la interacción mercado-sociedad-Administración, va a pretender dar respuesta o tratamiento a las aplicaciones o plataformas tecnológicas como las de tipo UBER.

El surgimiento del Derecho administrativo global es una combinación de dos fenómenos conectados; por un lado, la regulación internacional que afecta directamente a los particulares dentro de los estados y, por el otro, la oferta de mecanismos de participación y protección a los particulares en los ámbitos internacionales, directamente relacionadas con las decisiones adoptadas por las

³³⁷ BATTINI, Stefano. *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?* IILJ Working Paper 2005/03 (Global Administrative Law Series). 2005

organizaciones internacionales. De esta manera, las normas y los principios jurídicos del Derecho administrativo global pueden extraerse del Derecho Interno o internacional y ponerlas a funcionar en el orden Global, pero con consecuencias opuestas, ya que no se trata de regular y prohibir sino de regular bajo una debida rendición de cuentas, donde todos o la mayoría de eventos sociales globales que tengan incidencia en el Derecho, sean objeto de debate.

En lo que nos ocupa hablaremos sobre esta bipartición de la Administración (Administración internacional y Derecho administrativo internacional) que a nuestros ojos parece novedosa, pero que desde el siglo XIX ya se había planteado, por pensadores alemanes³³⁸.

5.9.2 Administración Internacional y Derecho Administrativo Internacional.

Para llegar a plantear que el GAL tiene una doble mirada sobre la regulación y la Administración, debemos detenernos en algunos conceptos previos que han permitido su despliegue. Por un lado debemos tener presente las concepciones sobre *Administración Internacional y Derecho Administrativo Internacional*, que tienen raíces en el siglo XIX, pero con un crecimiento importante en las primeras décadas del siglo XX.³³⁹ Sostienen Kingsbury y Krisch, que la comprensión administrativizante se vio auspiciada como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales, que entre otras cosas se han ocupado de temas como: los servicios postales, la navegación y *las telecomunicaciones*, dotadas en algunas ocasiones con potestad para establecer reglamentos, que no

³³⁸ Principalmente las tesis desarrolladas por VON STEIN, Lorenz (1815 - 1890). Cf. GUERRERO, Omar. *El origen de la ciencia de la Administración*. Editorial Publimex, s.a. México, 1990.

³³⁹ Cf. KINGSBURY and KRISCH. 2004. *“En efecto, la idea de analizar la gobernanza transnacional como una Administración sujeta a principios de Derecho administrativo específicos se encuentra ya, por ejemplo, en la obra de los reformadores sociales y auténticos constructores de las instituciones de finales del siglo XIX, como hiciera Lorenzo Von Stein, al concebir el trabajo y la actividad de la salud pública internacional en clave de actividad administrativa y de Administración”*. En este mismo sentido Juan-Cruz Alli Aranguren. ob. cit. p. 72; GUERRERO, Omar. *El origen de la ciencia de la Administración*. Editorial Publimex, s.a. México, 1990. p. 139 y ss.

tienen la necesidad de ser ratificados dentro del orden nacional para adquirir plena eficacia jurídica.

La simbiosis entre este tipo de actores y el papel de las Administraciones nacionales, determinó que algunos autores adoptaran una noción amplia de la Administración internacional, comprendiendo por estas las instituciones internacionales como organizaciones administrativas nacionales cuando estas realizan acciones con repercusión o efecto trasfronterizo o, mejor aún, global. Kingsbury recuerda que estas ideas llegaron hasta mediados de 1945 y empezaron a perderse o dejarse de lado, por algo que nosotros arriba describimos como la apertura de los derechos humanos; sin embargo, la lectura que se tiene sobre el GAL, hace posible la revitalización de dichos conceptos.

Para el caso en estudio resulta importante los dos últimos tipos de Administración global, ya que a criterio del investigador las plataformas tecnológicas (servicios (+) bienes: adquiridos y/o contratados) se encuentran dentro la Administración híbrida donde los sujetos privados y actores gubernamentales adoptan formas muy diversas y han cobrado una creciente importancia en la última década. Para ejemplificar tenemos la comisión del Codex Alimentarius, o para el caso de la gobernanza tecnológica de Internet, la *internet corporation for assigned names and numbers (ICANN)*³⁴⁰. Frente a este tipo de Administración es preciso recordar que toda acción que se realice en el espacio virtual, es resultado del proceso global de cambio que hemos venido ejemplificando, puesto que su campo de acción desborda los límites de control, como ha sucedido con la plataforma de servicio de transporte individual de pasajeros- por ejemplo Uber-.

³⁴⁰ KINGSBURY and KRISCH, afirman sobre este tipo de Administración que: “(...) *la convergencia de actores estatales sujetos a las normas y límites del Derecho Público nacional e Internacional, con actores privados que no lo están, y que incluso pueden asumir funciones que entran en el conflicto con aquellos, como la obligación de confidencialidad comercial, corre el riesgo de desembocar en un conjunto de controles muy desigual y potencialmente prejudicial*”. (2016)

Así mismo la quinta forma de Administración ya referida, se destaca por ser de origen y desarrollo privado, ya que este tipo de organizaciones pueden ejercer funciones regulatorias, cuyo ejemplo más conocido es la Organización para la Estandarización (ISO), pues su actividad no solo **genera un impacto económico**, sino que además se utiliza como **directriz para las decisiones** de carácter regulatorio en los casos en que se deban tomar decisiones por las autoridades creadas a través de tratados.³⁴¹ Este tipo de Administración es propia del siglo XXI, pues cada día son más las organizaciones, empresas y ONG que generan pautas de comportamiento, de regulación y sobre todo sirven de guía a los otros fenómenos que han aparecido³⁴².

Kingsbury y su grupo de investigación -2010-, consideran que hablar de Derecho administrativo internacional es “*denotar las reglas, procedimientos e instituciones a través de las cuales las organizaciones internacionales tratan las controversias laborales y otros asuntos internos*”. Siguiendo esta definición debemos entender que las actuaciones internas de los estados pueden tener una solución por fuera de su territorio siempre y cuando se tenga un tribunal, organización o tratado, que establezca los tipos de asuntos que se pueden ventilar por fuera de su competencia.

La anterior contextualización hace posible el surgimiento de los conceptos propios del GAL: *Espacio global y Gobernanza Global*, teniendo en cuenta que estos conceptos son la columna vertebral del GAL, ya que sin ellos no podrían funcionar

³⁴¹ En este sentido KINGSBURY & KRISCH, han sostenido por más de diez años que, es fundamental estudiar este tipo de organizaciones dentro de la Administración global, e identificar tanto las similitudes como las diferencias que se dan en cada uno de los mecanismos o instrumentos de rendición de cuentas y control en el seno de las organizaciones privadas y en las públicas.

³⁴² Sobre este punto, debemos remitirnos a SERNA DE LA GARZA, quien es su intento por explicar la noción de gobernanza global, a partir de la teoría de Keohane y Nye, observa que la globalización está teniendo un efecto sobre los Estados, y en especial sobre los mecanismos tradicionales (inter-gubernamentales, o Derecho domestico) que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional de Estados. Tomado de: <http://www.iijl.org/gal/documents/Introduction.pdf>. Recuperado el 10 de diciembre de 2017.

las teorías sobre rendición de cuentas, revisión, publicidad, participación y transparencia,

Concluyendo este apartado, nos cuestionamos la incidencia de la política en la economía, pues a nuestro parecer los eventos que hemos venido describiendo hacen posible su mutación a la inversa, esto es, la economía en la política, donde la primera llega a tener tal interés que sobrepasa los límites del Estado; frente al capital y el mercado, el Estado es apenas un agente más, pierde su carácter único.

5.9.3 La Gobernanza Global. Como hemos podido observar, la teoría sobre una gobernanza global se elabora a partir de la unión de un Derecho interno y uno internacional que no se excluyen sino que, por el contrario, su sintonía conceptual genera un espacio en el cual el gobierno difiere de su típica jerarquización, y pone bajo el mismo plano a diferentes actores, lo que condujo a Mayntz hace varios años a sostener, tal y como se señaló en el marco conceptual de este trabajo, que Gobernanza es un concepto que a lo largo del tiempo ha sido utilizado para hacer alusión a la manera como se ejerce el gobierno; es decir, que *“la palabra gobernanza significó simplemente gobernar”*³⁴³, meramente referido al aspecto del proceso de gobierno. No obstante, en tiempos de la actual dinámica relacional entre el Estado y los ciudadanos, el término ha venido siendo utilizado principalmente para establecer un nuevo modo de gobernar, lo que lo llevó a *“llamar a este nuevo modo de gobernar gobernanza moderna”*. Gobernanza moderna significa *“una forma de gobernar más cooperativa, diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil”*³⁴⁴.

³⁴³ MAYNTZ, Renate. El Estado y la Sociedad civil en la Gobernanza moderna. Revista del CLAD Reforma y Democracia. 2001.

³⁴⁴ *Ibíd.* p 39.

De esta manera se puede concluir con el autor en cita, que en la gobernanza moderna, los estados, con sus instituciones, los organismos de naturaleza pública, privada o mixta y los demás actores directos o indirectos organizados, participan y, frecuentemente, cooperan en el diseño, formulación, ejecución, control y rendición de cuentas de las políticas públicas. *“La estructura de la gobernanza moderna no se caracteriza por la jerarquía, sino por actores corporativos autónomos es decir, organizaciones formales y por redes entre organizaciones”*.³⁴⁵

Hablar de Gobernanza Global, en algún momento, parece como si se estuviese hablando tan solo de un concepto que no tiene justificación práctica, y que tan solo es una construcción teórica, sin embargo, Kingsbury, Krisch, & Stewart, han sostenido que:

*“La gobernanza global, pese a que carezca de contornos jurídicos precisos (no es un concepto jurídico), se caracteriza por su carácter no vinculante y la búsqueda del consenso y del conocimiento técnico y experto, en un espacio donde no imperan las relaciones jerárquicas y en el que las distintas instituciones operan de modo muy fragmentado, en función de sus respectivas responsabilidades y ámbitos sectoriales”*³⁴⁶.

Podemos decir que la “gobernanza global” corre o se dirige por una ruta distinta al debate que se ha dado sobre la gobernanza en su dimensión interna o doméstica. José María Serna sostiene además que lo anterior:

“Simplifica el concepto analizado al indicar que este es una nueva forma de concebir la conducción de los asuntos colectivos de una sociedad “más allá del Estado”, es decir, con la corresponsabilidad

³⁴⁵ MAYNTZ, Renate. *Los Estados nacionales y la gobernanza Global*. Caracas. p, 2.

³⁴⁶.KINGSBURY, STEWART & KRISCH. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. p 153 y ss.

de actores no-estatales, o bien se asocia a la noción de “good governance”, ligada a las recomendaciones del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, dirigidas a los Estados para lograr la estabilidad económica y el cambio estructural”³⁴⁷.

Finalmente Kingsbury, Krisch, & Stewart³⁴⁸, sostienen que la gobernanza global, es una forma de gobernar que va más allá del Estado, que sobrepasa los límites materiales y formales del mismo, lo que ha generado una nueva forma de gobernar, propia de la globalización, llegando a concluir que la idea de una gobernanza global (Global Governance), es una gobernanza multinivel, distinta y diferente de la noción de gobierno tradicional, propia de los ejecutivos nacionales, tanto por los sujetos que participan y las complejas y constantes relaciones que mantienen entre sí, como por los medios utilizados para la dirección (blandos y duros e híbridos). Es otras palabras, la Gobernanza global hace posible la unión de entes públicos y privados de diferente orden, en el que lo realmente importante no es la jerarquía sino las actividades generadas por cada uno, que se dan a mitad de camino entre los dominios del Derecho internacional público y el Derecho administrativo nacional tradicional. De esta brecha es que surge el espacio administrativo global.

³⁴⁷ SERNA DE LA GARZA, José María. *Reflexiones sobre el concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. D. C. 2009.

³⁴⁸ Cf. KINGSBURY, STEWART & KRISCH. Op. Cit; *“Repensar la gobernanza global como Administración, para incluir, de un lado, todas las formas de producción normativa distintas de los tratados u otros acuerdos internacionales y, de otro, la resolución de conflictos eventuales, presenta ciertas ventajas de relieve. En primer lugar, nos permite desarrollar un esquema conceptual más riguroso de las diversas estructuras y relaciones institucionales concernidas que la noción notoriamente escurridiza de gobernanza global. En segundo lugar, hace posible reformular la cuestión de la rendición de las cuentas en los términos más precisos del Derecho administrativo, que nos provee de un conjunto de herramientas básicas al servicio de la transparencia, la participación, la motivación y el control, que pueden ser adaptadas para su uso en el contexto global. En tercer lugar, nos facilita el aprovechamiento de las experiencias, tanto del Derecho administrativo interno, como del Derecho internacional público, sin vernos constreñidos por las limitaciones conceptuales y jurisdiccionales que ambos presentan por separado a la hora de abordar la regulación global”*.

5.9.4 Espacio Administrativo global. Las nuevas dinámicas antes descritas, los actores que hacen parte de la Gobernanza global y las recientes estructuras Jurídicas, indican que ciertas funciones regulatorias han dejado de tener un carácter o naturaleza interna (Derecho interno), tornándose en transnacionales o globales. Este fenómeno puede ser apreciado en la elaboración de normas, reglas, estándares o en el ejercicio de actividades globales. Es precisamente aquí donde se combina la acción internacional con los órganos reguladores nacionales, que trabajan y se insertan en pequeñas y medianas redes de coordinación globales, cuyo fin es complementar y condicionar la actividad interna, penetrando en los programas y las decisiones globales sobre los individuos o las empresas. Por casusas como la anterior es que, Kingsbury & Krisch ha llegado a sostener que:

“Regulación y Administración, y como estamos siendo testigos de la aparición de un espacio administrativo global: un espacio en el cual la estricta dicotomía entre Derecho interno y Derecho internacional básicamente ha sido hecha pedazos, un espacio en el cual las funciones administrativas a menudo se implementan en un complejo juego interno entre agentes o funcionarios (officials) e instituciones de diferentes niveles, y en el cual la regulación puede ser altamente eficaz a pesar de sus formas predominantemente no vinculantes”³⁴⁹.

Con el auge de programas regulatorios a nivel global con su debida integración dentro de la esfera estatal, se ha dirimido en parte la clásica dicotomía entre el ámbito interno (nacional) y la coordinación interestatal (Internacional), puesto que en las áreas de regulación y Administración no existe una independencia tal como se formalizaba hace apenas unas décadas. Frente a este tipo de

³⁴⁹ Tomado de <http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>. Revisado el 12 de diciembre de 2017.

comportamientos, los internacionalistas ya no pueden defender, de un modo plausible, que la gobernanza global carece de legitimidad democrática por el mero hecho de que las organizaciones regulatorias a nivel global respondan ante los estados, y porque sus respectivos gobiernos respondan antes sus electores y ante los tribunales.

Al igual que los defensores de un Derecho administrativo interno, no pueden seguir defendiendo su vieja teoría que dice que el control, la vigilancia y la rendición de cuentas respecto de la gobernanza global, se consiguen siempre mediante la proyección del Derecho administrativo interno sobre las decisiones regulatorias del orden nacional. Siguiendo a los investigadores de la Universidad de New York, podemos argumentar que los diferentes modelos y comportamientos que se han descrito en este capítulo, han moldeado un espacio administrativo global, diferente al espacio que ocupan las relaciones intra/inter-estatales, sujetas ya sea a un Derecho nacional o internacional.

El Espacio administrativo global presenta múltiples facetas, en las cuales están incorporadas las cinco categorías de Administración, articuladas por sujetos del orden global y donde el Estado deja de ser el árbitro que impone, regula u ordena, y pasa a ser un actor más en el mismo plano en que se encuentran las ONG, las empresas y lo demás grupos de intereses sociales y económicos.

Podemos concluir que las características de la gobernanza global y del Derecho administrativo global han impulsado un replanteamiento de las ideas ortodoxas o clásicas del ordenamiento jurídico internacional: la distinción entre el Derecho interno y el internacional, la legitimidad basada en el Derecho internacional, la igualdad soberana de los estados y la doctrina de las fuentes, donde el Espacio Administrativo global presente la eliminación de barreras, sobre todo en el campo

económico y financiero, hasta llegar a la noción de territorio, para poder lograr una relativa movilidad de personas, empresas o entes reguladores³⁵⁰.

5.10 CLASES DE ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS EN EL SISTEMA GLOBAL.

En la actualidad el sistema global concebido como la unión conceptual de la gobernanza –multinivel- y el espacio global, han puesto en evidencia la existencia de algunas estructuras organizacionales y sistemas de juridificación, que tienen cabida en el GAL, a partir de la creación o consolidación de tratados, cuyos elementos y funciones de naturaleza administrativa y de control se admiten de varias representaciones, de tal manera que tenemos:

a. Sistemas internacionales basados en tratados internacionales desde los que se regula o intervienen directamente sobre actores no estatales, entendiendo por estos los procedimientos internacionales que en la actualidad ejercer sobre actores particulares una autoridad directa, y que para poder llevar a cabo esto lo hacen bajo su propia organización administrativa y ejercen autoridad pública³⁵¹.

b. Sistemas internacionales basados en tratados en los que la regulación que se lleva a cabo requiere la intermediación estatal, bajo este modelo tradicional, las normas o estándares normativos que se han creado dentro del espacio global, deben; para poder nacer a la vida jurídica, que los actores públicos

³⁵⁰ Sobre este punto se desarrollaron algunas tesis de CASSESE, Sabino. en especial los postulados ofrecidos en: *“El espacio Jurídico Global. En: Revista de Administración pública. Nº 157, 2002, p 11-26; además de, La Globalización Jurídica. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid 2006.*

³⁵¹ Sobre el particular, vale destacar el ejemplo de la Junta Ejecutiva del Mecanismo de Desarrollo Limpio MDL, que determina los proyectos que pueden elegirse y la reducción de gases de efecto invernadero GEI a la que tienen Derecho; las listas de personas que confecciona el Comité de la Resolución 1267 del Consejo de Seguridad de la ONU. Tomado de Op. cit. Kingsbury, Stewart & Krisch. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación.* p. 240.

–estados- que aceptan o suscriben dicha regulación al interior de sus países emitan toda una serie de actos administrativos con destino a su aplicabilidad, y de ser necesario tendrían que emitir una base normativa que supla la regulación administrativa.

Bajo esta concepción se tienen diferentes áreas de análisis. La primera que entiende que los *estados miembros son propiamente las entidades reguladas*; entendemos por este modelo que el órgano legislativo está conformado por el conjunto de los estados que han suscrito y ratificado un tratado, para posteriormente constituir la base legislativa que debe aplicarse en cada sistema jurídico propio de cada País.

De allí que los actores son en su individualidad cada Estado que se ha hecho parte y en su interioridad son responsables por las políticas de aplicación de dicha normatividad; de lo anterior se pueden dar tres modalidades, la de sistemas dotados de órganos administrativos independientes frente a la expedición de normas³⁵², sistemas que cuentan con órganos de control pero no con órganos administrativos³⁵³, y sistemas que cuentan con órganos administrativos y de

³⁵² Tenemos como ejemplo de esta modalidad: Convenio de Londres, Convenio de Bonn, Convenio de Basilea, Convenio sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre –CITES–, instituciones que, mediante mayoría, pueden modificar, cambiar o transformar los convenios o sus anexos sin someterlos a ratificación de cada Estado para que entren en vigencia. Tomados de KINGSBURY, STEWART & KRISCH. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Op. Cit. p. 242

³⁵³ Vale la pena destacar que un ejemplo claro sobre este particular se da en materia de derechos humanos, puesto que sus tratados incluyen cláusulas para presentar demandas individuales para acceder a la tutela judicial a efectos de que examinen las actuaciones estatales, como el Tribunal Europeo de derechos humanos. El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, ratificado por 104 Estados, dispone un protocolo facultativo mediante el cual los estados autorizan al Comité de DDHH a revisar las denuncias presentadas por personas víctimas de violación a uno o varios derechos reconocidos en el Pacto. La Corte Interamericana de DDHH tiene un enfoque distinto respecto a la fiscalización del cumplimiento del Sistema de Protección Internacional por parte de los estados, pues las personas deben primero acudir a su órgano administrativo que es la Comisión Interamericana de DDHH, que es el único órgano que puede presentar la demanda ante la Corte. Esta Comisión investiga las denuncias presentadas y decide discrecionalmente cuáles eleva ante la Corte para su enjuiciamiento; las resoluciones que expide son vinculantes para los estados que han ratificado la Convención. (Op. cit. KINGSBURY, STEWART & KRISCH. *Hacia el Derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. p. 246.)

control³⁵⁴. La segunda forma de entender esta manifestación se da cuando los estados miembros tienen una doble actuación: como administradores y como agentes de implementación, es decir que sus manifestaciones colectivas se dan como órgano legislativo, o individualmente como responsables de hacer y desarrollar el marco normativo local; en otras palabras, se tendrían dos actuaciones: una por fuera de su territorio, es decir en el espacio global y, una segunda, con tendencia a la interioridad estatal, para consolidar lo que previamente debió pactarse. Pensemos un poco en el modelo de la Unión Europea, donde los estados miembros implementan y aplican la regulación de esta, y su ejecución queda bajo la supervisión de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia

c. **Sistemas complejos**, quizá la mejor manera de entender este tipo de sistemas es cuando se piensa en la complejidad en razón a que deben confluir características singulares de *delegación, especialidades normativas y potestades administrativas*, a lo cual no todos los actores globales han podido sino acertar o al menos enfatizar, pues requiere para su ejecución una transformación real y efectiva de los sistemas administrativos locales, creando espacios de desarrollo global.

Entiéndase bajo esta modalidad el conducto regular que sigue el **ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro**, quien actuó por fuera del margen del Estado colombiano acudiendo a esta instancia, para lograr que se protegieran sus derechos como agente directo del Estado y como particular. Solo que ahora, bajo la lupa del GAL, tendrá cabida desde la inexistencia de un órgano administrativo de control en materia de Derechos humanos o si quisiéramos ahondar más, la inexistencia de criterios globales en determinado Estado, hace que se acuda a este tipo de órganos que, si bien son internacionales, también pueden observarse como es este caso desde el GAL.

³⁵⁴ Piense en el Panel de Inspección del Banco Mundial

6. ALGUNAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DENTRO DEL GAL

En los capítulos anteriores hemos tratado de hacer una revisión general del proceso de construcción y evolución del Derecho administrativo, mostrando diferentes enfoques, inclinándonos por aquel que considera esta Ciencia jurídica como la destinada a ocuparse de los asuntos complejos, variados y cambiantes que atañen a la Administración Pública, entendiendo esta como aquella actuación que emana del Estado y se cumple a través de sus servidores directos, indirectos, de particulares o de ambos, ya del orden nacional o, ahora también, del orden global. En este sentido procuramos mostrar la nueva tendencia de esta especialidad bajo la denominación de Derecho administrativo global, estudiando los principales elementos sustanciales, organizacionales, subjetivos y procedimentales que esta línea de pensamiento jurídico viene desarrollando para entender y comprender con mayor claridad su proceso de mutación.

Este capítulo lo hemos reservado al estudio de dos casos específicos que consideramos emblemáticos para entender la necesidad de empezar a adecuar nuestro ordenamiento jurídico a las exigencias que, problemas domésticos como los que acá se analizan, resultan desprovistos de una clara fórmula jurídica de solución, bien por las características propias y complejas de donde proviene la actuación, que desborda las regulaciones y controles nacionales, o bien por ejercicio arbitrario y/o excesivo de funciones administrativas o de poder punitivo del Estado que ocasionan la participación de organismos supraestatales obligados a intervenir para garantizar derechos fundamentales. Estamos refiriéndonos al transporte de pasajeros UBER y a la anulación de la destitución del ex alcalde de Bogotá, Gustavo Francisco Petro Urrego, casos estos que, en nuestro análisis, se ven permeados por el espacio jurídico global; es decir, desde ya podemos afirmar que los mismos participan, el primero, o derivaron su solución, el segundo, de la estructura que se viene diseñando en el campo del GAL. En efecto, como lo demostraremos, uno de los casos aún no ha tenido solución legal ni jurídica, no

obstante los intentos de la Administración por calificar su funcionalidad como ilegal, ni han podido regularla ni tampoco prohibirla formal y expresamente. El otro caso, siendo también de estirpe administrativa, fue necesario desbordar los linderos de la competencia nacional, para entender que el marco jurídico normativo ya no es soberano cuando se atenta contra especiales derechos de sus ciudadanos, pues su desconocimiento, por más legitimación que contenga en el ejercicio funcional del operador administrativo, elevado incluso a la primera autoridad del Estado, no resulta totalizadora, pues existen autoridades supraestatales que demarcan y controlan sus excesos, omisiones o inobservancias.

Procederemos entonces a tratar cada uno de los casos previstos en este trabajo, con el fin de entenderlos a la luz de la nueva tendencia del Derecho administrativo; es decir, a partir de considerar que existen actividades de la Administración estatal que ya no se pueden regular local o aisladamente sin la participación de actores, ordenamientos, estructuras, tecnologías, modelos económicos, decisiones, acuerdos y demás, que subyacen en la órbita supraestatal, en el universo jurídico, recogidos en buena hora por el Derecho administrativo global, producto de los cambios generados principalmente desde finales del siglo XX, como consecuencia de los avances en las tecnologías de la información y las comunicaciones, la sensibilidad de los derechos humanos, las migraciones, los nuevos valores sociales en términos de igualdad de género, inclusión social, paz, medio ambiente, entre otros³⁵⁵, que incidirán definitivamente en la necesidad de transformar los estados y adaptar y adecuar sus administraciones.

³⁵⁵ INGLEHART, Ronal. Modernización y posmodernización. El cambio cultural, económico y político en 43 sociedades. Traducción María teresa Casado. Editorial Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2001.

6.1 ESTUDIOS DE CASO

6.1.1 Caso Petro. Producto del proceso de elección popular, instituido en nuestro ordenamiento constitucional desde el año 1986³⁵⁶, el 1 de enero de 2012 se posesiona como Alcalde mayor del distrito capital de Bogotá el señor Gustavo Francisco Petro Urrego, quien, de acuerdo con las normatividad vigente, es el jefe de gobierno y de la Administración distrital y la primera autoridad de policía de la ciudad³⁵⁷, para el período constitucional 2012-2015.

Su Administración territorial, dentro del marco constitucional del Estado unitario³⁵⁸, se regulará por su propio plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas adoptado para dicho período³⁵⁹, delimitado a través de tres ejes fundamentales: (i) una ciudad que reduce la segregación y la discriminación: el ser humano es el centro de las preocupaciones del desarrollo; (ii) un territorio que enfrenta el cambio climático y se ordena alrededor del agua; y, (iii) una Bogotá en defensa y fortalecimiento de lo público; esta será su hoja de ruta durante su gobierno.

No obstante estar precedida de la elección popular, la Administración del Alcalde se ejerció dentro de un entorno político polarizado y hostil por razones que no son pertinentes estudiar en este espacio; simplemente referimos este aspecto para

³⁵⁶ En 1986, en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, el Congreso de la República expidió el acto legislativo No. 1 adoptando la elección popular de alcaldes para los municipios y el distrito especial de Bogotá, institución esta que fue acogida y ampliada en la Constitución Política de 1991 a gobernadores de los departamentos, fortaleciendo así el carácter democrático y participativo de esta carta política.

³⁵⁷ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto constitucional 1421 (Julio 21 de 1993), por el cual se dicta el régimen especial para el distrito capital. Art. 35.

³⁵⁸ La forma unitaria de nuestra república, en la que ha permanecido gran parte de su vida institucional, fue objeto de mayor flexibilización, por lo menos teórica, en la constituyente de 1991, pues nuestra carta política, no obstante mantener dicho modelo estatal, amplió su naturaleza al fortalecimiento de la descentralización y la autonomía territorial (art. 1), precepto clave para entender las tendencias globales y locales.

³⁵⁹ COLOMBIA. CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C. Anales del Concejo. Acuerdo 489 del 12 de junio de 2012.

meramente indicar que los avances en materia de descentralización territorial, por servicios, fiscal y por privatización, en nuestra cultura jurídica están sometidos a los propios criterios interpretativos de quienes abarcan mayor poder político, gubernativo y, tal vez, judicial, en un determinado momento. Así quedó demostrado claramente en el caso que pretendemos analizar.

En concreto, el caso bajo la denominación del primer apellido del ex alcalde, tiene su génesis en el artículo 30 del plan de desarrollo ya referido, que hace parte del eje dos, en el que se contiene la nueva política pública que en materia de aseo se implementaría en la ciudad, bajo la denominación de *programa basura cero*. La adopción y ejecución de la misma, a nuestro modo de entender, se fundamentó en dos hechos determinantes: (i) la situación en la prestación del servicio público de aseo por particulares que para ese momento había alcanzado esta evolución en el manejo de las basuras; y, (ii) los distintos pronunciamientos que la Corte Constitucional, producto del accionar de uno de los actores, hasta ese momento desconocidos y excluidos, emitió desde el año 2003, a propósito de la apertura de una nueva licitación pública por concesión. A continuación presentaremos un bosquejo general de estas dos situaciones, con el fin no solo de contextualizar el caso, sino principalmente de entender su lectura a través del Derecho administrativo global.

El tránsito que ha recorrido la prestación del servicio público de aseo en Bogotá³⁶⁰, es un claro ejemplo de la evolución que ha tenido el comportamiento del Estado en distintos momentos, que han impactado su modelo de atención y organización administrativa. En efecto, desde sus inicios, la Administración distrital amplió su estructura, descentralizando algunos servicios como el que se manejaba desde la

³⁶⁰ Para una mayor información sobre la historia del servicio público de aseo en Bogotá, recomendamos la consulta de documentos recuperados en las siguientes direcciones electrónicas: <http://repository.udistrital.edu.co/bitstream/11349/6661/1/VaquirosDiazLuisaFernanda2017.pdf>; http://www.uaesp.gov.co/uaesp_jo/images/documentos/estamos_de_acuerdo.pdf; http://archivobogota.secretariageneral.gov.co/sites/default/files/fondo_documental/10.%20Guia-Empresa-Distrital-Servicios-Publicos.pdf. Recuperados 26 de enero de 2018.

Secretaría de higiene, salubridad y aseo, creando en 1958 la *empresa distrital de aseo*, a través de la cual en adelante se cumplirían las funciones básicas de barrido, recolección y limpieza de la ciudad, la que fue transformada rápidamente en 1960 en *empresa distrital de servicios públicos* conocida como EDIS, a la que le aumentaron la carga funcional extendiéndola a labores atinente a las plazas de mercado, mataderos y cementerios. La empresa así creada, prontamente demostró su inoperancia en la eficiente y oportuna prestación de los servicios a su cargo, producto de las aumentadas responsabilidades, así como del acelerado crecimiento social y urbano de la ciudad.

La anterior situación generó, hacia finales de los años ochenta, un proceso de privatización que se materializó con la expedición de los Decretos 888 de 1988 y 304 de 1991, por los cuales se declaró el estado de emergencia social, sanitaria y de servicios públicos en la capital, permitiéndole a la EDIS subcontratar el servicio de recolección de desechos sólidos, domiciliarios, industriales, comerciales, de productos especiales, plazas de mercado, barrido de calles y limpieza de vías públicas, transporte y disposición final en los rellenos sanitarios de Bogotá, con empresas privadas, disponiendo inicialmente, en la primer emergencia, la entrega del 40% del servicio a los consorcios Lime y Ciudad Limpia, y del 20%, en la segunda emergencia, al consorcio Aseo Capital, quedando la empresa pública distrital a cargo del 40% restante del servicio, entrando además en un proceso de marchitamiento en su sostenibilidad, lo que finalmente se produjo en el año 1993 cuando el Concejo distrital, mediante Acuerdo 41 ordenó su liquidación, dejando en manos de los privados el manejo del 100% en la prestación de este servicio, procediendo la Administración distrital a reemplazar la entidad liquidada por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, creada por el decreto 782 de 1994, la que luego sería reestructurada y transformada, mediante Acuerdo 257 de 2006, en Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, tal y como se le conoce hoy en día.

Con el propósito de estabilizar y asegurar la prestación del servicio de aseo, ahora en manos de particulares, la Administración distrital en el año de 1994, abrió la licitación pública por concesión, para lo cual dividió la ciudad en 7 zonas, adjudicando los contratos a 4 concesionarios: (i) Ciudad limpia y patógenos, (ii) Lime, (iii) Aseo capital y, (iv) Aseo total, Corpoaseo total, Rescatar. Estos operadores suscribieron los contratos por un término de duración de 5 años, ampliados finalmente a 8 años y 11 meses producto de una prórroga al tiempo inicial, y a una prórroga a la prórroga³⁶¹. En consecuencia, la fecha para abrir nueva licitación se proyectó para el año 2002, procediendo la UAESP a iniciar dicho proceso, ahora teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 142 de 1994, que exige la delimitación e inclusión de *áreas de servicio exclusivo*, sometidas a verificación y aprobación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, lo que fue cumplido por la empresa distrital obteniendo aprobación de 6 áreas por 7 años, conllevando la adjudicación a los mismos concesionarios por el término de 8 años ya que las áreas podían ampliar su vigencia 1 año más, por lo que se suscribieron los contratos 53, 54, 55 y 69 de 2003, este último de manera directa al declararse desierta la licitación para el área 6, cuya ejecución terminaba el 15 de septiembre de 2011. Adicionalmente, los concesionarios se obligaron a seleccionar y contratar el 15% de sus trabajadores destinados a cortar el césped, de la población desplazada y recicladora.

Los no favorecidos con el acto administrativo de adjudicación de la licitación No. 01 de 2002, demandaron por su cuenta la nulidad de la resolución No. 96 del 13 de junio de 2003, cuyas resultas procesales finalmente no los favorecieron. Sin embargo, lo que sí resultó determinante, no solo para futuros procesos licitatorios de concesión, sino principalmente en lo atinente a la prestación del servicio de aseo en la capital, fue la decisión que en sala de revisión expidiera la Corte

³⁶¹ Consultar los contratos de concesión C-4018 a C-4021 de 1994.

Constitucional³⁶², producto de la acción de tutela impetrada por la Asociación de Recicladores de Bogotá ARB contra la UAESP, por considerar que les fueron violados sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la actuación de buena fe, al no incluir en los pliegos de condiciones *acciones afirmativas* que permitieran la participación de los recicladores de Bogotá en la prestación del servicio de aseo, pues la actividad que ellos realizan guarda estrecha relación con este servicio. Este hecho judicial marcará en adelante la direccionalidad y los derroteros que tendrá que observar la ejecución de esta política pública esencial para la ciudad.

Próximo a vencerse el término de ejecución de los contratos de concesión adjudicados en el 2003, la UAESP abre el proceso licitatorio de concesión No. 01 de 2010, pero desconociendo nuevamente en los pliegos de condiciones la inclusión de los recicladores, lo que obligó a este gremio a acudir al Juez de tutela (43 penal municipal) en incidente de desacato, para obtener el cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia constitucional de tutela. El juzgado negó el incidente, por lo que la Corte lo tramitó expidiendo el *Auto 091 del 18 de mayo de 2010*, suspendiendo la licitación para, posteriormente emitir el *Auto 268 del 30 de junio de 2010* ordenando la expedición de una adenda a los pliegos, en la que se dispusiera la obligación para los proponentes de presentar sus ofertas, incluyendo la conformación de una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá, cumpliéndose así con lo dispuesto en fallo de tutela de garantizar las acciones afirmativas a esta población que, al estar en condiciones de vulnerabilidad, debe ser sujeto de discriminaciones positivas en dicho proceso licitatorio.

³⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-724 del 26 de agosto de 2003. La Corte falló en sala de revisión, luego de ser negada la tutela en primera y segunda instancia por los juzgados 43 penal municipal y 1 penal del circuito. Decidió declarar carencia total de objeto por hecho superado, en razón a que la licitación ya había concluido con la adjudicación, pero tuteló los Derechos vulnerados protegiéndolos en futuros procesos licitatorios, obligando la inclusión de acciones afirmativas a favor de la población recicladora de Bogotá, así como de los grupos marginados y discriminados que requieren especial protección del Estado.

La decisión proferida generó la conformación de mesas de concertación entre la Administración distrital y el gremio de recicladores, con el objeto de acordar el diseño del sistema de reciclaje y el modelo de rutas de recolección selectiva, dando como resultado la apertura del proceso de licitación por concesión No. 01 de 2011, en el que nuevamente se descoció la participación de la población de recicladores en condiciones de vulnerabilidad, por lo que, producto del trámite incidental de desacato, la Corte Constitucional ordena, mediante *Auto 183 del 18 de agosto de 2011*, suspender el proceso contractual por persistir la duda en la trasgresión de los deberes estatales de incluir medidas de protección a los grupos discriminados o marginados, desconociéndose así no solo la decisión judicial sino específicas disposiciones constitucionales, decisión ésta cumplida por la UAESP a través de la resolución No. 522 del 18 de agosto de 2011, en la que también se declaró la *urgencia manifiesta*, pues los contratos estaban próximos a vencerse y se debía garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de aseo. En consecuencia, el 16 de septiembre de 2011 se suscribieron, por el término de 6 meses y mediante la modalidad de contratación directa habilitada por la declaración de urgencia, los contratos 157E a 160E con operadores privados, cuyo plazo de ejecución terminaba el 16 de marzo de 2012, fecha esta para la cual la ciudad capital contaría con nueva Administración en cabeza de Gustavo Petro.

Finalmente, la licitación suspendida quedó sin efectos mediante el *Auto 275 del 19 de diciembre de 2011*³⁶³ emitido por la Corte Constitucional, al considerar que la entidad distrital había incumplido, tanto lo dispuesto en la sentencia de tutela del 2003, como en el Auto 268 del 2010, por lo que la nueva Administración distrital, a través de la UAESP, expidió la resolución No. 065 del 8 de febrero de 2012 declarando una *segunda urgencia manifiesta* que permitiera, de un lado, asegurar

³⁶³ Las órdenes impartidas por la Corte para dejar sin efectos la licitación de 2011, fueron, entre otras: (i) Definición y seguimiento al esquema de metas a corto plazo; (ii) intervención de la CRA; definición y revisión de los parámetros para la prestación de servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos; (iii) regularización de la población de recicladores; (iv) actualización del censo de recicladores.

la continuidad en la prestación del servicio de aseo ante el inminente vencimiento contractual, procediendo a suscribir el 17 de marzo los contratos de concesión 013 a 016, con una duración de 6 meses, y del otro, cumplir con lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto del 2011, lo que realizó el 30 de marzo remitiendo al máximo Tribunal constitucional el documento que contenía el cumplimiento de lo ordenado, bajo el nuevo modelo de desarrollo de la política pública *basuras cero*; otro tanto hizo la CRA, pues también fue requerida, dentro de los parámetros de colaboración armónica entre entidades públicas, para que estableciera los lineamientos generales para la ejecución de actividades complementarias de aprovechamiento de residuos sólidos. La Corte Constitucional, mediante *Auto 084 del 19 de abril de 2012*, declaró el cumplimiento a lo ordenado, por parte de los entes obligados a ello.

El plan de inclusión de acciones afirmativas establecidas bajo el nuevo gobierno distrital, distinguió dos esquemas: (i) de prestación del servicio de aseo en sus componente de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables, mediante concesión de áreas de servicio exclusivo por operadores privados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 142 de 1994; y, (ii) de residuos aprovechables a cargo de empresas de recicladores con asignación de rutas exclusivas. Igualmente, se plantearon metas globales para su cumplimiento como la difusión y conocimiento para toda la población capitalina del programa de *basuras cero*, con el objeto de obtener la separación en la fuente y la disposición del material recuperable en rutas de recolección selectiva; reorganización del servicio público de aseo para facilitar la labor recicladora en óptimas condiciones; formalización total de la población recicladora, con remuneración estable y acceso a la seguridad social; cubrimiento del servicio de aseo de material aprovechable con rutas ecológicas; asegurar la sostenibilidad técnica, económica y financiera del modelo empresarial construido con la población recicladora, todo lo cual se armonizó con el eje 2 del plan de desarrollo expedido en junio de 2012.

Frente a este nuevo esquema, el 16 de agosto la Administración distrital decidió prorrogar los contratos de concesión que se vencían el 17 de septiembre, por 3 meses más, es decir hasta el 17 de diciembre de 2012. Adicionalmente, y durante este término, la UAESP suscribió con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB, el contrato interadministrativo No. 017 del 11 de octubre de 2012, con el fin de garantizar, a través de esta entidad, el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, evitando de esta manera una nueva declaratoria de incumplimiento en el proceso licitatorio para la prestación del servicio de aseo. A partir de este contrato entre entidades distritales, se generó toda una actuación dirigida a hacer efectiva la nueva política pública *basuras cero* en la ciudad capital, adoptada desde el mes de junio en el plan de desarrollo, cumpliendo de esta manera, además, con lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela y en los autos ya referidos. En consecuencia, la EAAB por el mes de octubre, adelantó procesos de contratación para la adquisición de maquinaria y equipos de aseo que permitiera ir asumiendo la prestación directa de este servicio público, pues para el gobierno distrital era claro que durante su ejecución por concesión, se había generado una práctica monopolística por parte de los privados que fue calificada, en algún momento, como *cartelización del aseo en Bogotá*, además de cuestionar también la fórmula pactada contractualmente para recuperación de la inversión por los concesionarios, la que resultaba favoreciendo altamente sus propios intereses.

Con el propósito de fortalecer su capacidad de respuesta frente a la apremiante situación que claramente se podía presentar por la no renovación de los contratos y por la falta de apertura de la licitación pública, la que no se iniciaba principalmente por la ausencia de unos pliegos de condiciones que equilibrara financieramente la operación contractual por concesión, abierta además al sector público, la Administración Distrital, a través de la EAAB suscribió, el 4 de diciembre, muy próximo al vencimiento de las prórrogas contractuales, un contrato interadministrativo con la empresa Aguas de Bogotá, entidad esta que se

constituiría en el operador del servicio público de aseo para toda la ciudad, el cual se prestaría a través del personal cesante de los concesionarios y de los que se vincularan por convocatoria urgente, utilizando los vehículos y demás bienes que, producto de la cláusula de reversión legal y contractualmente pactada, retornarían al distrito, así como de los equipos y vehículos que se pusieran al servicio por vía del arrendamiento de los mismos, mientras se contaba con los propios cuya adquisición ya estaba adelantando la EAAB.

Adicionalmente, la Alcaldía mayor de la ciudad expidió el marco normativo que permitiría asegurar la operación distrital en la prestación del servicio público de aseo, el cual se formalizó en dos decretos muy importantes: (i) decreto No. 564 del 10 de diciembre de 2012 y, (ii) decreto 570 del 14 de diciembre de 2012, a través de los cuales se dictaron disposiciones para asegurar la prestación del servicio de aseo en el Distrito y se dio cumplimiento a la sentencia de tutela y los autos emitidos por la Corte Constitucional, el primero, y se declaró el estado de prevención y alerta amarilla para el manejo y control de residuos sólidos urbanos, el segundo. De los mismos, y para efectos de nuestro estudio, queremos destacar un aparte de la motivación contenida en el primero de los actos administrativos citados:

“Que la Resolución A/RES/64/292, de la Asamblea General de la Naciones Unidas, proclama en su sesión plenaria del 28 de julio de 2010, lo siguiente:

-“Reconoce que el Derecho al agua potable y el saneamiento es un Derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los Derechos humanos;

-Exhorta a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por

proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y el saneamiento;

-Acoge con beneplácito la decisión del Consejo de derechos humanos de pedir a la experta independiente sobre las obligaciones de Derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento que presente un informe anual a la Asamblea General, y alienta a la experta independiente a que siga trabajando en todos los aspectos de su mandato y a que, en consulta con todos los organismos, fondos y programas pertinentes de las Naciones Unidas, incluya en el informe que le presente en su sexagésimo sexto período de sesiones las principales dificultades relacionadas con el ejercicio del Derecho humano al agua potable y el saneamiento y su efecto en la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio³⁶⁴.

Este decreto dispuso la adopción de un *esquema transitorio del servicio de aseo*, cuyo término se extendía hasta cuando se adjudicaran los contratos de concesión por licitación pública. También determinó la organización operativa y administrativa de la actividad de reciclaje, la remuneración de los recicladores de oficio, y la obligación de incluir cláusulas de garantías salariales y prestacionales para el personal que contrate directamente las empresas públicas o los concesionarios para la prestación de servicio, bajo la denominación de trabajo decente.

El segundo de los decretos expedidos fundamentó su decisión en razón a que la misma Administración distrital, por cuenta del informe de interventoría a la ejecución de los contratos en concesión, advirtió que la ciudad podía entrar en crisis en la recolección de basuras en al menos 636 puntos de la ciudad, producto de los retardos en la recolección de residuos sólidos que estaban presentando los operadores contratados, adoptando medidas de contingencia, entre las que

³⁶⁴ Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, “*por el cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo*”, expedido por el Alcalde mayor de Bogotá.

destacamos la autorización del uso de vehículos tipo volquetas, debido a que fue uno de los motivos en los que se basó el operador disciplinario para sancionar al Alcalde mayor. Complementariamente, y frente a este panorama, la UAESP expidió la resolución No. 768 del 17 de diciembre de 2012, cuyo objeto contenido en el título de la misma, por demás anti-técnico en materia de elaboración de actos administrativos³⁶⁵, fue el de declarar nuevamente la urgencia manifiesta en esta materia.

La anterior descripción resulta útil para entender las decisiones que se tomaron y ejecutaron, a finales del año 2013 y principios de 2014, por los máximos órganos disciplinarios y administrativos del Estado; valga decir, la Procuraduría General de la Nación y la Presidencia de la República, en punto a decidir la destitución del Alcalde mayor del Distrito Capital de Bogotá y la inhabilidad por el término 15 años en el ejercicio de cargos y funciones públicas.

En efecto, las determinaciones adoptadas por la Administración distrital en los decretos y resoluciones ya referidos, expedidos en el mes de diciembre de 2012, así como las actuaciones desplegadas en torno a la implementación del nuevo modelo de *basuras cero*, fueron objeto de investigación por el supremo órgano de control disciplinario de la función pública³⁶⁶, proceso este que concluyó con la

³⁶⁵ Transcribimos el título de la resolución: *“Por la cual se declara la urgencia manifiesta con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, con excepción del material potencialmente reciclable y cuya recolección corresponda a la población recicladora de oficio bajo el esquema de inclusión implementado por el Distrito Capital a través de la UAESP, el barrido, la limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva; dar cumplimiento al Auto de la Corte Constitucional No. 275 del 19 de diciembre de año 2011, por el cual se obliga a la UAESP a ejecutar acciones afirmativas que hagan efectiva la inclusión de la población recicladora de oficio en la actividad del aprovechamiento, y al Decreto Distrital No. 564 del 10 de diciembre de 2012, por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012”*

³⁶⁶ La Procuraduría expidió auto de apertura de investigación disciplinaria contra el Alcalde Gustavo Petro el 16 de enero de 2013, por tres conductas disciplinables relacionadas con los

expedición, por la sala disciplinaria de la Procuraduría, del acto administrativo sancionatorio de fecha 9 de diciembre de 2013, mediante el cual se impuso la sanción de destitución e inhabilidad arriba indicada. Este acto, que fue recurrido por el sancionado en oportunidad procesal, se confirmó en sede de reposición mediante decisión del 13 de enero de 2014.

Las decisiones sancionatorias generaron reacciones encontradas en la opinión pública capitalina, y no obstante evidenciarse una apreciación mayormente generalizada de un posible desbordamiento del ejercicio del poder disciplinario, fueron los electores del alcalde quienes se sintieron igualmente atropellados con la medida impuesta a su elegido, pues de esta manera también consideraron desconocido su derecho político fundamental a elegir y ser elegidos. Esta situación llevó a algunos a hacer uso del medio de protección a los derechos fundamentales previsto en la Constitución Política, instaurando acciones de tutela, actividad esta que fue calificada por la prensa como la *tutelatón* y que algunos medios registraron como promovidas por seguidores cercanos al alcalde. Cualquiera que haya sido la razón, lo que sí se debemos destacar son las decisiones, también encontradas, de los jueces de tutela; algunos concedieron la protección, otros la negaron, lo que finalmente se decidió unánimemente en las segundas instancias negando la acción en razón a que el sancionado disponía de otro medio de control específico previsto en el ordenamiento jurídico para atacar los actos administrativos sancionatorios³⁶⁷. Este fue el argumento jurídico que esgrimió el contencioso administrativo al negarle la tutela al propio Alcalde mayor, sin embargo el recurrente había acudido a la Comisión Interamericana de

contratos interadministrativos suscritos entre la UAESP y la EAAB, la EAAB y Aguas de Bogotá, y los decretos 564 del 10 de diciembre y 570 del 14 de diciembre de 2013 expedidos por el Alcalde mayor. El 20 de junio de 2013, la sala disciplinaria formuló pliegos de cargos contra el Alcalde por tres faltas disciplinarias calificadas así: (i) dos, previstas en el artículo 48, numerales 31 y 60 de la ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único, a título de dolo; y, (ii) una, establecida en el mismo artículo 48, numeral 37, a título de culpa gravísima.

³⁶⁷ Así se pronunció principalmente el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial. También algunas decisiones de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Bogotá y Cundinamarca.

derechos humanos –CIDH-³⁶⁸ con el fin de obtener el decreto de medidas cautelares a su favor, solicitud esta que sí le fue concedida el 18 de marzo de 2014 mediante resolución 5/2014, medida cautelar No.374-13, en la que se dispuso solicitarle al gobierno colombiano la *suspensión inmediata* de los efectos de la decisión emitida el 9 de diciembre de 2013 y ratificada el 13 de enero de 2014 por la Procuraduría General de la Nación, por reunir, el asunto sometido a su conocimiento, los requisitos de *gravedad, urgencia e irreparabilidad* previstos en el artículo 25.2 del reglamento de la CIDH.

No obstante la emisión de la anterior decisión por parte de un organismo supraestatal, que hace parte del Sistema Interamericano de derechos humanos, regido por la Convención Americana de derechos humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, suscrita en 1969, adoptada por el Estado colombiano mediante ley 16 del 20 de diciembre de 1972, cuyo pacto multilateral resulta siendo un instrumento internacional protegido por la propia Comisión Interamericana y por su organismo jurisdiccional transnacional como lo es la Corte Interamericana de derechos humanos, el gobierno nacional decidió desconocerlo y, en su lugar, expidió dos días después, el decreto No. 570 del 20 de marzo de 2014, prefiriendo dar cumplimiento a la decisión de la Sala Disciplinaria de la Procuraduría. La lectura de la parte considerativa o motivacional del decreto resulta interesante en términos de revisar la naturaleza misma de esta clase de actos administrativos, que no es otra que la de ejecución, lo que permite concluir que no requería semejante carga argumentativa para dar cumplimiento a la decisión ya tomada, y a la que se arribó producto del cumplimiento de un procedimiento regulado legalmente, con etapas y términos previamente establecidos. La motivación del acto expedido por el señor Presidente de la Republica pareciera más bien una tácita negación a aceptar la dependencia jerárquica del gobernante a la instancia disciplinaria que la misma Constitución

³⁶⁸ La solicitud de medidas cautelares fue presentada el 28 de octubre de 2013 por el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y por la Asociación para la Promoción Social Alternativa MINGA

dispuso de esta manera. No de otra forma entendemos esta secuencia de hechos innecesaria, pues la decisión ya estaba tomada y, por tanto, el acto a expedir únicamente era el de darle cumplimiento para hacerla efectiva, ni siquiera para darle firmeza, pues esta la había adquirido cuando quedó notificada la ratificación de la decisión, luego de decidirse el recurso de reposición por la instancia disciplinaria.

En el mismo decreto se dispuso el reemplazo del destituido alcalde, encargando de las funciones asignadas al Despacho al Ministro de Trabajo de ese momento, quien permaneció en su ejercicio hasta el 21 de abril, fecha esta que resulta relevante, no solo porque se posesionó la persona que resultó escogida de la terna remitida al Presidente de la República, cumpliendo así lo previsto en el orden jurídico, sino porque en esta misma fecha el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala Civil –Restitución de Tierras-, profirió sentencia amparando los derechos fundamentales a elegir y ser elegido y al *debido proceso internacional*, a un ciudadano que había acudido a esta instancia judicial mediante acción de tutela. Esta decisión le ordenó al Presidente de la República, en el término perentorio de 48 horas siguientes a la notificación de la providencia, dejar sin efectos el decreto 570 del 20 de marzo de 2014 y, como consecuencia de ello, le ordenó tomar las decisiones tendientes a cumplir con la medida cautelar 374-13 del 18 de marzo de 2014 emitida por la Comisión Interamericana de derechos humanos, lo cual fue acatado con la expedición del decreto No. 797 de 23 de abril de 2014, a través del cual dejó sin efectos los decretos 570/14 y 761/14 emitido el 21 de abril y mediante el cual se había encargado de las funciones de la Alcaldía a la persona ternada por el partido de gobierno distrital.

El destituido Alcalde regresó a su cargo y terminó su período constitucional para el que había sido elegido, no obstante, previamente y mediante apoderado, haber

radicado, el 2 de abril de 2014, demanda³⁶⁹ contra la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, con solicitud urgente de medida cautelar de suspensión provisional, ante el Consejo de Estado, cuyo conocimiento inicial por reparto le correspondió tramitarla inicialmente a la sección segunda. La demanda es admitida el 10 de abril y la medida de suspensión provisional de los actos administrativos sancionatorios fue decretada el 13 de mayo de 2014 y confirmada el 17 de marzo del 2015. El 24 de octubre de 2014, por súplica de la demandada, la Sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado avoca el conocimiento del recurso interpuesto contra el auto que concedió las cautelas, y el 23 de junio de 2015 la misma Sala decide asumir el conocimiento del proceso por considerar de importancia jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111.3 de la ley 1437 de 2011, la definición de la competencia del Procurador General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias a los servidores elegidos popularmente, de acuerdo con las normas internas y con el Sistema Interamericano de derechos humanos. El 15 de noviembre de 2017 se profiere sentencia de única instancia accediendo a las pretensiones de la demandante, declarando la nulidad de los actos y condenando a la demandada al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir por el Alcalde durante el tiempo que estuvo destituido, esto a título de restablecimiento de su derecho. Adicionalmente, *exhorta* al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación para que en el plazo de 2 años, los que vencen en diciembre de 2019, implementen las reformas que permitan otorgarle plena vigencia interna al artículo 23 de la Convención Americana de derechos humanos, de acuerdo con las consideraciones y la *ratio decidendi* de la sentencia.

Debemos indicar que el accionante fundamentó su demanda en 8 elementos de orden jurídico y fáctico que consideró violatorios de sus derechos y de la

³⁶⁹ Al trámite procesal puede ser consultado con el número de radicación 110010325000201400460 00. Aquí aparecen registradas todas las actuaciones que se surtieron durante 3 años y 6 meses.

normatividad vigente, así: (i) violación directa de la Constitución Política, (ii) *violación de normas internacionales*, (iii) violación directa de la ley, (iv) inexistencia de ilicitud sustancial, (v) ausencia de culpabilidad, (vi) inexistencia de culpabilidad, (vii) falsa motivación y (viii) desviación de poder. Sin embargo, nuestro análisis se centrará principalmente en los tres primeros puntos, pues los mismos constituyen materia esencial del propósito planteado en el estudio de este caso; los demás se tratarán muy genéricamente, ya que su debate se resuelve desde lo puramente local a la luz del ordenamiento nacional, principalmente el de orden administrativo-disciplinario.

El análisis que realiza la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado para llegar a la conclusión que el Procurador General de la Nación no tiene competencia para imponer sanciones que restrinjan derechos políticos a los servidores públicos que sean elegidos popularmente, por faltas disciplinarias originadas en conductas que *no constituyan actos de corrupción*, tiene como base jurídica dos fuentes esenciales de derecho: (i) una, de orden constitucional, legal y jurisprudencial nacional y, (ii) otra, de estirpe convencional y jurisprudencial Internacional o global.

Así, entonces, la Corte partió de revisar el marco legal de competencia del órgano sancionador, teniendo en cuenta los derechos fundamentales comprometidos con las decisiones disciplinarias, principalmente los políticos establecidos en el artículo 40 y los de la ciudadanía, la limitación a su ejercicio y su pérdida previstas en los artículos 98, 99, 122, 172, 177 y 191 de la Carta Política, por lo que consideró que las atribuciones constitucionales para afectar este importante derecho derivan de los artículos 277 y 278, los cuales legitiman la actuación sancionadora del Procurador sobre las conductas disciplinables en las que incurran los servidores públicos, incluso los de elección popular. Esta facultad constitucional encuentra respaldo legal en la ley 734 de 2002 CDU, la que, para el caso en estudio regula, en el artículo 40, las clases de sanciones a aplicar: (i) *destitución e inhabilidad*

general, cuando se cometen faltas gravísimas dolosas o con culpa gravísima, y (ii) *suspensión e inhabilidad especial*, para faltas graves dolosas o gravísimas culposas³⁷⁰.

De otro lado, y como quiera que el asunto clave del litigio se centró en la competencia del Procurador, no para sancionar disciplinariamente a los servidores públicos, incluidos los de elección popular, la que de la simple lectura de las normas antes referidas no ofrece ninguna duda, sino, fundamentalmente, para establecer si también lo era para restringir los derechos políticos de aquellos, sin que medie un proceso judicial que concluya con sentencia de Juez penal, pues así lo dispone el Artículo 23 de la Convención Americana de derechos humanos³⁷¹, a la que ya hemos hecho mención. Sobre este asunto concentró su análisis el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo en sala plena, partiendo de establecer la vigencia de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico, con base no solo en la ley aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica (ley 16 de 1972) y del artículo 93 de la Constitución Política que integra los tratados y convenios internacionales ratificados y aprobados al bloque de constitucionalidad, sino principalmente en razón a que el pacto multilateral suscrito, está protegido por organismos supraestatales de orden administrativo y jurisdiccional transnacional como son la Comisión Interamericana de derechos humanos³⁷² y la Corte

³⁷⁰ Ver nota 366. Recuérdese que al Alcalde se le imputaron 3 conductas disciplinarias así: (i) dos a título de dolo; las previstas en el artículo 48 numerales 31 y 60, y (ii) una a título de *culpa gravísima*, artículo 48 numeral 37.

³⁷¹ CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 23. Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su País. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por el juez competente, en proceso penal”. Documento extraído en diciembre de 2017 de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

³⁷² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “I. NATURALEZA Y PROPÓSITOS. Artículo 1. 1. La Comisión Interamericana de derechos humanos es un órgano de

Internacional de derechos humanos³⁷³, respectivamente, lo que nos obliga como Estado a hacer parte del Sistema Interamericano de derechos humanos y, en términos del Derecho administrativo global, a integrar el *espacio jurídico global* y la *gobernanza global*.

Para despejar el problema planteado, el Consejo de Estado trae al litigio tres sentencias emitidas por la Corte IDH: (i) caso Yatama vs Nicaragua del 23 de junio de 2005, en la que se dijo que *“la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones”*³⁷⁴, y en la que se precisaron también los principios a los que debe estar sujeta la reglamentación de las restricciones como son los de *legalidad, finalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida*; (ii) caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos mexicanos del 6 de agosto de 2008, en la que reiteró la obligatoria observancia, por parte de los estados parte, de los principios establecidos en la sentencia anterior al momento de reglamentar las restricciones a los derechos políticos de los ciudadanos por aplicación del artículo 23.2 de la Convención. Consideró que *“la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforman la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana”*³⁷⁵; y

la Organización de los Estados Americanos creada para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia...” Estatutos de la Comisión Interamericana de derechos humanos, documento rescatado el 10 de diciembre 2017 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>

³⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES. ARTÍCULO 1. *Naturaleza y Régimen Jurídico. La Corte Interamericana de derechos humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre derechos humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto*”. Estatuto de la CIDH. Documento extraído diciembre 10 2017, de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>.

³⁷⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MP. Cesar Palomino Cortés. Radicado 110010325000201400360 00. No. Interno 1131-2014. Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación. Bogotá 15 de noviembre de 2017. Folio 22.

³⁷⁵ *Ibíd.* Folios 20 y ss.

(iii) caso Leopoldo López vs Venezuela del 1 de septiembre de 2011, en la que realizó importantes precisiones al indicar que *“En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un ‘juez competente’ [fue la Contraloría General de la República de Venezuela], no hubo ‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’...”*³⁷⁶. Estas fuentes jurisprudenciales supraestatales le permitieron al Contencioso concluir que para la Corte IDH las autoridades que no sean judiciales, como serían las administrativas, carecen de competencia para limitar derechos políticos, por vía de sanciones, a los servidores de elección popular que accedan a cargos públicos por sufragio pasivo, lo que fue aplicado, concluye el Consejo de Estado, por la Comisión Interamericana de DDHH en la resolución que concedió las medidas cautelares al Alcalde Petro.

Ahora bien, complementario con lo anterior, y con el fin de precisar el alcance que sobre la competencia del Procurador hiciera nuestra Corte Constitucional a partir de la debida aplicación del artículo 23.2 de Convención ADH, la Sala Plena Contenciosa estudió cuatro pronunciamientos de constitucionalidad y dos sentencias de unificación, advirtiendo que el tema no ha sido tratado pacíficamente, pues allí se presentan posturas cambiantes e interpretaciones variadas, por lo que decide entonces abordar su estudio precisando tres criterios así: (i) criterio restrictivo o limitado. (ii) criterio integrador. (iii) criterio de interpretación amplia³⁷⁷.

El primero de los criterios enunciados resulta del estudio hecho a las sentencias C-551 de 2003³⁷⁸ y C-541 del 2010³⁷⁹, a través de las cuales la Corte

³⁷⁶ *Ibíd.* Folio 23.

³⁷⁷ *Ibídem.* Folios 25 y ss.

³⁷⁸ Mediante esta sentencia la Corte Constitucional realizó examen de constitucionalidad a la ley 796 de 2003, por la cual se convocó a referendo y a aprobación del pueblo un proyecto de reforma

Constitucional determinó que lo previsto en el artículo 23.2 de la Convención ADH, encuentra aplicación clara y suficiente a través de lo dispuesto en la segunda parte del inciso final del artículo 122 de la Carta Política, incorporado por acto legislativo No. 1 de 2004, pues la inhabilidad que allí se previó se presenta cuando el servidor público es condenado penalmente por conductas dolosas o gravemente culposas. Por tanto, la interpretación se realiza en aplicación de los principios *Pacta Sunt Servanda* previsto en el artículo 9 constitucional, y *favorabilidad o pro hominem* el que, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, permite la interpretación a favor de aquella que armonice con los tratados y convenios internacionales ratificados por el País, la que además protege los derechos de las personas.

El segundo criterio denominado integrador por el Consejo de Estado, resulta del análisis a la sentencia C-028 del 2006, a través de la cual la Corte Constitucional se pronunció en torno a la constitucionalidad de varias disposiciones previstas en la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, especialmente los artículos relacionados con las *clases de sanciones* (44.1), *definición de las sanciones* (45.d) y *límite de las sanciones* (46), de donde concluyó que la Procuraduría General de la Nación tenía competencia para sancionar a los servidores públicos de elección popular, cuando sus conductas provengan de *actos de corrupción*. En efecto, la Corte aplicó el criterio dinámico y evolutivo de interpretación de la Corte IDH en relación con lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención ADH, según el cual los tratados de derechos humanos son *“instrumentos vivos, cuya interpretación tiene*

constitucional, cuya primera pregunta fue la única que contó con la aprobación popular y, por tanto, se incorporó a la Carta Política mediante acto legislativo No. 1 del 7 de enero de 2004 como inciso final del artículo 122. La segunda parte de este nuevo inciso expresa lo siguiente: *“Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”*.

³⁷⁹ A través de esta sentencia la Corte Constitucional decretó la cosa juzgada constitucional del artículo 4 del acto legislativo No. 1 del 14 de julio de 2009, el cual modificó la primera parte del inciso final del artículo 122 de la Constitución Política, incorporado mediante el acto legislativo 1 de 2004, aprobado por referendo popular.

*que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*³⁸⁰, lo que condujo al guardián constitucional a precisar el alcance del artículo 23.2 en nuestro ordenamiento jurídico, armonizándolo con otros instrumentos vivientes de orden global y regional de lucha contra la corrupción, determinando que la ley nacional puede establecer “*sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción*”³⁸¹. En este orden, la restricción a los derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, producto de sanciones disciplinarias, quedó supeditada a que las conductas objeto de reproche tengan origen en actos de corrupción, sólo de esta manera se debe entender el alcance del artículo 23.2 de la Convención. En consecuencia, como bien lo advierte el Consejo de Estado, se precisó el alcance competencial del órgano administrativo sancionador de conductas disciplinables para esta clase de servidores, vinculados por sufragio pasivo, pero nada dijo del ejercicio de dicha competencia cuándo se trate conductas que provengan de causas distintas, lo cual habilitó al contencioso administrativo para ejercer el control de convencionalidad en este específico aspecto.

Para arribar a la anterior decisión, el Consejo de Estado también estudió dos sentencias de unificación, bajo el criterio que denominó *amplio*, emitidas posteriormente por la Corte Constitucional y que corresponden a la SU-712 de 2013³⁸² y SU-355 de 2015³⁸³, en las que fijó el alcance de la competencia del Procurador para sancionar con *destitución e inhabilidad* a los elegidos popularmente, sin tener en cuenta, ni la naturaleza de la conducta, ni la del

³⁸⁰. Sentencia Consejo de Estado. MP Cesar Palomino C. Folio 26.

³⁸¹. Sentencia Consejo de Estado. Folio 26.

³⁸² Mediante esta sentencia la Corte Constitucional negó la acción de tutela presentada por la ex senadora Piedad Córdoba contra el fallo disciplinario que la destituyó e inhabilitó para ejercer cargos públicos por 18 años.

³⁸³ Por la cual la Corte Constitucional en Sala de revisión, confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela impetrada por el ex alcalde Gustavo Petro, confirmada en segunda instancia por la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado

operador; es decir, adoptó el criterio abierto sin importar si se trataba o no de actos de corrupción, como tampoco si la sanción la imponía una autoridad judicial o una de carácter administrativo. Así lo expresó en la primera de las sentencias referidas, en la que consideró que tanto las sanciones disciplinarias como las administrativas y penales, corresponden al poder punitivo del Estado y, por tanto, en ciertos momentos son de idéntica naturaleza, lo cual fue ratificado en la segunda de las sentencias de unificación citadas, en la que se hizo alusión al precedente sentado en la anterior sentencia, y en la que se fijó como “*regla de interpretación jurisprudencial*” la competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los funcionarios públicos, incluidos los de elección popular, excepción hecha de los amparados con fuero específico³⁸⁴.

No obstante lo indicado, y con base en las conclusiones a las que llegó el Consejo de Estado producto del análisis, bajo el criterio integrador, de la sentencia C-028/2006, así como lo resuelto en la sentencia C-500 del 16 de julio de 2014³⁸⁵, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió asumir el *control de convencionalidad* en punto a determinar la competencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar, con destitución e inhabilidad, a los servidores públicos que ocupen cargos de elección popular, por conductas que no constituyan casos de corrupción, en razón a que la Corte Constitucional no examinó estos preceptos y reglas y, por tanto, sólo constituyó *cosa juzgada constitucional parcial*, habilitándose de esta manera la competencia al Contencioso.

³⁸⁴ Sentencia Consejo de Estado. MP Cesar Palomino C. Folio 28 y ss.

³⁸⁵ En esta sentencia la Corte Constitucional resolvió la constitucionalidad del artículo 44.1 de la ley 734 de 2002: “*estarse a lo resuelto en la sentencia C-028/2006*” declarándolo exequible, al igual que la expresión *destitución e inhabilidad general* prevista en el mismo artículo.

Del ejercicio de tan importante control, podemos destacar los siguientes puntos³⁸⁶: **(i)** la *legitimidad de la competencia del Consejo de Estado para ejercer el control de convencionalidad*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de la Constitución Política, los artículos 26 y 27 de la ley 32 de 1985, que aprobó la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, en relación con los principios de *buena fe* en el cumplimiento de los tratados, *pacta sunt servanda* y la *prohibición de invocar el derecho interno para incumplir los tratados internacionales*, y la jurisprudencia de la Corte IDH que, como órgano supraestatal que es, tiene fuerza vinculante y obliga su acatamiento por los estados parte³⁸⁷. **(ii)** La *incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para sancionar al ex alcalde Petro*, en términos de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención IDH y del principio *pacta sunt servanda*, por conductas que no constituyeron actos de corrupción, entendiéndose por estos, los indicados en el *artículo VI de la Convención Interamericana contra la corrupción* suscrita en Caracas en 1996 y aprobada por ley 412 de 1997, lo que además resulta fortalecido jurídicamente con la declaratoria de archivo, por atipicidad objetiva por la Fiscalía General de la Nación, de las posibles conductas punibles denunciadas en contra del ex alcalde. **(iii)** La *protección de los principios de soberanía popular y los democráticos a elegir y ser elegido*, los que fueron cercenados al elegido y nugatorios a sus electores, con la sanción impuesta a aquel, pues para la Sala Plena no era de recibo desconocer el origen de la *esencia y naturaleza del artículo 23 de la Convención IDH*, que tiene como eje rector el principio democrático y la división tripartita del poder, resultado del consenso de los estados miembros que acordaron no permitir concentrar en el poder administrativo su ejercicio totalitario y dictatorial, que en otrora había reducido las aspiraciones democráticas de nuevas ideas y sectores de oposición,

³⁸⁶ Estos puntos conclusivos son el resultado del análisis a la sentencia en estudio, en lo referente al control de convencionalidad ejercido por el Consejo de Estado.

³⁸⁷ Sentencia Consejo de Estado. MP Cesar Palomino C. Folio 29 y ss. Se destaca un aparte de la cita que allí se hace de la sentencia del 26 de septiembre de 2006 de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile* “*En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

por lo que decidieron asignar la competencia para reducir o limitar estos derechos al poder judicial, principalmente a los jueces penales. **(iv)** La *competencia del poder judicial*, de acuerdo con la Constitución Política y el artículo 23 de la Convención IDH, para imponer sanciones de destitución e inhabilidad en el ejercicio de derechos políticos de los servidores públicos de elección popular, cuando sus conductas, siendo contrarias al ordenamiento jurídico, no constituyan actos de corrupción, pues es esta la rama indicada y a la que la Constitución le reserva la protección y defensa de los derechos políticos de los ciudadanos colombianos, en especial los de elegir y ser elegido. **(v)** La *delimitación y alcance del artículo 277.6 constitucional por interpretación preferente frente al poder sancionador del Procurador*, el que, en criterio de la Sala Plena Contenciosa, ejercerá en todas las investigaciones disciplinarias que cursen contra servidores públicos elegidos popularmente por actos distintos a los de corrupción, pero en los que solo podrá imponer las “*respectivas sanciones*” previstas en la ley 734 de 2002, artículo 44, distintas a las señaladas en los numerales 1 y 2; esto es, no podrá restringir sus derechos políticos con destitución e inhabilidad general, o suspensión e inhabilidad especial, pues esta facultad es de reserva judicial y solo procederá a través de proceso judicial que concluya con sentencia de igual naturaleza. **(vi)** La *conservación de la facultad disciplinaria en cabeza de la Procuraduría* no solo por disposición constitucional sino también convencional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8.6 y 30 de la “*Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*”, aprobada por la ley 970 de 2005, pero limitada en los términos relatados en el apartado anterior. **(vii)** El *control convencional ejercido no restringe la competencia al juez penal sino la amplía a la rama judicial*, para lo cual la Sala contenciosa recurre a la fuente nacional refiriendo la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en el conocimiento de los trámites procesales de pérdida de investidura de los elegidos popularmente en corporaciones públicas, lo que también encuentra respaldo en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso López Mendoza vs. Venezuela, en la que se fija el alcance del artículo 23 de la Convención IDH, ampliando la

competencia del Juez penal a otras autoridades judiciales, como la electoral. **(viii)** La *reafirmación del control de legalidad de los actos administrativos en cabeza de la jurisdicción contenciosa administrativa*, la que producto de las distorsiones jurídicas generadas por una estructura del poder ampliada a otros órganos, puede verse amenazada, pero la que definitivamente ha de ser reivindicada y protegida a través del sistema de pesos y contrapesos previsto en la Carta Política. **(ix)** La *conclusión previa, sin dubitación alguna*, a la que arriba la Sala Plena Contenciosa Administrativa de que la Procuraduría General de la Nación carecía de competencia para imponer sanciones, como las que impuso al ex Alcalde de Bogotá Gustavo Petro, por la evidente incompatibilidad entre las disposiciones legales (artículo 44.1 CDU) y las convencionales (artículo 23 de la Convención IDH) acá ampliamente referidas.

Estamos de acuerdo con la decisión del Consejo de Estado al ejercer el control de convencionalidad, toda vez que no sólo en este específico caso se advierte una indeseable doble competencia en asuntos que, producto del amplio espacio que ha venido ganando el órgano de control disciplinario, como consecuencia de la previsión constitucional como órgano autónomo que hace parte de la estructura del Estado, a la degradante actuación administrativa contenida en abundantes y explícitos actos de corrupción, a la ignorancia aberrante de quienes ingresan a la Administración Pública, así como también a una nutrida y muy importante argumentación que la considera como disciplina jurídica autónoma, vienen siendo fallados en esta instancia, desplazando el Juez natural en cada caso. Baste referirnos, por ahora, a situaciones como la que acá se analiza, donde claramente se presenta un desplazamiento arbitrario por parte de la Procuraduría, como órgano administrativo sancionador, de por lo menos tres jurisdicciones: (i) *Penal*, al decidir inobservar los términos y reglas previstas en el artículo 23.2 de la Convención IDH, así como la calificación de ilegalidad en la suscripción del contrato interadministrativo; (ii) *Contenciosa administrativa*, al sancionar con base en declaratoria tácita de nulidad, sin ser competente, de los actos administrativos

amparados por la presunción de legalidad prevista en el artículo 88 de la ley 1437 de 20011, así como la declaratoria de ilegalidad del contrato interadministrativo; y (iii) *constitucional*, al interpretar preceptos de la Carta Política como el relacionado con la prestación de los servicios públicos.

Como quedó enunciado al comienzo de este estudio casuístico, el análisis disciplinario de las faltas endilgadas al ex alcalde no encuentra espacio en los propósitos planteados en el trabajo, por lo que simplemente debemos indicar que la Sala Plena, no obstante demostrar clara y suficientemente la incompetencia del órgano administrativo sancionador para restringir derechos políticos a los servidores públicos elegidos popularmente, realizó un examen jurídico minucioso a cada una de las infracciones calificadas por la Procuraduría como dolosas y gravemente culposas, declarando la nulidad de los actos administrativos sancionadores, de donde podemos extraer los siguientes puntos: (i) atipicidad de la conducta y consecuentemente de la falta, por grave falencia en el proceso de análisis de subsunción para su adecuación típica; (ii) competencia funcional extralimitada y apreciación desbordada y equivocada de la ley de contratación estatal por parte de la Procuraduría, principalmente en relación con los principios que orientan los contratos públicos y las modalidades de selección de contratistas, los que comportan tratamiento similar tanto para la conducta penal como para la disciplinaria, pues no obstante tratarse de disciplinas autónomas, para estos efectos sí son concurrentes; (iii) competencia funcional extralimitada para decretar tácitamente la ilegalidad de los actos administrativos objeto de debate disciplinario, pues no solo desconoció el principio de presunción de legalidad que los ampara, sino que invadió la órbita competencial del Juez natural contencioso administrativo, confundiendo así su rol de autoridad administrativa disciplinaria con la de Juez de control de legalidad de los actos y contratos; (iv) inobservancia del principio de la necesidad de la prueba y, por tanto, desconocimiento, por insuficiencia probatoria, del principio de responsabilidad y carga de la prueba del operador disciplinario; (v) limitación constitucional y legal a la equivocada

discrecionalidad del poder disciplinario, atendiendo su propia finalidad; y (vi) valoración y diferenciación entre testigos calificados y testigos técnicos.

6.1.2 Caso UBER. Uno de los aspectos que mejor interpretan la vida global del siglo XXI es el relacionado con la navegación informática y su despliegue en varios campos de las comunicaciones, entendidas estas como las necesarias para la interacción humana. Evidentemente, en momentos actuales nadie se sustrae a la simple comunicación satelital, en espacios y momentos que nadie antes imaginaba como posibles para sus diversas manifestaciones, ya que en tiempo real se realiza un sin número de operaciones desde las aplicaciones o plataformas tecnológicas.

Estas dinámicas han sido acogidas y desarrolladas bajo la estructura de aplicaciones tecnológicas (App), cada día más avanzadas y ampliadas a diversas actividades que van desplazando y emplazando las tradicionales formas de convivencia e interacción, hoy convertidas en plataformas universales que no solo proponen formas accesibles de resolver problemas locales actuales, sino que intentan facilitar la vida moderna marcada por los linderos que imponen el manejo del tiempo y que, por su naturaleza, escapan a la regulación, control y vigilancia de la Administración interna.

Varios son los ejemplos que existen en el mundo y que inciden dentro del orden estatal como Netflix (televisión privada por suscripción), Airbnb (alquiler habitaciones en hoteles y casas), WhatsApp (comunicación gratuita por celular), Twitter (medio, manejo y selección de información por red). Cuatro tipos de actividades que hacen posible a todo ser humano, acceder a diferentes herramientas desde la palma de su mano. Las aplicaciones o plataformas tecnológicas hacen posible tener el control y acceso al mundo desde una pequeña interfaz, o mejor aún, hacen creer que el mundo hasta ahora conocido puede ser tan pequeño que solo un celular, tablet u ordenador puede servir de llave de

entrada; la clave del éxito de este tipo de innovaciones radica evidentemente en la búsqueda de la *facilitación* de la vida.

Las anteriores tecnologías tan solo marcaron pautas de comportamiento en áreas específicas y fueron la pieza clave en el cambio económico de principios de siglo. Ahora que estamos en un mundo donde la movilidad y el transporte se han convertido en verdaderos problemas para la población mundial, aparece la aplicación UBER, fundada en los Estados Unidos por Travis Kalanick y Garrett Camp en el año 2009³⁸⁸, que, entre otras cosas, ofrece más de seis tipos de servicio de transporte de acuerdo con las necesidades del usuario (para el comienzo del año 2018 está desarrollando en la ciudad de Miami -USA una plataforma para poner en marcha el servicio denominado Carol Drive, que es un dispositivo para transporte de mujeres por mujeres), ocasionando un encuentro inesperado entre las empresas tradicionales prestadoras de un servicio de transporte individual y las recientes plataformas. Un acercamiento al nombre mismo de la aplicación debe llevarnos a sostener que *Uber*, es una palabra inglesa que **significa**, lo “mejor”, lo “último”, cuya raíz directa es del alemán con la frase “*Deutschland **uber** alles*” (Alemania sobre todo), así mismo es el nombre de una startup americana que proporciona una red de transporte a cualquier persona a través de una aplicación móvil. En marzo de 2009 como hemos dicho, Camp empezó a trabajar en el prototipo de una aplicación a la que llamó Uber Cab. El nombre tiene fácil explicación, dado que, al ser de raíces alemanas, se puede hacer un juego de palabras con el superhombre de Nietzsche que es *übermensch*, y en inglés se ha popularizado el uso de **uber** como prefijo para decir que algo es mejor, y sin la diéresis porque en el campo de la internet no existe esta convención, o si existe por sustracción se prefiere no usar.

³⁸⁸ TRAVIS, Kalanick opina sobre el cambio de modelo en el transporte y su incidencia en las administraciones locales lo siguiente: “*Quieren proteger un monopolio que les ha sido facilitado por las autoridades locales. Nosotros trasladamos el mensaje de que un transporte más barato y de mejor calidad es posible. Y creo que nuestra narrativa está ganando*”, en <http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20140706/travis-kalanick-fundador-uber-7377.html>

UBER, como caso de estudio, resulta interesante por su doble estructura: primero, es una plataforma tecnológica que ofrece un servicio de transporte y, segundo, es un nuevo modelo económico de mercado de transporte que incide en las administraciones locales, ya que sin proponérselo ha sacado a la luz los problemas que, en materia de movilidad segura, digna y de calidad presentan algunas ciudades en el ámbito mundial. La plataforma o APP que estamos analizando está presente en 78 países y 600 ciudades, y pudiéramos afirmar que actualmente existen tres formas diferentes de hacerle frente: restringiendo, regulando o prohibiendo. Sin embargo, Colombia aún no ha utilizado ninguna, por lo que podríamos agregar una cuarta: “desconociendo”, lo que obviamente ha generado cierta anarquía en su implantación, con consecuencias que advierten niveles de violencia, que van desde atentados y destrucción a los vehículos, hasta causar la muerte de un conductor.³⁸⁹

Para el desarrollo de esta investigación, como ya lo anotamos, hemos adoptado el término “**Tecno-transporte**”, ya que en nuestro criterio las plataformas o App’s, evidentemente son producto de la implementación tecnológica, que se concretan en el ofrecimiento de bienes y/o servicios para quienes acceden libremente a ellas, con incidencia aceptada, rechazada, regulada o simplemente desconocida, pero que no por esto dejan de producir efectos en las actividades para las cuales están funcionando.

En el caso concreto, la tecnología aplicada al transporte individual de pasajeros (o **transporte individual** de pasajeros con servicio exclusivo o de lujo), hace que su estudio y reglamentación tenga iniciativa en varios y distintos frentes de aparente

³⁸⁹ Sobre las diferencias entre el modelo antiguo de transporte (taxi) y el modelo reciente (Uber) revisar. <http://www.dinero.com/empresas/articulo/cuanto-cuesta-pedir-un-uber-y-cuanto-coger-un-taxi/220790>. En igual sentido y sobre el acontecimiento fatal y deplorable presentado el 17 de marzo de 2018, consultar <http://www.eltiempo.com/bogota/conductor-de-uber-al-que-mataron-por-robarle-el-carro-en-176334>. Recuperado el 16 de abril de 2018.

solución: por un lado, a través del organismo gubernamental que dirige la política transportadora (Ministerio de Transporte); por otro, con el organismo, también gubernamental, que se encarga de la política de las tecnologías de la información y las comunicaciones (Ministerio de las TIC); uno más, por la entidad que controla y vigila las actividades concernientes al buen funcionamiento de los medios de transporte (Superintendencia de Puertos y Transportes); y otro, que acaba de adquirir competencia como consecuencia de la sanción impuesta a UBER por la anterior entidad al compulsar copias para investigar posible conducta de competencia desleal, como es la que controla y vigila las sociedades mercantiles y de comercio (Superintendencia de Industria y Comercio)³⁹⁰.

A raíz de la anterior clasificación –entre transporte o tecnología-, es que en algunos contextos la App ha tenido una aprobación o una prohibición. Nos parece fundamental, para nuestro objeto de estudio, que los estados empiecen a estudiar dentro de sus administraciones y de manera conjunta con las diferentes entidades reguladoras, este tipo de actividades. Basta con citar el ejemplo de UBER en España, pues casi simultáneamente a la prohibición que emitió el Juzgado de lo mercantil No. 2 de Madrid,³⁹¹ la empresa tecno-transportadora ya estaba diseñando (¿y funcionando?) la manera de operar sin atender lo dispuesto en dicha resolución; así, mientras el organismo administrador de justicia estaba tratando de ponerle fin a la controversia surgida, la empresa UBER ya había diseñado y puesto en marcha la respuesta que les permitiría trabajar sin quebrantar la prohibición judicial, por lo que la justicia española se vio obligada a trasladar el

³⁹⁰ Cf. Resolución No. 07838 del 02 de marzo de 2016, emitida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, la que en ejercicio de sus funciones, confirmó la sanción de 700 SMLMV (equivalentes a \$ 451'045.000) impuesta a la sociedad UBER COLOMBIA S.A.S. La investigación realizada por esta autoridad de inspección, vigilancia y control del sector transporte, se encuentra contenida en la Resolución 18417 de 2015, expedida en primera instancia, en la cual se determinó que: "(i) El servicio prestado por los socios y conductores adscritos a la plataforma de que se aprovecha UBER COLOMBIA S.A.S. es, efectivamente, no autorizado". "(ii) UBER COLOMBIA S.A.S. facilita su prestación en esas condiciones irregulares, mediante la plataforma tecnológica de que se aprovecha, por tolerancia de acuerdo con las firmas extranjeras UBER TECHNOLOGIES INC y UBER B.V."

³⁹¹ Auto No/14 emitido por el juzgado de lo Mercantil No. 2 de Madrid, 09 de diciembre de 2014.

caso a la justicia de la Unión Europea (UE). Este debate doméstico fue resuelto recientemente por la instancia judicial supraestatal, pues la justicia comunitaria del Tribunal de Justicia de la Unión europea expidió un fallo el 20 de diciembre de 2017 en el que calificó a *Uber pop* como un servicio de transporte y no una *plataforma digital colaborativa*, aplicando el mismo tratamiento que los franceses habían dado a esta plataforma tres años atrás, prohibiéndola mediante sentencia. No obstante esta decisión, la misma empresa Uber manifestó que el impacto de la medida será menor, toda vez que en España, como en la mayoría de los países de la zona euro, opera Uber X, habilitado y autorizado como un sistema con conductores profesionales, licenciado con VTC³⁹². Esto nos permite concluir de manera anticipada que los avances tecnológicos que se vienen dando, florecen a pasos agigantados, y su respuesta jurídica actúa para un momento específico, pues mientras no se estudie y armonice globalmente el alcance de este tipo de APP, los estados se verán en la tarea de prohibirla o regularla por etapas, y la globalización pide que se dinamice y agilice la ejecución de dichas políticas³⁹³.

Con todo, y dando una mirada general a las diversas ciudades de distintos países en casi todos los continentes donde ha ingresado Uber, podemos afirmar que, en varias localidades el servicio prestado a través de esta plataforma tecnológica App ha sido regulado con éxito; en otras, está en discusión su aceptación; y, en las demás, ha sido prohibido por decisión judicial como se ha venido dando en España y con mayor anterioridad en Francia, Dinamarca, Hungría y Londres, o por determinación gubernamental (en muy pocas). Sin embargo, en estas últimas no se puede asegurar que el servicio no se preste, pues la realidad ya demuestra que este sistema de comunicación virtual escapa a la mera prohibición interna de los propios estados, por lo que se debe empezar a mirar ya una respuesta universal a

³⁹² Para mayor comprensión sobre este tipo de licencias se puede consultar: <https://hipertextual.com/2017/02/que-son-las-licencias-vtc-y-como-funcionan>. Recuperado 18 de mayo de 2018

³⁹³ Remitirse al https://elpais.com/economia/2017/12/20/actualidad/1513755526_225314.html. Recuperado el 18 de mayo de 2018

través de reguladores externos supraestatales que moderen y ambienten el paso de las administraciones actuales a las nuevas administraciones globales.

En efecto, la fuerza del mercado, traducida para el caso en la llamada “economía colaborativa”, imponen a los gobiernos trabajar en respuestas globales que permitan su regulación, pues en términos de la legalidad, dichos servicios no resultan desconociéndola. Tampoco encuentran respuesta prohibitiva o sancionadora como práctica comercial desleal en razón a que no se trata de una empresa que preste servicios de transporte, se trata entonces de cambios económicos en cuando a una economía por recursos compartidos³⁹⁴ y mejor uso de lo disponible, es decir que el fenómeno global UBER, está inscrito de un concepto económico en el cual los recursos están disponibles a un conjunto de personas establecidas o por establecer y estos pueden ser vulnerables a dilemas sociales. En otras palabras, los ciudadanos de un Estado o a nivel global pueden tener acceso a un tipo de bien como Uber, pero su inscripción en dicho recurso hace o genera un debate político que traspasa los límites fronterizos puesto que la acción económica es la misma en cualquier parte del mundo, luego entonces el GAL se enfrenta en este punto en concreto a un modelo económico donde se distinguen algunos bienes comunes a los cuales se puede tener un acceso directo sin mediación alguna,³⁹⁵ lo cual genera o enfrenta en la misma línea algunos desafíos por su impacto en la sociedad.

Varias son las formas y los métodos empleados por diversos países para regular, prohibir o concertar la vigencia de la plataforma UBER en sus propios

³⁹⁴ Tesis extraída del diario La Nación: “*Un Uber para casi todo: ¿es imparable el fenómeno de la “uberización” de la economía?*” 27 de noviembre de 2015. En línea <http://www.lanacion.com.ar/1849108-un-uber-para-casi-todo-es-imparable-el-fenomeno-de-la-uberizacion-de-la-economia>. Recuperado 28 de abril de 2018

³⁹⁵ Para una mayor profundización sobre el tema revisar las tesis de Elinor Ostrom (1933 - 2012) quien ganó el Premio Nobel de Economía en 2009, compartido con Oliver E. Williamson, por grandioso “*análisis de la gobernanza económica, especialmente de los recursos compartidos*”, además que fue la primera mujer en ganar el premio en este campo. Revisar su obra *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action* Ostrom, Elinor, Cambridge University Press, 1990.

ordenamientos. Grosso modo, los países que han intentado o están en proceso de reglamentar y poner en funcionamiento esta tecnología, han tenido en cuenta dos factores: la movilidad y la innovación.

México³⁹⁶ y Uruguay³⁹⁷, para no ir más lejos, al igual que algunos estados de Norteamérica, han dado una solución pacífica al conflicto al equilibrar las cargas fiscales y tributarias, ya que el problema dentro de sus territorios no es la vigencia de la aplicación, sino su desarrollo; es decir, dentro de la era de la globalización estos estados han pretendido utilizar este tipo de aplicaciones o plataformas para darle solución a sus problemas internos, y no es extraño que sean en América latina estos dos países los que estén tratando de dar una solución al tema de las aplicaciones o plataformas para transporte individual (tanto México como Uruguay dieron respuesta y solución oportuna y casi que inmediata), recordemos que el desarrollo económico y político que se ha dado en los últimos diez años dentro de estos países los hace ser potencias locales, cuya consigna es adaptarse a la era del capital y hacer de este un aliado.

Ahora bien, en algunos países donde Uber no ha podido reglamentarse, el debate subsiste gracias a la injerencia de otros actores que no están directamente relacionados, pues el viejo modelo de transporte solamente consigna la idea de su permanencia en el mercado, sí se les considera como exclusivos, además tienen un apoyo político tal que no permiten la circulación de nuevos modelos. En países como Colombia, los ataques a Uber se establecen alrededor de las ideas sobre la ilegalidad o legalidad, que aún no se han registrado, es decir el ente regulador no

³⁹⁶ México D.F. fue la primera ciudad en Latinoamérica en regular el servicio de Uber, bajo criterios de intermediación de las aplicaciones entre oferta y demanda, para lo cual acordaron pagar una licencia anual por vehículo y conductor registrado y el pago de 1.5% por cada viaje al Estado con destino a un fondo de compensación a los taxistas.

³⁹⁷ Uruguay, resolvió la vigencia de Uber en su territorio soberano abriendo el mercado del servicio de transporte individual de pasajeros a través de aplicaciones tecnológicas, y aceptó la constitución de empresas extranjeras como Uber y Easy Go, y nacionales como Uruguay Presente y Cooperativa Cuatro Gatos. Adicionalmente se aprobó una contribución unipersonal de servicio prestado por los conductores de estas plataformas en cuantía de 0.45 Unidades Indexadas por kilómetro recorrido con destino al Fondo de Movilidad del Estado.

ha dicho si la actividad es legal o no, son los operarios y propietarios del antiguo modelo los que exigen sea declarado así. En el caso español se dio respuesta judicial parcial como lo dejamos anotado, pues la empresa de servicios tecnológicos sigue operando sin que la administración local profiera una respuesta final. Es decir, hasta el momento tenemos una decisión judicial de un organismo de control judicial supraestatal que trató el problema desde el marco del transporte y no del lado tecnológico.

México ha sido el País que tal vez ha manejado de manera ejemplarizante, para los demás estados y para el propio Derecho administrativo global, el reto universal de regular internamente la plataforma tecnológica UBER aplicada al “servicio privado de transporte con chofer”, creando el registro de personas jurídicas para la operación y/o Administración de aplicaciones y plataformas informáticas para el control, programación y/o geolocalización en dispositivos fijos o móviles para que las personas puedan contratar este tipo de servicio. De esta manera, no solo solucionó su problema interno, sino que externamente ocupó el tercer lugar en movilización de pasajeros bajo esta modalidad después de EE UU y China³⁹⁸.

Este balance operativo, luego de su regulación, ha generado no solo la aceptación sino el posicionamiento de Uber hasta el punto de ofrecer desde el año 2016, varios servicios conexos como el de paquetería y mensajería, el que ya funciona en Chicago, San Francisco y New York como Uber Rush, el de promoción de paquetes turísticos en jet y helicóptero privado, y el de servicio compartido de usuarios denominado Uber Pool. Adicionalmente hay que tener en cuenta que allí también funciona otra plataforma denominada Cabify, que actúa en abierta competencia ya regulada.

³⁹⁸ UBER, movilizó en el 2015 1.2 millones de personas con casi 40.000 socios conductores en 8 ciudades. Cf. <http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2016/01/07/mexico-la-tercera-operacion-mas-grande-de-uber-en-el-mundo>. Recuperado el 28 de abril de 2018

No obstante los rápidos y enormes avances registrados a partir de la regulación de las plataformas tecnológicas, lo que nos parece destacable para efectos de nuestro análisis, es la manera como la Administración Pública mexicana, a través de su Secretaría de Movilidad, dio respuesta a un problema propio de Derecho administrativo global, donde los actores públicos, privados, internos y externos de la afectada política pública de transporte, intervienen y participan en su solución, convocados por un gobierno que resuelve, de la manera como lo enuncia el logo símbolo de la Gaceta Oficial del Distrito Federal: “*Ciudad de México decidiendo juntos*”. El resultado fue la expedición de dos Acuerdos dirigidos a formalizar el servicio público de taxis a través de aplicaciones, el primero, y el servicio privado de transporte con chofer por medio de aplicativos y plataformas informáticas, el segundo, creando el registro de personas morales que operan, utilizan y/o administran estas tecnologías³⁹⁹.

Varios y muy discutidos, acordados y sustentados fueron los argumentos que permitieron la implementación de este servicio de tecno-transporte, liderado por el organismo rector de la movilidad en el Distrito Federal (Secretaría de Movilidad), el que por Ley está facultado para fomentar, impulsar, ordenar y regular el desarrollo en su territorio, con el fin de asegurar que los servicios de transporte de pasajeros sean eficientes y eficaces y se proporcionen en las mejores condiciones de higiene, confort y seguridad, para lo cual concluyeron que las nuevas aplicaciones App’s, no solo facilitan el servicio mediante una simple llamada o mensaje, sino que se trata de tecnologías sustentables legalmente, esto es, de cara a las nuevas exigencias de la modernidad comunicacional a través de dispositivos, servicios y/o procesos amigables con el medio ambiente, que contribuyen a la disminución en la utilización de energía, en virtud de que reducen o eliminan el impacto al entorno a través del incremento de la eficiencia en el uso de recursos, mejoras en el desempeño y reducción de emisiones contaminantes.

³⁹⁹ MÉXICO. GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. Décima octava época, México 15 de julio de 2015, No. 133 Bis.

Adicionalmente, consideraron que estos aplicativos promueven la investigación y el desarrollo tecnológico en materia de movilidad, transporte y tránsito; Instrumentan programas y campañas permanentes de cultura de movilidad, encaminados a mejorar las condiciones en que se realizan los desplazamientos; fomentan cambios de hábitos de movilidad y la sana convivencia entre los distintos usuarios de la vía; procura los desplazamientos ágiles y asequibles optimizando los recursos disponibles, sin que su diseño y operación produzcan externalidades negativas desproporcionadas a sus beneficios. Estas innovaciones tecnológicas aparecen como soluciones apoyadas en las tecnologías de punta, para almacenar, procesar y distribuir información que permita contar con nuevos sistemas, aplicaciones y servicios que contribuyan a una gestión eficiente, tendiente a la automatización y eliminación del error subjetivo, así como a la reducción de las externalidades negativas de los desplazamientos.

Finalmente cabe destacar que el servicio fue considerado como transporte privado, al no ser brindado al público en general, en el cual una empresa determinada, debidamente registrada y autorizada para operar o administrar las plataformas App's, ofrece un servicio exclusivo, a través de conductor con vehículo, también registrado y autorizado, a un sector de la población que busca ser transportado y que reúne unas características especiales como la utilización de una aplicación electrónica, la suscripción de un contrato de adhesión electrónico, con posibilidad de seleccionar el tipo de vehículo, acceso a facturación y pago con tarjeta de crédito.

Claro ejemplo de regulación de abajo hacia arriba para el Derecho administrativo global lo proporciona la reglamentación administrativa mexicana, donde el acto administrativo expedido se fundamenta en los acuerdos y compensaciones que les facilitó el espacio jurídico participativo con actores híbridos de naturaleza pública, privada, internos y externos, donde estos últimos reclaman en otras latitudes su

permanencia por aceptación pasiva de los ciudadanos, que no solo demandan mejores servicios, sino que están a tono y en permanente sintonía con el mundo interconectado, ya sin distinguos generacionales, pues cada día son más amigables y solucionables, incluso en doble vía: para el buen vivir y para el buen gobierno.

En Colombia se han presentado diversos desencuentros, por decir lo menos, de lo que aún se mantiene como asunto sin solventar. No obstante, el gobierno ha pretendido resolver el problema que genera este servicio desde diversos ángulos: primero, desconociéndolo, producto más bien de la carencia de herramientas jurídicas y administrativas que le permitieran su abordaje desde el mismo momento en que apareció la plataforma tecnológica; luego, implementando la regulación del transporte de lujo; después, presentando la propuesta legislativa; y, actualmente, expidiendo una sanción administrativa de carácter pecuniario por prestación de un servicio no autorizado.

La apatía del gobierno a intervenir en la solución de un problema causado por la aparición de una nueva tecnología APP, que modificaría las reglas de juego en la prestación de un servicio público de transporte individual, se evidencia a partir de las distintas manifestaciones de rechazo al aplicativo por parte de quienes venían ejerciendo esta actividad de movilidad, al parecer por trabajadores no propietarios, ya que este servicio presenta un indeseable monopolio personal en cabeza de un propietario mayoritario de vehículos, ahora denominado “amarillos” por el color que desde hace ya varias décadas atrás fue adoptado para distinguirlos de los de servicio particular o privado, lo que a la postre sirvió para generar un espacio de aparente disposición a la prohibición/regulación, que aún se mantiene indefinida e inconclusa.

En efecto, el gobierno nacional, con el aparente ánimo de resolver definitivamente la situación presentada en el transporte individual, pero sin contar con herramientas jurídicas y administrativas modernas y efectivas, atendió los plazos

concedidos en el párrafo sexto del artículo 32 de la ley 1753 de 2015, orgánica del plan nacional de desarrollo, y expidió el Decreto 2297 de 2015⁴⁰⁰, en el que en 12 artículos incorpora modificaciones al decreto único reglamentario del sector transporte 1079 del 2015, norma esta que compila toda la reglamentación relacionada con dicha actividad. Sin embargo, lo que se reguló fue un servicio público distinto, el cual, si lo comparamos con una de las soluciones adoptadas en México, resulta ser muy parecido al Acuerdo que expidió el Distrito Federal para la prestación de servicio de transporte público en taxis de lujo a través de aplicativos, solo que el nuestro sí incluye plataformas tecnológicas.

La norma expedida no resuelve, como tampoco puede entrar a reglamentar actividad alguna que carece de regulación; solo se dedica a fijar reglas y definir términos relacionados con las modalidades de servicio individual de pasajeros básico y de lujo, este último dirigido a ofrecer a los usuarios mejores condiciones de comodidad, accesibilidad, seguridad y facilidad a través de la implementación de nuevas tecnologías y plataformas. En concreto, estos vehículos deben contar con sistemas de posicionamiento global, con interacción en línea y tiempo real, interoperables con todos los vehículos de este nivel afiliados a una empresa, y con conductores también afiliados y capacitados para prestar el servicio.

Tal vez uno de los aspectos que merecen comentario especial, es el relacionado con la habilitación a las empresas que operarán el servicio, a las que, además de demandarles el cumplimiento de requisitos normales y necesarios para el ejercicio de la actividad transportadora, les exige *acreditar el acceso a plataformas tecnológicas habilitadas por el Ministerio de Transporte* (art. 2.2.1.3.2. párrafo 4), lo que resulta contradictorio con lo dispuesto en la ley 1341 de 2009, marco de las políticas públicas del sector de las tecnologías de la información y las

⁴⁰⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2297 [27 de noviembre de 2015]. *Por el cual se modifica y adiciona el Capítulo 3, Título 1, Parte 2, Libro 2 del Decreto número 1079 de 2015, en relación con la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en los niveles básico y de lujo.* Diario oficial: 49.709

comunicaciones a cargo del Ministerio de las Tics, pues es éste organismo el responsable y, por tanto, competente para reglamentar servicios de contenido tecnológico como las plataformas o App por pertenecer a dicho sector. Sin embargo, de conformidad con la ley mencionada y con el artículo 333 de la Constitución Política, que consagra el principio de la libertad de empresa, estos servicios tecnológicos no requieren ningún tipo de habilitación, licencia, permiso o autorización para ser prestados y ponerlos a disposición del público, bien sea que su utilización esté dirigida a un servicio de transporte como Uber, o a los relacionados con el sector financiero, turístico, de telecomunicaciones, por solo mencionar algunos.

En respuesta a la anterior falencia reguladora, el legislativo decidió intervenir, y el 25 de noviembre de 2015, un grupo de congresistas radicaron el proyecto de ley 126 –Senado- (por medio de la cual se crea el servicio privado de transporte mediante plataformas tecnológicas y se dictan otras disposiciones), la cual consta de VII capítulos y 25 artículos y cuyos aspectos, para discusión, podemos resumir así: define el Servicio Privado de Transporte Mediante Plataformas Tecnológicas, e identifica y diferencia este servicio del Transporte Individual de Pasajeros, al establecer que es un modelo que tiende a satisfacer las necesidades de movilización y transporte de personas o cosas, dentro del ámbito de actividades comerciales o de carácter permanente o transitorias de personas naturales y/o jurídicas. Exige altos estándares de calidad, sin sujeción a rutas ni horarios, control de operación, pago y facturación mediante mensajes de datos cursados a través de herramientas informáticas para dispositivos móviles.

Introduce en el ordenamiento colombiano las Empresas de Red de Transporte – ERT-, personas jurídicas encargadas en administrar plataformas tecnológicas basadas en el control, programación y geolocalización que permitan acceder al Servicio Privado de Transporte Mediante Plataformas Tecnológicas. También define al Prestador del Servicio de Transporte Mediante Plataformas Tecnológicas,

como las personas autorizadas por el Ministerio de Transporte para prestar este servicio, las que deben tener un registro ante una Empresa de Redes de Transporte y fija como autoridad competente para autorizar la prestación del Servicio al Ministerio de Transporte, y para ejercer la inspección, vigilancia y control a la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Plantea la existencia de una Licencia de Operación expedida por el Ministerio de Transporte, en la que se autoriza un vehículo automotor para que pueda prestar el Servicio Privado de Transporte Mediante Plataformas Tecnológicas. Prevé un régimen libre de tarifas por parte de las Empresas de Red de Transporte, con vigilancia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, así como la prohibición clara y expresa de cobro de cupos para la vinculación a la prestación del servicio, con el fin de no reproducir el sistema actual de taxis.

Finalmente destacamos que, al igual que lo hizo México, plantea la creación del Fondo para la Infraestructura y la Movilidad a cargo del Ministerio del Transporte, cuyos recursos provienen del pago de licencias de operación del servicio y del aporte de intermediación equivalente al 0.5% anual del total de viajes que deben hacer las Empresas de Redes de Transporte.

En conclusión, podemos afirmar que, a la fecha, el servicio de tecno-transporte a través de la plataforma tecnológica Uber, se sigue prestando en nuestro País sin que la multa impuesta por la Superintendencia de Puertos y Transporte haya impedido su normal funcionamiento. Siguen existiendo algunas manifestaciones de inconformidad por un pequeño grupo de conductores de taxis, los que, de acuerdo con las mediciones de la última movilización, no alcanzan a representar el 0.5% del total de estos vehículos en servicio. Es decir, que esta situación sigue igual a como empezó; sin regulación específica, sin decisión de prohibición y sin declaratoria de ilegalidad.

6.2 CONCLUSIONES DE LA ANTERIOR CASUÍSTICA (De abajo hacia arriba)

6.2.1 Análisis del caso Petro desde las posturas del Gal. Hemos escogido el caso antes descrito para estudiarlo dentro de la tendencia del Derecho administrativo global, en razón a que confluyen varios elementos que son de su esencia. Así tenemos que el caso estudiado se presenta producto de la actividad o actuación de un dirigente local, elegido popularmente, para administrar una entidad territorial, dentro de un esquema de modelo administrativo descentralizado, que es característico de un Estado unitario como el nuestro. En consecuencia, lo primero que se advierte es que por el rango y la categoría del Alcalde de la ciudad capital, los entes de control local son desplazados por los nacionales cuando se trate de investigaciones a dicho funcionario. Sin embargo, pudimos determinar que no fue suficiente la competencia nacional de los órganos de control, pues se pudo precisar que el funcionario local debió acudir a un organismo del espacio administrativo global –Comisión Interamericana de DDHH-, la que como parte de un organismo supraestatal como es la OEA, decidió la suerte de un funcionario de la administración local de una Nación.

En efecto, tal y como lo hemos dejado indicado a lo largo de esta investigación, los estados son unos actores más, muy importantes, en el espacio jurídico y administrativo global cuyo escenario es ocupado por una diversidad de organizaciones supraestatales de variada naturaleza, entre las que además se encuentran los tribunales internacionales y otros organismos reguladores globales de estirpe administrativa que no solo condicionan la implementación de decisiones, sino que también observan, sugieren, recomiendan o judicializan la legalidad de las mismas cuando contrarían el orden jurídico global adoptado.

El Derecho administrativo global, en su proceso de construcción, viene identificando un sistema de revisión y control por parte de tribunales y organismos internacionales a través de algunos casos que se presentan en la gobernanza

global, entre los que resulta pertinente evocar, para el caso analizado, los que tienen que ver con la ejecución del arbitraje internacional o los que se someten al Tribunal europeo de derechos humanos, dando lugar a la integración avanzada de aceptar jueces internacionales en sus propios tribunales nacionales como el caso del Tribunal Constitucional Bosnio⁴⁰¹, el que resulta de particular importancia y relevancia para nuestro ordenamiento jurídico toda vez que así se quiso plantear inicialmente la conformación de la llamada Justicia especial para la Paz.

También resultan pertinentes los ejemplos que ilustran la actuación global del Comité de derechos humanos, autorizado por los estados a través del Protocolo Facultativo (ratificado por 104 estados) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para revisar, con fuerza normativa, las denuncias presentadas por las víctimas de violación de derechos reconocidos en el Pacto, por parte de la acción del Estado.

En igual sentido, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención contra la Tortura, tienen el mismo comportamiento que el Pacto anterior. También, hace parte de esta orientación de revisión y control administrativo y judicial global, la Corte Interamericana de derechos humanos, la que aun cuando tiene un enfoque distinto que las anteriores, claramente constituye vivo ejemplo del GAL, en tanto en cuanto, como lo refiere Stewart, no obstante *“las personas deben acudir primero a un órgano administrativo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es el único órgano que puede presentar la demanda ante la Corte”*⁴⁰², sus decisiones, así resuelva no ocupar dicha instancia, también resultan vinculantes para los estados que ratificaron la Convención, tal y como sucedió en el caso del ex alcalde Petro.

⁴⁰¹ KINGSBURY Y STEWART. *“Hacia el Derecho administrativo global: Fundamentos, Principios y Ámbito de Aplicación”*. p. 182

⁴⁰² *Ibíd.* p. 247 y ss.

6.2.2 UBER. Caso típico de Derecho administrativo global. Como ya lo hemos indicado a lo largo de este trabajo, uno de los casos de estudio es el relacionado con la inclusión en nuestro País del servicio de transporte de pasajeros prestado a través de una empresa que no tiene características iguales o parecidas a las de su género existentes en nuestro entorno jurídico, sino que opera a través de una plataforma virtual que administra el servicio prestado por particulares con sus propios vehículos (conductores/propietarios), a otros particulares (pasajeros), controlando las rutas y los precios que se causan por el servicio, y pagando a sus conductores afiliados los valores que previamente a estipulado el operador virtual.

Así entendido este servicio, aparecen otros muy similares a los que ya hemos hecho mención (AirBnb, Netflix, Booking, taskRabbit) que hacen parte de las plataformas transnacionales, las que junto con otras expresiones de comercio mundial hacen parte de la nueva *economía colaborativa*, y que los especialistas ya designan como la *cuarta revolución industrial*: la de las nuevas tecnologías, que funciona con el argumento de compartir gastos, recursos y plataformas tecnológicas. Otros ya advierten el arribo del “poscapitalismo” como lo plantea el escritor británico Paul Mason en su publicación que lleva este mismo título, para quien la *“contradicción principal hoy se da entre la posibilidad de bienes e información gratuitos y abundantes y un sistema de monopolios y gobiernos que tratan que las cosas sigan siendo privadas, escasas y comerciales. Todo se reduce a la lucha entre la red y la jerarquía”*⁴⁰³.

El tema así planteado, resulta novedoso, de notoria actualidad y permanente evolución. Sin embargo, lo que nos interesa destacar en esta investigación es precisamente los desencuentros que desde el Derecho administrativo generan estas actividades, toda vez que, como el caso de UBER, resultan desprovistas de regulación nacional, sin que su operatividad haya cesado o desaparecido; valga

⁴⁰³ Artículo escrito por Raquel San Martín para el periódico La Nación de Argentina, publicado por el diario El Tiempo bajo el título “¿Crearé la tecnología una nueva forma de capitalismo?”, el 27 de septiembre de 2015. p. 3.

decir, lo que realmente interesa es demostrar la existencia de actividades y actuaciones dentro del Estado nacional, que ya no resisten regulaciones impositivas o meramente locales, cuando los actores generadores de las mismas, no hacen parte del sistema de dominio doméstico. Es acá donde encuentra aplicación el surgiente Derecho administrativo global, que plantea la necesidad de regular las actividades supraestatales con la participación de los actores que hacen parte del espacio administrativo global.

En efecto, si revisamos con alguna precaución el desarrollo en la implantación y ejecución de este servicio en nuestro País, encontramos que de su ejercicio dan cuenta los medios de comunicación⁴⁰⁴, y solo aparece el Estado regulador cuando las noticias lo obliga a hacer algún pronunciamiento producto de las diversas reacciones, últimamente desmedidas y fatales, que vienen utilizando los que se sienten afectados en su ejercicio monopolístico como son los propios taxistas (conductores alquilados informalmente o conductores propietarios), que se sienten desplazados por el intruso que, en su sentir, no tiene regulación legal, no paga impuestos, ni seguros, ni compra un cupo y tampoco se regula por tarifas oficiales, pues para los responsables de su operación en nuestro País, la empresa está legalmente constituida y paga impuestos como sociedad de tecnología cuyo objeto

⁴⁰⁴ Seguimiento que hemos hecho desde el año 2015 a noticias, informes y entrevistas publicadas por el diario El Tiempo, algunas de las cuales referimos así: *“lío entre taxis y carros blancos se sale de control”* (16 de abril de 2015); *“Autoridades barajan 3 salidas al lío de Uber”* (26 de julio de 2015); *“Uber ofrece crear fondo para ayuda a los taxistas”* (2 de agosto de 2015); *“indignación por nueva amenaza de los taxistas”* (10 de octubre de 2015); *“lo que sigue en el desenlace del lío Uber vs. Taxis”* (29 de noviembre de 2015); *“alistan demanda por agresión de taxistas”* (13 de febrero de 2016); *“pelea de taxistas con Uber se sale de control”* (14 de febrero de 2016); *“en medio del limbo jurídico, Uber lanza nuevo servicio”* (19 de junio de 2016); *“lanzan ofensiva judicial para poner freno a Uber”* (30 de junio de 2016); *“el plan para apagar a Uber en Colombia”* (4 de septiembre de 2016); *“Uber echa a rodar su carro sin conductor”* (18 de septiembre de 2016); *“alistan decreto para uso de aplicaciones en taxis”* (28 de abril de 2017); Netflix, Airbnb, Uber...regular o prohibir? (13 de junio de 2017); *“justicia europea da un nuevo golpe a Uber”* (12 de abril de 2018), entre los más destacados para esta investigación. También se han publicado algunos artículos en otros medios especializados como *Ámbito Jurídico* así: *“Otro elemento más en la discusión: La pesadilla de Uber”* por Ana María Muñoz Segura (20 de julio a 2 de agosto de 2015); *“Uber y los retos de la tecnología”* por Lorenzo Villegas Carrasquilla; y *“Reglamentación aviva debate sobre taxis de lujo”* (7 de diciembre de 2015 al 10 de enero de 2016), y *“Uber y taxis amarillos, al límite de las innovaciones tecnológicas”*, artículo escrito por Fabio Zambrano, publicado por UN periódico de la Universidad Nacional de Colombia No. 191 de agosto de 2015.

es la intermediación o conexión entre el usuario y un prestador del servicio de transporte, con altos indicadores de disponibilidad, seguridad, higiene y transparencia en los cobros.

Nuestro Estado⁴⁰⁵, como lo hemos dejamos planteado, ha eludido la intervención directa por vía de la regulación participativa, y ha optado más bien por la aparente solución inquisidora, a través de la imposición de multas por parte de entidades públicas que ejercen control tanto a los puertos y el transporte (Superintendencia de Puertos y Transportes) como a las actividades comerciales (Superintendencia de Industria y Comercio), a la empresa UBER representada por una gerencia regional para 11 países de la región Andina, América Central y el Caribe⁴⁰⁶. También, desde hace un año vienen aplicando multas a los conductores del servicio UBER, pero sin ninguna disposición especial, sino con base en la interpretación que algunas entidades territoriales donde opera el servicio, hacen de las normas de tránsito vigentes, esto en razón a que el impuesto y su recaudo es local con base en la descentralización fiscal que se instaura en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1853.

Podríamos decir que en nuestro País, el funcionamiento de Uber como plataforma y como transporte a la fecha no es legal ni ilegal, es decir se encuentra en una, ni siquiera apacible, zona de penumbra donde al igual que las monedas virtuales como el bitcoin (la Superintendencia Financiera no permite que esta moneda sea usada por las entidades bancarias, pero tampoco impide que sus usuarios transen con ellas) empiezan a estremecer la cómoda situación que genera la regulación imperativa de los estados, bajo el ya decadente sistema de “arriba hacia abajo”, imponiendo su voluntad sobre los “administrados”, desconociendo el avance no

⁴⁰⁵ Para una interpretación similar del objeto de estudio aquí desarrollado se recomienda visitar el sitio web de Gabriel Doménech Pascual en: <https://www.uv.es/gadopas/>
https://www.academia.edu/35896079/Economia_colaborativa_y_Administracion_local

⁴⁰⁶ “*Estamos abiertos a regulación: Uber*” Entrevista al Gerente general de Uber para la Región Andina, América Central y el Caribe, Humberto Pacheco. Periódico el Tiempo, sección tecnología, 16 de marzo de 2018. p. 2.6

solo de la revolución tecnología y de las nuevas relaciones económicas, sino la interacción social incluyente y participativa, extendida ahora a actores globales que gravitan y hacen parte del espacio jurídico y administrativo global. Muy cómodo hubiese resultado para el Estado colombiano que existiera una regulación general y global sobre estas innovaciones del siglo XXI, pero resulta que las mismas, por su propia naturaleza nacen sin regulación previa, máxime estas de alcance universal donde le corresponde a cada Estado resolver su permanencia con la participación, además, del actor global que opera como intermediario.

Recordemos la forma de construcción administrativa que se enunció como el modelo de análisis “de abajo hacia arriba”, donde lo realmente importante es mostrar y poner en evidencia desde la naturaleza misma, los recientes modelos económicos que se han venido implementado a nivel global, los que por su condición modifican el comportamiento humano y merecen ser analizados desde la óptica del GAL. Como es evidente y se quiso demostrar en este capítulo, el marco espacial de las plataformas o aplicaciones está solventado dentro de la órbita global, lo que indica que no es suficiente ni determinante para estas conductas las repuestas jurídicas que se les han dado de forma separada entre los estados, es necesario que estas actuaciones se diriman dentro del espacio administrativo global, puesto que la Administración escogida por nosotros (Administración *Híbrida* y Administración de instituciones privadas que desempeñan funciones de regulación) subyace únicamente sobre este concepto. Decimos entonces que la Administración global cuenta con todos los equipamientos para darle una respuesta jurídica al modelo económico por colaboración.

Acordémonos que el giro económico del cual hemos hablado, motivó e incentivó un modelo bajo el cual los ciudadanos del mundo pueden acceder por medio de las plataformas tecnológicas, aplicaciones y redes sociales, a un sin número de ofertas (bienes y servicios) que están presentes en el mercado, las cuales

pretenden hacer más fácil la vida, donde se comparten los gastos, recursos y plataformas. La era digital como gran heredera de la globalización pregona el ideal capitalista del siglo XXI, donde lo importante no es la compra y venta tradicional, sino lo principal es que todo puede tener un precio en una sociedad de mercado; en otras palabras, se entra a validar la apertura de un mercado en el cual la mayoría de las actividades y acciones humanas pueden ser puestas a la espera de una oferta, un mercado donde está permitido todo tipo de intercambio.

El origen conceptual de los eventos antes descritos está inmerso en el sistema económico colaborativo, en el cual la interacción ya no es entre *vendedor – comprador*, sino entre usuarios dispuestos a ofrecer un servicio a cambio de otro, dicho fenómeno solo es posible por el impulso generado a través de las plataformas tecnológicas y las aplicaciones, las que entre otras cosas son el motor de cambio en este modelo económico. Luego entonces se debe privilegiar desde las administraciones globales la revisión y reglamentación de las mismas, pues los avances tecnológicos no se detendrán a esperar una respuesta jurídica, por el contrario, cada día son más las aplicaciones que aparecen en el mercado, al día de hoy se tienen más de 5.000 plataformas identificadas que generan un flujo económico mayor que el de los negocios tradicionales.

Las plataformas o aplicaciones tecnológicas han empezado por desmontar algunos sectores que se consideran protegidos, donde casualmente los consumidores han acumulado un mal logro durante varios años, debido a que tienen la impresión de que el precio no concuerda con la calidad ofrecida, además de que ninguna innovación en el sector ha promovido hasta el momento una mayor cobertura con calidad. En efecto, al analizar de cerca algunos sectores de la economía nos damos cuenta que estos presentan barreras de entrada para el usuario, lo que no sucede con el nuevo modelo económico donde la única barrera, sí es que existe, es descargar el aplicativo. Una característica primordial sobre este modelo es que permite romper el método anterior sobre la producción de

bienes y servicios que se daba de forma personalizada o a gran escala; las plataformas conciben la agrupación de millones de individuos, lo que permite llegar a un proceso de personalización a gran escala

La dinámica de los sistemas de transporte basados en el consumo colaborativo, como Uber, Lyft, Bla Bla Car, entre otros, se inscribe dentro de este tipo de comportamiento económico puesto que la idea de transportarse entre usuarios está íntimamente relacionada con la concepción antes descrita. Uber representa de esta manera al nuevo modelo económico, donde los particulares pueden efectuar transacciones económicas vía plataformas o aplicaciones accesibles desde sus celulares o en sus ordenadores. Además de lo anterior Uber como plataforma tecnológica y aplicación no es un sistema de transporte en estricto sentido, es un simple intermediario tecnológico que promueve la compartibilidad de los servicios, por lo cual su prohibición por parte de algunos estados difiere de las ideas del GAL, tal y como hemos sostenido en este escrito; el Derecho no debe proteger el *statu quo* ni a determinadas empresas o sectores económicos, debe, en cambio, mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos y hacer que la mayoría de ellos puedan acceder a este tipo de avances tecnológicos.

Esta ha sido una de las mayores dificultades que desde lo jurídico y administrativo ha tenido que afrontar nuestro Estado para resolver el caso de Uber por vía de la prohibición, pues al tratarse de una empresa de tecnología con servicios de contenidos y aplicaciones a través de plataformas virtuales, no requiere autorizaciones para operar en razón a la aplicación del principio de libertad de empresa que abrió y desregularizó este servicio a través de la ley 1341 de 2009. En consecuencia, para estos desarrollos tecnológicos al servicio del público no se requiere licencias, permisos, ni autorizaciones.

Finalmente, como fácilmente lo podrá advertir el lector, en este trabajo se ha utilizado no solo la consulta real sobre publicaciones y demás medios

especializados de consulta existentes en nuestro medio, sino la virtual, que permite el fácil acceso a los libros y documentos más recientes sobre el tema que investigamos, pues muchos de los citados fueron adquiridos por compra por internet sin que su adquisición sufriera restricción por parte de la entidad supervisora de los establecimientos de comercio. Es el mundo actual construido sobre nuevas tecnologías que establecen redes invisibles, hacia donde no solo tiene que mirar el Estado y su administración, sino también la academia y la investigación.

CONCLUSION FINAL

Le corresponde a este apartado final dar cuenta de las principales ideas o aportes que la investigación produjo para la Ciencia jurídica, en términos no solo de la importancia y pertinencia del tema trabajado, sino esencialmente a la luz de las diversas discusiones y tendencias que los especialistas en la materia han generado. Es decir, se pretende determinar, con prudencia académica, esto es, sin posar de sabios, cuál es la lectura que debería hacerse del Derecho administrativo en tiempos actuales y de evidentes transformaciones.

Quienes accedan a la consulta libre u obligatoria de lo que acá se dice, podrán sencillamente entender que para explicar y comprender las *nuevas actuaciones administrativas* del Estado, dentro de un marco regulatorio supraestatal, se tuvo que partir de revisar la dinámica que su componente esencial ha presentado a lo largo de su construcción científica y jurídica; valga decir, se hizo imprescindible determinar y revisar los principales elementos que le sirvieron en su momento de causa eficiente para la construcción jurídica de la administración del Estado. Así, entonces, partimos de revisar su origen bajo la mirada de los más destacados estudiosos de la Administración, y confrontarla con la visión de reconocidos juristas que en su momento entendieron que la acción administrativa del Estado tenía su marco regulador bajo la égida de la ley y, por tanto, su estudio obedecería a las prescripciones, previsiones y limitaciones legales.

Permítaseme entonces arribar a una primera conclusión: el Derecho administrativo es el que se ocupa de regular la Administración del Estado, para lo que deberá tener en cuenta la forma y naturaleza que el mismo adopte, pues estos serán los derroteros que moldearán las distintas expresiones que, en ejercicio de su poder, legitimen su evolutivo actuar. Se pudo comprobar, con el trabajo realizado, que la dinámica de la Administración, principal característica del Derecho administrativo, se encuentra directamente relacionada con las distintas actuaciones que adopte el

Estado de acuerdo con los marcadores, muchos de ellos externos, del momento. Esta característica permite afirmar la existencia de otra que lo explica en la época actual; su maleabilidad o flexibilidad, capaz no solo de auto regularse, sino de adecuarse a las exigencias de actores foráneos.

Esta tendencia reafirma lo que venimos sosteniendo desde hace ya varios años, y es la necesidad de desjudicializar, en nuestro espacio jurídico administrativo, el Derecho administrativo, pues aún seguimos aseverando su existencia y origen a través de la emblemática jurisprudencia francesa de finales del siglo XIX y principios del XX, sin que tal visión permita si quiera comprender su incidencia y, menos, explicar los modelos y formas de organización y actuación del Estado antes de la necesitada y circunstancial aparición de la jurisdicción especial. Esta construcción contenciosa obedece a la visión parcializada con que fue tratada esta disciplina jurídica por la doctrina especializada que aún mantiene esta visión, pues poca literatura jurídica le dedican a su aparición, la que se ha resuelto con la referenciación de los famosos fallos, los que, como lo dijimos, fueron esenciales en la formación autónoma de la teoría de la responsabilidad del Estado, tema vital también, no solo para determinar las consecuencias, sino para advertirlas y prevenirlas, pero no para precisar sus causas. Con esta visión hemos crecido al punto mismo que recientemente, octubre del año 2017, celebramos 200 años de creación del Consejo de Estado, casi más antiguo que el francés.

Lo que llamamos desjudicialización del Derecho administrativo permite su abordaje para su comprensión a través de nuestra propuesta metodológica, la que dejamos sugerida en las primeras páginas introductorias de este trabajo, y que resulta de entender que su esencia es el estudio profundo de las Administraciones Públicas, partiendo de entender que para que exista verdadera Administración, se requiere tratar cada uno de sus componentes vitales: función pública, función administrativa y gestión pública. En ellos se encuentra el núcleo capital de esta especialidad jurídica (servidores, organización y actuación, y recursos físicos y

técnicos). Este abordaje permite no solo entender el verdadero sentido del Derecho administrativo, sino que su estudio contribuye a asegurar una de sus actuales tendencias; la prevención del daño antijurídico en sus distintas expresiones.

Bajo los postulados anteriores fue que se desarrolló la investigación, por lo que se hizo necesario recordar algunas de las escuelas que contribuyeron al desarrollo de la ciencia y la teoría de la Administración Pública, tratada por los máximos pensadores de la época como Bonnin y Von Stein para quienes, y así lo hemos entendido nosotros también, *todo lo que hace el Estado, en definitiva, es administrar*, transversalizada a toda su estructura y organización, y regulada y estudiada como verdadero Derecho administrativo. No obstante, en tiempos actuales, esos linderos locales o nacionales se ven comprometidos con el surgimiento de nuevas actuaciones que rebasan los límites regulatorios de la administración nacional, alterando su tradicional respuesta hacia adentro y planteando una más adecuada hacia afuera, en un espacio jurídico administrativo global del que ahora hace parte como un actor más. A esta segunda conclusión llegamos por vía de los modernos tratadistas del Derecho administrativo, y a través de una escuela ajena, o por lo menos poco tratada en nuestro entorno jurídico por hacer parte de la cultura jurídica anglosajona, como es la escuela norteamericana en cabeza de Kingsbury, Stewart y Krisch, quienes vienen planteando una tendencia adicional en tiempos actuales y que han denominado Global Administrative Law –GAL- Derecho administrativo global.

Es, entonces, sobre estas adicionales e innovadoras premisas que decidimos complementar nuestra visión de estudio del Derecho administrativo, partiendo de afirmar la existencia de algunas actuaciones administrativas que claramente rebasaron el campo regulatorio local, bien por vía del ejercicio de control de organismos administrativos supraestatales, o bien por ausencia de normatividad reguladora que permita *legalizar* una actividad que se sale del entorno tradicional

e imperativo del Estado y que aún hoy continua vigente. Esta tercera conclusión la anticipamos en cada uno de los dos casos estudiados.

Preferimos acercarnos al estudio del Derecho administrativo desde la formulación académica del pensamiento americano gestado al interior de la Universidad de New York, y a partir de esta perspectiva, adentrarnos en la referenciación del GAL desde áreas que van de la seguridad y protección ambiental, hasta la propiedad intelectual, estándares de competencia estatal, regulación financiera; y como aporte significativo de nuestro estudio, elevamos a dicha categoría parte de los estudios sobre economía colaborativa y las actuaciones públicas dentro del marco global.

Finalmente, logramos comprender cómo los fenómenos globales han promovido la circunscripción de conceptos como la gobernanza global dentro de un espacio administrativo global, donde no solo intervienen los estados, sino que aparecen en plena acción otros actores como los particulares, ONG's, sociedad civil y demás. De esta conformación surge un modelo de Derecho que seguramente estará a la orden del día, al momento de establecer diálogos y debates sobre el siglo XXI y su marcada tendencia economicista. Un buen estudio y uso de los principios de GAL, ayudaría en nuestro País a los académicos y ciudadanos en general a promover prácticas mejor realizadas, motivadas con sentido de rendición de cuentas ante los actores globales, de allí que se deba seguir avanzando por este camino de análisis, ya sea a la manera tradicional *de arriba hacia abajo* o, en su defecto, por la mejor manera de estudiar los fenómenos globales de *abajo hacia arriba*, lo que implica fortalecer la gobernanza y garantizar la participación de los actores excluidos o débiles.

Los gobiernos nacionales y las autoridades públicas junto con los actores privados deben conformar grupos de análisis donde se cuestione la validez de sus actividades, frente a la creciente apertura de una participación global y la

implementación de políticas que prefieran la sistematización de dichos resultados por encima, quizás, de la orientación jurídica local, dado que, como hemos podido observar, cada evento local incide en la vida global, es decir que se torna la responsabilidad en un grado superior al contrastarla con la postura clásica de este Derecho.

Ahora bien, podemos ir cerrando nuestro propósito investigativo respondiendo los cuestionamientos que nos fijamos a su inicio, los que en su gran mayoría encuentran respuesta en las líneas anteriores. Sin embargo, sí es necesario referirnos al último interrogante, que recoge los demás; esto es, precisar, con meridiana claridad, si es posible que nuestra Administración local pueda empezar a hacer uso de las herramientas jurídicas que nos brinda el Derecho administrativo global para procurar dar solución regulatoria y pacífica a las situaciones que actualmente no encuentran respaldo en el Derecho administrativo nacional; o como allí quedó planteado ¿Cómo el Estado colombiano debe responder frente a una actividad que desborda la regulación simplemente doméstica?

La respuesta a dicho interrogante la encontramos a lo largo de lo descrito y trabajado en toda la investigación, principalmente lo considerado en los capítulos 5 y 6, pues es allí donde desarrollamos conceptual y casuísticamente el núcleo esencial del trabajo, por lo que resumirlo en este espacio resulta no solo difícil sino riesgoso. No obstante debemos decir que nuestro Estado sí debe empezar a fortalecer su Derecho administrativo generando y abriendo espacios de gobernanza participativa más plurales y transfronterizos que le permitan ir construyendo un entorno jurídico de Administración global, en donde los actores de esta gobernanza, no solo sean partícipes en la formulación y diseño de las políticas públicas que los afectan, sino también destinatarios de los resultados que se vayan dando con su implementación, es decir, en términos de los creadores del GAL, privilegiar una adecuada rendición de cuentas que permitan un efectivo control y la implantación de una cultura administrativa de prevención de riesgos,

privilegiando los principios rectores de transparencia y publicidad. Este paso ya lo dieron ordenamientos como el mexicano para el caso del *tecno-transporte*, tal y como lo dejamos claro en el estudio del caso UBER.

También es importante denotar que el estudio y análisis de casos a partir de la construcción de la teoría del GAL, nos ha proporcionado una línea de trabajo estable que en nuestro medio jurídico se justifica en cuanto a que han existido al menos dos tendencias rastreables: la primera, que fue demostrada durante el trabajo, y corresponde a aquella en la que se desborda el ejercicio de control institucional y que obliga a acudir a instancias globales para obtener respuesta y protección inmediata, lo que nos permite concluir, con el primer caso de estudio escogido, la necesidad de entablar un diálogo jurídico entre el Derecho local y el espacio jurídico administrativo global. Así mismo, una segunda tendencia que resulta del análisis moderno frente a actuaciones supranacionales que atomizan la acción reguladora de los estados, en la medida que dichas actividades, al ser de esencia global, no tienen ni tendrán un foco de ejecución territorialmente estable, sino que deberán asumir, por sus propias características, la rápida y efectiva movilidad dejando a la normatividad local en camino de respuesta, por lo que a partir de las novedosas formas de administración y control globales, deben empezar a implementarse aceptando la existencia de entidades supranacionales, que no solo vienen emitiendo conceptos, normas y políticas de aplicación en diferentes escenarios de la vida global, sino la mayoría de las veces, imponiendo su voluntad frente a los actores débiles o desconocidos en la gobernanza global. Esta línea también logramos demostrarla en el trabajo elaborado, constituyendo un aporte investigativo que permitirá producir nuevas soluciones, normas y exploraciones sobre los temas de reciente aparición, expresados en la llamada economía colaborativa, tal y como también pudimos corroborarlo con ejemplos que soportan el producto de la escuela de Nueva York, y que observados académicamente por este imponente actor, reflejan la necesidad de por lo menos construir una tendencia que solo encuentra explicación en la disciplina jurídica

administrativa, por ello hicimos referencia a algunas actuaciones del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la Organización Mundial del Comercio o a las reglamentaciones ISO, entre otras, donde claramente se denota la necesidad de implementar a nivel local nuevas formas de entender estos acontecimientos.

En efecto, y con el propósito de explicarnos la reciente y novedosa teoría, nos dimos a la tarea de indagar los efectos que, desde la economía colaborativa se vienen dando en apenas una década en el mundo, ejemplos estos que son muy variados y van desde las plataformas de negociación virtual hasta los aplicativos para generar moneda o dinero electrónico. De esta manera escogimos la conocida plataforma o aplicación UBER, que ha logrado establecer un sistema no solo de negocio, sino también de parámetros al momento de realizar una actividad que aquí acuñamos como *tecno-transporte*, toda vez que su diseño propugna por afincarse en todos los países del mundo sin importar la clase de normatividad interna. Llegados a este punto tuvimos que hacer un análisis de abajo hacia arriba, es decir, que fuimos tomando como base investigativa lo sucedido en Colombia y fuimos expandiendo la argumentación hasta encontrar disparidad de soluciones en el espacio global, ya que al no existir un ente o institución que controle, supervise y vigile estas actividades, los estados han tenido que abrir su espacio local a la intervención de actores globales, regulando esta actividad o, como en nuestro caso, dejando desprovista de regulación dicha acción, optando por calificarla de ilegal pero generando un indeseable entorno de anarquía jurídica y administrativa.

La respuesta que pudimos orientar a través de la tesis doctoral nos llevó a determinar que, lejos de considerar que estamos en presencia de fenómenos desconocidos o inciertos, teníamos que remitirnos a un estudio profundo del Derecho administrativo, pero esta vez desde la Administración misma. Allí pasamos por los siglos XVI y XVII en Francia, Alemania, Italia y España y de nuevo regresarnos a Francia en el siglo XIX, para vislumbrar que con el estudio de

los teóricos en la materia podríamos comprender el sustento mismo del GAL, a partir de una estructura basada en el concepto de Administración. Ello nos llevó a sostener, en varios apartados, que dicha administración constituía el verdadero sentido de este Derecho, el cual debe orientarse a ofrecer soluciones públicas, motivadas y concertadas con los actores globales, donde no solamente se integre unos muy pocos actores, sino a todo un sector preferente según la materia, el asunto y el objeto; esto es lo que actualmente se entiende como espacio administrativo global que integra la gobernanza global. Aunado a lo anterior se hace una introducción académica de esta postura jurídica que viene desde hace poco menos de veinte años, cobrando vigencia en nuestro medio, pues si bien existen estudios sobre el GAL en Colombia, tenemos que aclarar que el aquí apenas trabajado, es una propuesta novedosa al entregar un triángulo de exposición que pasa por lo global, lo internacional y llega a lo local, y que al ser visto de manera contraria, como los casos estudiados, lleva a dimensionar y formular nuevas maneras de entender estos fenómenos de recientes ocurrencia.

Es ahora donde resulta fundamentalmente importante generar un espacio de proyección y verdadera creatividad administrativa, adoptando también *think thanks* necesarios para la producción de ideas, análisis y pensamiento global, rediseñando las políticas públicas bajo un esquema de competencia comparativa en el mercado universal y virtual del conocimiento, con el fin de lograr asegurar no solo la participación sino la confianza del ciudadano y su Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Responsabilidad del estado*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973.

ALVAREZ LONDOÑO, Luis Fernando. *Derecho Internacional público*. Bogotá: Universidad Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

AMADO ABRIL, Jesús Hernando. *El Derecho Administrativo global y las aplicaciones tecnológicas para el transporte individual*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016.

AMATUCCI Andrea, *Historia del Derecho de la hacienda pública y del Derecho tributario en Italia: el aporte del pensamiento jurídico financiero de la Italia meridional*. Bogotá: Temis, 2004.

ARIÉS, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Ediciones Taurus, 1987.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado – Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

ARTOLA GALLEGO, Miguel, *Antiguo régimen y revolución liberal*. Barcelona: Ariel, 1978.

AUBI, J. *La Globalización, El Derecho y El Estado*. Sevilla: Global Law Press. Editorial Derecho Global, 2012.

BARANDICA DOMINGUEZ, Adalberto, *La globalización del Derecho frente al contrato público global* (modelo de contrato público global). Barranquilla: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2013.

BARÓN BARRERA, Guillermo, *Transformación del Derecho administrativo en Derecho económico*. Bogotá: Ediciones de la U, 2015.

BARNES, Javier. Editor y coordinador. *Las transformaciones del Derecho administrativo*. Sevilla: Editorial Derecho Global-Global Law Press, 2008

BATTINI, Stefano. *International Organizations and Private Subjects: A Move Toward a Global Administrative Law?* Institute for International Law and Justice New York University School of Law, 2005

BAUMAN, Z. *Tiempos Líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Tusquets Editores México S.A. de C.V. México DF, 2008.

----- . *La Globalización: consecuencias humanas*. Segunda edición en español. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

BAUMAN, Zygmunt y BORDONI, Carlo. *Estado de crisis*. España: Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, 2016.

BECK, U. *Poder y contrapoder en la era global*. Barcelona: Paidós Ibérica S, 2004

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

------. *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Ponds, Madrid, 1994.

BENITES MONTEIRO, Rodrigo & RAMUNDO WALTER, Marcelo. *O estado de Bodin no estado do homem renascentista*. Revista de Historia, núm. 152, junio, 2005.

BENJAMÍN GONZÁLEZ, Alonso. *Las raíces ilustradas del ideario administrativo, Dela Ilustración al liberalismo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.

BENTES MONTEIRO, Rodrigo & RAMUNDO WALTER, Marcelo. *O estado de Bodin no estado do homem renascentista*. Revista de Historia, núm. 152, junio, 2005, Universidad de São Paulo. p. 189-214.

BONNIN BAPTISTE, Charles-Jean, *Principios de Administración pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

BREBER-CARIAS, Allan R. “*El proceso de huida y de recuperación del Derecho administrativo*”. Artículo que forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. “*De la Administración Pública Burocrática a la Gerencia*”. Documento extraído en marzo de 2017

BRICEÑO DE VALENCIA, María Teresa, ZAMBRANO, Cetina y ALVARADO ARDILA, Víctor Hernando. *Instituciones del Derecho administrativo en el nuevo código: una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011*. Consejo de Estado. Sala de Gobierno: Banco de la República, Bogotá D.C., 2012.

BURBANK, Jane y COOPER, Frederick. Imperios, Crítica. Barcelona, 2011.

BURGOS SILVA, José German. *La judicialización del Derecho internacional en el Contexto de la Globalización*. En: El acceso al Derecho Global. El otro Derecho. Bogotá, 2001.

CALDERÓN ORTEGA, José Manuel. *Felipe el Hermoso*, Espasa, Madrid, 2001.

CARBONELI, M. Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos. México: Porrúa, 2004.

CARRE DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

CASSESE Sabino. *Derecho Administrativo: Historia y futuro*. INAP. Madrid, 2014.

----- . *Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho Administrativo, en La constitucionalización del Derecho Administrativo -XV jornadas internacionales de Derecho Administrativo-*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2014

----- . “*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.

----- . *La construction du Droit administratif: France et Royaume-Unie*. Montchrestien. París, 2000.

----- . *La Globalización jurídica*, Madrid, Marcial Pons – INAP, 2006.

----- . “*El espacio Jurídico Global. En: Revista de Administración pública. N° 157, 2002.*

COSSALTER, P. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* Mémoire pour le DEA de Droit Public Interne de L’Université Panthéon-Assas (Paris II), 1999.

CUÉTARA, Juan Miguel de la. Título, *La actividad de la Administración: lecciones de Derecho administrativo,* Tecnos, Madrid, 1983.

DARESTE, Rodolphe. *Études sur les origines du contentieux administratif* en France. II. *Le Conseil d’État.*, en *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869). Vol. 1 (1855). Editorial Dalloz. pp. 239-271. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/43840228>

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.* Santa Fe de Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas UN, ILSA. 2002.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América.* México: Fondo de cultura económica, décimo quinta reimpression, 2011.

----- *El antiguo régimen y la Revolución.* México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

DEL SAZ CORDERO, Silvia. *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas.* En: *Revista de Administración pública.* Madrid. 1994. N° 133.

DESCHNER, Karlheinz, *Alta edad media: el auge de la dinastía carolingia,* Ediciones Martínez Roca, Barcelona, 1995.

DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant G. *“La internacionalización de las luchas por el poder”*. Traducción Antonio Barreto. Coedición: ILSA Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá, 2002.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel. *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2006.

DUBET, Anne, *La hacienda real de la Nueva Planta (1713-1726), entre fraude y buen gobierno*, Fondo de Cultura Económica, México, 2015.

DUBY, Georges, *Europa en la edad media*, Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Planeta Agostini. Barcelona, 1977.

ELIAS, Norbert. *El proceso de la civilización*. México, FCE, 1988.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. *La Huida del Derecho Administrativo*, En: Revista Holística Jurídica N.3. Universidad San Buenaventura. Medellín, 2005.

ESTY, Daniel C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, 115 Yale Law Journal, 1490, 2006

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio y población*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

FALCAO MARTINS, Humberto y MARINI, Caio. *Una guía de gobernanza para resultados en la Administración Pública*. Brasilia –DF-: Publix Editora, 2010.

FORERO SALCEDO, José Rory. *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. La influencia del Derecho comparado*. Bogotá: Universidad Libre, primera edición, 2011.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1958.

GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, décima octava época, México 15 de julio de 2015, No. 133 Bis.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas. S. A. Madrid, 1995.

----- . *La lengua de los Derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.

----- . Prólogo a Chinchilla Lozano en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Uned-Civitas, Madrid, 1992.

----- . *Revolución francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 1984.

----- . *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*. En: Revista de Administración pública. Nº 33. Madrid, 1960.

GARCÍA-HERREROS SALCEDO, Orlando. *Lecciones de Derecho administrativo*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1994.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid. Alianza, 1996

GARZÓN OSPINA, Andrés Fernando. *La constitucionalización del Derecho administrativo*. En la constitucionalización del Derecho administrativo- XV JORNADAS-. Universidad Externado de Colombia, 2014.

GAY, Vicente, *La hacienda social: fiscalismo, capitalismo y sociología financiera*, Aguilar, Madrid, 1948.

GÓMEZ CARDONA, Efraín, *La Responsabilidad del Estado en la Constitución de 1991*, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.

GONZÁLEZ FRANCO, Diana Julieth. *La operación fénix: Evaluación del sistema de solución de controversias de la OEA a la luz del Derecho administrativo global*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

GONZÁLEZ LATORRE, Indira. *El juez administrativo colombiano. ¿Un actor influyente en el fortalecimiento del Estado social y constitucional de Derecho?* Universidad del Rosario, 2015.

GONZÁLEZ LAYA, Arancha. *Globalización y Derecho. Una visión desde la organización mundial del comercio*, en *Derecho Administrativo global*. INAP. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales, 2010.

GORDILLO, Agustín. Director. *El nuevo Derecho Administrativo en América Latina*. Buenos Aires: ediciones Rap S.A, 2009.

GUÉRARD, Stephan. *Le juge administratif en France. Contemporary Readings in Law and Social Justice* Volume 5(2), 2013.

GUERRERO OROZCO, Omar. *El origen de la ciencia de la Administración*. Editorial Publimex, s.a. México, 1990.

-----. *Introducción a la Administración Pública*. México, Harper and Row Latinoamericana, 1984.

-----. *La Teoría de la Administración Pública*. Textos Universitarios en ciencias sociales. México, 2000.

-----. *Principios de Administración pública*. Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá D.C., 1997.

-----. *Las ciencias camerales: origen común de la ciencia de la administración y la economía política durante el absolutismo alemán*. En: Revista de Administración Pública. Colegio de Ciencias Sociales. Universidad de Puerto Rico, 1985.

-----. *Las ciencias de la Administración en el Estado absolutista*. Distribuciones Fontamara. México, 1986.

-----. *Los Grandes Maestros de la Administración pública*. Revista de Gestión Pública 15. Volumen IV, Número 1. Enero-junio 2015.

GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE LOS PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN. Universidad Libre. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Socio Jurídicas. Bogotá, 2011.

HABËRLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL, 2007.

HARMON, Michael M. y MAYER, Richard. *Fundamentos de la teoría de las organizaciones y la Administración Pública*. *En Teoría de la organización para la Administración Pública*. . Fondo de Cultura Económica. Primera edición. México, 1999.

HARMON, Michael M. y MAYER, Richard T. *Teoría de la organización para la Administración Pública*. México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública A.C., Fondo de Cultura Económica, 2001.

HAURIOU, Maurice. *Obras escogidas*. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1976.

HENAO HIDRÓN, Javier. *Administración Pública Económica*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda, 2012.

INGLEHART, Ronal. *Modernización y posmodernización. El cambio cultural, económico y político en 43 sociedades*. Traducción María teresa Casado. Editorial Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2001

JIMÉNEZ, William Guillermo. *Globalización jurídica Estado-nación y territorio*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editora Nacional. México, 1957.

KEYNES, John Maynard. *Teoría General del Empleo, el Interés y el Dinero*. Biblioteca de Grandes Economistas del Siglo XX. Madrid: Ediciones Aosta, 1998.

----- . *Tratado del dinero: Teoría pura y aplicada del dinero*. Biblioteca de Grandes Economistas del Siglo XX. Madrid: Ediciones Aosta, 1996.

KINGSBURY & STEWART. *Hacia el Derecho Administrativo global. Principios, fundamentos y aplicación*. Sevilla: Global Law Press. Editorial Derecho Global, 2012.

KINGSBURY Benedict, KRISCH, Nico and STEWART Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. 68 *Law & Contemporary Problems* 15, 2005.

------. *El surgimiento del Derecho Administrativo Global*. Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Marzo 2010.

KINGSBURY, Benedict y KRISCH, Nico. "Introduction: Global governance and Global administrative law in the International legal order." *European Journal of International Law* 17(1): 1-14. 2006.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico, STEWART, Richard, WIENER, Jonathan. "Foreword: Global governance as administration - nation and transnational Approaches to Global administrative law." *Law and contemporary problems* 68(3-4): 1-13. 2005.

KINGSBURY, Benedict. y otros. Foreword: *Global governance as administration - nation and transnational Approaches to Global administrative law*. 2006.

KINGSBURY, Benedict, y STEWART, Richard B. *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*. Global Law Press-Editorial Derecho Global. Sevilla, España, 2016

LADOUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and transnational regulation*. *International Law and Justice Working Papers*. New York University School of Law. 2011.

LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Axel, 2009.

LE GOFF, Jacques, *Mercaderes y Banqueros de la Edad Media*. Barcelona: Oikos-tau, s.a, 1991.

----- . *¿Nació Europa en la Edad Media?*, Crítica, Barcelona, 2011.

LEGENDRE, Pierre. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*. PUF. Paris, 1968.

LETOURNEUR, Maxime. *El consejo de Estado Francés*. Escuela Superior de Administración Pública. Bogotá, 1968.

LONG Marcel, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy. *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Ediciones Librería el profesional. Primera edición. Bogotá, 2000.

LONG, Marceau, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Ed. Dalloz, Paris, 2015.

MACCHIA, Marco. *The Domestic Implementation of International Regulatory Norms: Department of Transportation v. Public Citizen, en Global administrative law cases, materials, issues*. IILJ. New York, 2008.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

MANNORI, Luca. *Justicia y Administración entre antiguo y nuevo régimen*. R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*. Trad. Alejandro Agüero y M^a Julia Solla. Bologna, 1997.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras*. *En Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*. México, 2008.

MARTÍNEZ GIJÓN, José. *La legislación. En Historia general de España y América – La crisis de la hegemonía española siglo XVI-*. Tomo VII. Ediciones Rialp. Madrid, 1991

MAYNTZ, Renate. *El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna*. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. No. 21. Caracas, 2001.

------. *Los Estados nacionales y la gobernanza Global*. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas, 2002.

MC LUHAN, Marshall. *La galaxia de Gutenberg*, Origen Planeta, México, 1985.

MELO ACOSTA, Fernando, *La responsabilidad objetiva de la Administración pública*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., 1991.

MING-SUNG, Kuo. On the constitutional question in Global governance: Global administrative law and the conflicts-law Approach in comparison. In *Global Constitutionalism*. Cambridge University Press. United Kingdom,. 2013.

MÍNGUEZ, José María, *Las claves del período carolingio: 723-879*, Editorial Planeta, Barcelona, 1991.

MOCKLE, Daniel. *Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global*. *Les Cahiers de droit*, 2012.

------. *Les Cahiers de droit*, Volume 53, número 1, marzo 2012.

MODERNE, Franck. *La responsabilité du maître de l'ouvrage*. *Revue de droit immobilier*. Vol. 24, N° 6, 2002.

MONTAÑA PLATA, Alberto. *El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho Administrativo. En La constitucionalización del Derecho administrativo - XV JORNADAS-*. Universidad Externado de Colombia, 2014

----- . *Fundamentos de Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

MONTERO PASCUAL, Juan José y otros. Director. *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber, y otras plataformas*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, España, 2017.

MÜHLBACHER, Engelbert, *Deutsche Geschichte unter den Karolingern*. Ernst Dümmler; mit nachwort und schrifttumsverzeichnis von Harold. Alemania, 1896.

MULLER, Pierre. *Las Políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

NGLEHART, Ronal. Modernización y posmodernización. El cambio cultural, económico y político en 43 sociedades. Traducción María teresa Casado. Editorial Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 2001.

NIETO, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

ORDOÑEZ-MATAMOROS, Gonzalo / Director. *Manual de análisis y diseño de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO –OCDE-. *COLOMBIA. Políticas prioritarias para un desarrollo inclusivo. Enero*

2015. Obtenido de <https://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO –OCDE-. *Estudios económicos de la OCDE Colombia. Mayo 2017. Visión general.* Obtenido de <http://www.oecd.org/eco/surveys/Colombia-2017-OECD-economic-survey-overview-spanish.pdf>

PAREJO, Luciano. *Lecciones de Derecho administrativo.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

PENAGOS VARGAS, Gustavo. *Fundamentos del acto y del Derecho administrativo según los sistemas políticos.* Bogotá: Ediciones Librería el Profesional, 2001.

------. *Bases jurídico-políticas del Derecho administrativo: el consejo de Estado Francés, origen del Derecho administrativo,* Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2009.

------. *Curso de Derecho administrativo,* Librería del Profesional, Bogotá D.C., 1988.

------. *El Consejo de Estado de Francia: origen del Derecho administrativo en el mundo.* Librería del Profesional. Bogotá. 1993.

PEÑA TORRES, Diego Isaías. *La construcción del Derecho Administrativo Colombiano.* Bogotá: Editorial Temis, 2008.

PÉREZ MARCOS, Regina María (Coord., *Teoría y práctica de gobierno en el antiguo régimen,* Marcial Pons, Madrid, 2001.

PETIT-DUTAILLIS, Charles Edmond, *La monarquía feudal en Francia y en Inglaterra (siglos X a XII)*. Editorial Hispano-Americana, México, 1961.

PIERRE, Legendre. *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*. PUF. Paris, 1968.

PIKETTY, Thomas. *El capital en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

PONCE SOLÉ, Juli. *Procedimiento Administrativo, buena Administración y Globalización*. En el seminario «Derecho Administrativo europeo y Derecho Administrativo global: elementos para una comparación», Facultad de Ciencias Políticas de la Università degli Studi de Italia, Tuscia, 14 de noviembre de 2008.

----- . Coordinador. *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2010.

RATTON SÁNCHEZ, Michelle. *El Proyecto 'Derecho Administrativo Global': Una Reseña Desde Brasil*. Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Marzo 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 5. Madrid, 2001.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto y Otros. *Globalización del Derecho Administrativo, Estado Regulador y Eficacia de los Derechos*. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2012.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. / Editor académico. *Derecho administrativo. Reflexiones contemporáneas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.

------. *Burocracia, Gerencia pública y Gobernanza*. En: *Dialogo de saberes*. Bogotá. 2009.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Derecho administrativo económico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Séptima Edición, 2015.

RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá D.C., 2015.

------. *Derecho administrativo*, ESAP, Bogotá D.C., 1980-1981.

------. *Un siglo de jurisdicción administrativa y Derecho administrativo en Colombia*, Temis, Bogotá D.C., 2013.

------. *La explicación histórica del Derecho administrativo*. Estudio publicado EN: *Derecho administrativo*, en homenaje a Jorge Fernández Ruíz, Universidad Autónoma de México y Asociación mexicana de Derecho administrativo, México, 2013. Recuperado de <http://derechoydebate.com/admin/uploads/567881a6c50ac-libardo-rodriguez-derecho-administrativo-global.pdf>

------, *El Derecho administrativo Transnacional o global: un nuevo capítulo del Derecho administrativo*. Estudio publicado EN: *Derecho administrativo*, en homenaje a Jorge Fernández Ruíz, Universidad Autónoma de México y Asociación mexicana de Derecho administrativo, México, 2013. Recuperado de <http://derechoydebate.com/admin/uploads/567881a6c50ac-libardo-rodriguez-derecho-administrativo-global.pdf>

RIVERO, Jean. *Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.

ROBLEDO DE DIOS, Tomas Jesús. *Auxiliares de la Administración local*. Ediciones Rodio. Sevilla, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo global y Derecho fundamental a la buena Administración pública*. Tomado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/Derecho-administrativo-global-y-Derecho>.

RODRÍGUEZ MARTINEZ, José Eduardo. Editor académico. *Las miradas a la globalización desde el Estado, el Derecho y el territorio*. Bogotá: Universidad Libre, 2015.

-----, *Estado, Constitución y territorialidad*. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

ROSADO PACHECO, Santiago. *Modelos europeos de justicia contencioso-administrativa*. Editorial Dykinson, Madrid, 2007.

ROTH DEUBEL, André-Noël. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá, Ediciones Aurora, 2007.

SALAZAR CORCHO, Rafael Allende. *La regulación de la economía colaborativa: AIRBNB, BLABLACAR, UBER y otras plataformas*. Tirant lo Blanch. Madrid, 2017.

SAN MARTÍN, Raquel. Periódico La Nación de Argentina, publicado por el diario El Tiempo bajo el título “¿Crearé la tecnología una nueva forma de capitalismo?”, el 27 de septiembre de 2015.

SANDEL, Michael. *Lo que el dinero no puede comprar*. Debate, Bogotá, 2013.

SANTAMARÍA, Pastor. Juan Alfonso. *Apuntes del Derecho Administrativo*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1987.

SANTAMARÍA. Juan Alfonso. *Principios de Derecho administrativo general tomo I*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

SEISDEDOS, Gildo. *Cómo gestionar las ciudades del siglo XXI: del "city marketing" al "urban management"*. Ed. Pearson Educación. México, 2007.

SERNA DE LA GARZA, José María. *Reflexiones sobre el concepto de Gobernanza Global y su impacto en el ámbito jurídico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. D. C., 2009.

SERRANO SALOMÓN, David Andrés. *La huida del Derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas*. En: Revista de Derecho público. Bogotá. 2015. N° 34.

SIMONNET J. *Les parlements sous l'ancienne monarchie, Leurs Grandeurs et Leurs Faiblesses*. *Revue historique de droit français et étranger* (1855-1869), Vol. 4 1858.

SIMMONS, Merle E. *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*. Ediciones Mapfre, Madrid, 1992.

SLAVIN, Luis Pablo. *El capitalismo depredador. los escándalos corporativos del siglo XXI*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2005.

SOTO KLOSS, Eduardo, *Sobre el origen de la "Teoría del Fisco" como vinculación privatista del Príncipe*, Revista de Derecho Público n. 12, Santiago de Chile, 2014.

STEINACKER. Edition: Zweite unverändert auflage. Editorial: Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959. Ullmann, Walter, Methuen, London, 1969.

STIGLIZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. Taurus. Bogotá, 2002.

TEUBNER, Gunther, SASKIA, Sassen y STEPHEN, Krasner. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 2010.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant Lo Blanch. Madrid, 2017.

TWINING, William. *Derecho y Globalización*. Traducción Oscar Guardiola-Rivera y otros. Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes – Facultad de Derecho. Bogotá, 2005.

TWINING, William. *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2013.

----- . *Derecho y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2013.

ULPIANO. Reglas de Ulpiano. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1946.

URUEÑA, René. Compilador. *Derecho internacional. Poder y límites del Derecho en la sociedad global*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2015.

VEDDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Biblioteca Aguilar, Madrid, 1980.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del Derecho administrativo: ensayo de Derecho público comparado*, Institución Universitaria Sergio Arboleda, Bogotá D.C., 1996.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. Legis editores s.a. Doceava edición. Bogotá, 2004.

------. *La reforma del consejo de estado francés o forcejeo entre el gobierno y la universidad*. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. -- Vol. 57, no. 461-462 (Mar./Jul.1963). Bogotá.

VILLAR PALASÍ, José. *Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas*. En *Contribuciones a la Economía*. Madrid, 2010.

------. *“La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”*. En: *Revista de Administración Pública*. No. 3. Madrid, 1950.

------. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid, 1968.

VON STEIN, Lorenzo. *Movimientos sociales y monarquía*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981.

----- . *Tratado de teoría de la Administración y Derecho administrativo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

VON BOGDANDY, Armin y MIR PUIGPELAT, Oriol / Coordinadores. *El Derecho administrativo en el espacio jurídico europeo*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

WEIL, Prosper. *El Derecho Administrativo*. Cuaderno civitas. Madrid, 1966.

YAMAMOTO, Soji. *The Positive Basis of International Administrative Law*. En *Law and Contemporary Problems* Vol. 68, No. 3/4, The Emergence of Global Administrative Law. Neu York, 2005.

YOUNES MORENO, Diego. *Las reformas del Estado y de la Administración Pública*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoría general del estado: (ciencia de la política)*, Universidad Nacional Autónoma de México UNAM, México, 1985.

ZUCKERMAN, Mortimer. *The Great Recession Continues*. The Wall Street Journal. 01.21.2010

FUENTES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

ALEMANIA. LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA / LEY FUNDAMENTAL DE BONN del 22 de mayo de 1949. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Traducción. Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche

Hochschule für Verwaltungs wissenschaften Speyer. Edición del texto actualizado de 2010.

ARGENTINA. CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. 03 de enero de 1995.

BOLIVIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLIVIA. 07 de febrero de 2009.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Códigos básicos, Legis editores S.A. Bogotá, 2018.

ECUADOR. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Decreto legislativo 0, Registro oficial 449 del 20 de octubre de 2008, última modificación 13 de julio de 2011, estado vigente.

ESPAÑA. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 1978.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Departamento de Estado de los Estados Unidos, Oficina de Programas de Información Internacional, 2004.

FRANCIA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FRANCESA. 04 de octubre de 1958, actualizada con la ley constitucional del 23 de julio de 2008.

ITALIA. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA. 21 de diciembre de 1947.

MÉXICO. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 05 de febrero de 1917, incluye la reforma DOF del 29 de enero de 2016.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 4 (20, agosto, 1913). Código de Régimen Político y Municipal. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28, Octubre, 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (30, diciembre, 1993). *Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 41.158 del 30 de diciembre de 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 (11, julio, 1994). *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 41.433 del 11 de julio de 1994.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 412 (06, noviembre, 1997). *Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 43.168 del 7 de noviembre de 1997.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 489 (29, diciembre, 1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 43.464 del 30 de diciembre de 1998.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 (05, febrero, 2002). *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 44.699 del 5 de febrero de 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 (16, julio, 2007). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1341 (30, julio, 2009). *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 47.426 del 30 de julio de 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Colección de textos jurídicos No. 1, Bogotá, 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1444 (04, mayo, 2011). *Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones*. Bogotá D.C. Diario Oficial No. 48.059 del 4 de mayo de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1454 (28, junio, 2011). *Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican*

otras disposiciones. Bogotá, D.C. Diario Oficial No. 48.115 del 29 de junio de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. PROYECTO DE LEY 126 – SENADO- (25, noviembre, 2015). *Por medio de la cual se crea el servicio privado de transporte mediante plataformas tecnológicas y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C. Gaceta del Congreso del 25 de noviembre de 2015.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto constitucional 1421 (21, Julio, 1993). *Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.* Bogotá D.C. Diario Oficial No. 40.958 del 22 de julio de 1993.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2297 (27, noviembre, 2015). *Por el cual se modifica y adiciona el Capítulo 3, Título 1, Parte 2, Libro 2 del Decreto número 1079 de 2015, en relación con la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en los niveles básico y de lujo.* Bogotá D.C. Diario oficial No. 49.709 del noviembre 27 de 2015.

COLOMBIA. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Resolución 02475 (14, junio, 2016). *Por medio de la cual se adelanta una declaratoria de existencia de razones de interés público.* Bogotá D.C.; el Ministerio, 1993. 10 p.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE. Resolución No. 07838 (02, marzo, 2016). *Por la cual confirmó la sanción de 700 SMLMV (equivalentes a \$451'045.000) impuesta a la sociedad UBER COLOMBIA S.A.S.* Bogotá D.C.; la Superintendencia, comunicado del 07 de marzo de 2016.

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Decreto 782 (30 de noviembre de 1994). *Por el cual se crea la Unidad Ejecutiva de*

Servicios Públicos, dependiente del Despacho del Alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, D.C. Bogotá D.C. Registro Distrital No. 910 del 7 de diciembre de 1994.

COLOMBIA. CONSEJO DE BOGOTÁ, D.C. Acuerdo 257 (30 de noviembre de 2006). *Por el cual se dictan normas básicas sobre la estructura, organización y funcionamiento de los organismos y de las entidades de Bogotá, Distrito Capital, y se expiden otras disposiciones.* Bogotá D.C. Registro Distrital No. 3.662 del 30 de noviembre de 2006.

COLOMBIA. CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C. Acuerdo 489 (12, junio, 2012). *Por el cual se adopta el plan de desarrollo económico, social, ambiental y de obras públicas para Bogotá D.C. 2012-2016 Bogotá Humana.* Bogotá D.C. Anales del Concejo del 12 de junio de 2012.

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ D.C. Resolución 065 (08, febrero, 2011). *Por la cual se declara la urgencia manifiesta con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva, y la correspondiente interventoría administrativa, técnica, operativa, económica, financiera y contable, ambiental, sanitaria y de sistemas.* Bogotá D.C. Registro Distrital No. 4.835 del 14 de febrero de 2012.

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ D.C. Resolución 552 (08, septiembre, 2011). *Por la cual se declara la urgencia manifiesta con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo*

en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva. Bogotá D.C. Registro Distrital No. 4.788 del 7 de diciembre de 2011.

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Decreto 564 (10, diciembre, 2012). *Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012. Bogotá D.C. Registro Distrital No. 5.022 del 10 de diciembre de 2012.*

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Decreto 570 (14, diciembre, 2012). *Por medio del cual se decreta el estado de prevención o alerta amarilla para el manejo y control adecuado de los Residuos Sólidos Urbanos generados en el Distrito Capital dentro del marco de Gestión Integral de Residuos Sólidos y se adoptan otras disposiciones. Bogotá D.C. Registro Distrital No. 5.025 del 14 de Diciembre de 2012.*

COLOMBIA. ALCALDÍA MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE BOGOTÁ D.C. Resolución 768 (17 de diciembre de 2012). *Por la cual se declara la urgencia manifiesta con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, con excepción del material potencialmente reciclable y cuya recolección corresponda a la población recicladora de oficio bajo el esquema de inclusión implementado por el Distrito Capital a través de la UAESP, el barrido, la limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo*

y administrativo que ello conlleva; dar cumplimiento al Auto de la Corte Constitucional No. 275 del 19 de diciembre de año 2011, por el cual se obliga a la UAESP a ejecutar acciones afirmativas que hagan efectiva la inclusión de la población recicladora de oficio en la actividad del aprovechamiento, y al Decreto Distrital No. 564 del 10 de diciembre de 2012, por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012. Bogotá D.C. Registro Distrital No. 5.067 del 19 de febrero de 2013.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicado 110010325000201400360 00. No. Interno 1131-2014. MP. Cesar Palomino Cortés. Bogotá 15 de noviembre de 2017. Folio 22.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-137 del 09 de abril de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1157 del 04 de septiembre de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-551 del 09 de julio de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynetth.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-724 del 20 de agosto de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-677 del 15 de julio de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-988 del 12 de octubre de 2004. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-541 del 30 de junio de 2010. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-712 del 17 de octubre de 2013. MP. Jorge Iván Palacio Mejía.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-355 del 05 de junio de 2014. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-500 del 16 de julio de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-355 del 11 de junio de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-445 del 19 de agosto de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “CAPITULO I. DISPOSICIONES GENERALES. ARTÍCULO 1. Naturaleza y Régimen Jurídico.

Estatuto de la CIDH. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/acerca-de/estatuto>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “I. NATURALEZA Y PROPÓSITOS. Artículo 1. 1 Documento rescatado en diciembre 2017 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/estatutoCIDH.asp>

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Artículo 23. Derechos Políticos. Extraído diciembre de 2017 de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, décima octava época, México 15 de julio de 2015, No. 133 Bis.

AUTO No. 14 emitido por el Juzgado de lo mercantil No. 2 de Madrid, España del 09 de diciembre de 2014.

FUENTES DIGITALES

<http://definicion.de/organismo-internacional>

<http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>

<http://librospdfgratis.org/index.php/2016/12/25/historia-de-las-ideas-politicas-jean-touchard-pdf>

<http://repository.udistrital.edu.co/bitstream/11349/6661/1/VaquiroDiazLuisaFernanda2017.pdf>

<http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2016/01/07/mexico-la-tercera-operacion-mas-grande-de-uber-en-el-mundo>.

<http://www.dinero.com/empresas/articulo/cuanto-cuesta-pedir-un-uber-y-cuanto-coger-un-taxi/220790>.

<http://www.elcorreogallego.es/opinion/firmas/ecg/el-estado-global/idEdicion-2015-08-05/idNoticia-946146>

<http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20140706/travis-kalanick-fundador-uber-7377.html>

<http://www.iilj.org/gal/documents/GlobalAdministrativeLawHarlow.pdf>

<http://www.jstor.org/stable/43840228>

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2544/17.pdf>

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17506.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=c>
o

https://elpais.com/economia/2017/12/20/actualidad/1513755526_225314.html

<https://hipertextual.com/2017/02/que-son-las-licencias-vtc-y-como-funcionan>

[https://www.academia.edu/9688227/Por que y como hacer analisis economico del Derecho](https://www.academia.edu/9688227/Por_que_y_como_hacer_analisis_economico_del_Derecho)

https://www.jstor.org/stable/27592106?seq=1#page_scan_tab_contents

https://www.macba.cat/PDFs/saskia_sassen_manolo_laguillo_cas.pdf

<https://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.elcorreogallego.es/opinion/firmas/ecg/el-estado-global/idEdicion-2015-08-05/idNoticia-946146>

<http://www.revistateina.es/teina/web/Teina4/dossiesassen.html>

https://www.macba.cat/PDFs/saskia_sassen_manolo_laguillo_cas.pdf

<http://www.fes-sociologia.com/files/res/1/13.pdf>

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1710683>.

<http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-78-2-Stewart.pdf>,

https://www.jstor.org/stable/27592106?seq=1#page_scan_tab_contents

http://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/Derecho-Administrativo-Unidos_0_2424957593.html

<http://www.iilj.org/gal/documents/GlobalAdministrativeLawHarlow.pdf>

<http://www.iilj.org/gal/documents/Introduction.pdf>

http://www.uaesp.gov.co/uaesp_jo/images/documentos/estamos_de_acuerdo.pdf

http://archivobogota.secretariageneral.gov.co/sites/default/files/fondo_documental/10.%20Guia-Empresa-Distrital-Servicios-Publicos.pdf

<http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20140706/travis-kalanick-fundador-uber-7377.html>

<http://www.eltiempo.com/bogota/conductor-de-uber-al-que-mataron-por-robarle-el-carro-en-176334>

<https://hipertextual.com/2017/02/que-son-las-licencias-vtc-y-como-funcionan>

https://elpais.com/economia/2017/12/20/actualidad/1513755526_225314.html

<http://www.lanacion.com.ar/1849108-un-uber-para-casi-todo-es-imparable-el-fenomeno-de-la-uberizacion-de-la-economia>

<http://www.cnnexpansion.com/tecnologia/2016/01/07/mexico-la-tercera-operacion-mas-grande-de-uber-en-el-mundo>.

<https://www.uv.es/gadopas/>

https://www.academia.edu/35896079/Economia_colaborativa_y_Administracion_lo-cal

<https://www.icann.org/es>

<http://www.iso.org/iso/home.html>

<http://www.fairlabor.org/es>

<https://www.uiaf.gov.co/index.php?idcategoria=29270>

<http://daccess-ods.un.org/Access.nsf/Get?Open&JN=NR000740>

FUENTE DE PRENSA

AMAT, Yamid. *Uber ofrece crear fondo para ayudar a los taxistas*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes leer, El reportaje de Yamit, p. 4, domingo 2 de agosto de 2015.

AMAT, Yamid. *Estamos construyendo una nueva economía*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, entrevista, p. 14, domingo 12 de junio de 2016.

BASTIDAS URRESTY, Édgar. *El nuevo milenio y las tecnologías*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes leer, p. 16, jueves 21 de julio de 2016.

BUSTAMANTE HERNANDEZ, Nicolás. *Mi primera noche en Airbnb*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes hacer, ps. 1 y 2, jueves 12 de mayo de 2016.

GÓMEZ CARVAJAL, Natalia. *Lio entre taxis y carros blancos se sale de control*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 6, jueves 16 de abril de 2015.

GÓMEZ CARVAJAL, Natalia. *En medio de limbo jurídico, Uber lanza nuevo servicio*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 25, domingo 19 de junio de 2016.

GUEVARA, Carlos. *El plan para apagar a Uber en Colombia*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 9, domingo 4 de septiembre de 2016.

LONDOÑO VELEZ, Sebastián. *Airbnb busca un espacio en el mercado hotelero*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección vivienda, p. 1, sábado 5 de noviembre de 2016.

NOGUERA, Natalia. *Colombia inicia las conversaciones para regular Airbnb*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 1, viernes 23 de junio de 2017.

PEÑA CASTAÑADEA, Camilo. *Netflix, Airbnb, Uber... ¿regular o prohibir?*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes hacer, p. 1, martes 13 de junio de 2017.

PEREZ ZABALA, Victoria. *El hombre detrás de Airbnb. "Nadie quería invertir para que desconocidos pudieran dormir en casas ajenas"*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 1 y 2, domingo 18 de junio de 2017.

REDACCIÓN TECNÓSFERA. *Autoridades barajan 3 salidas al lio de Uber*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 12, domingo 26 de julio de 2015.

REDACCIÓN MOVILIDAD. *Indignación por nueva amenaza de los taxistas*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 14, sábado 10 de octubre de 2015.

REDACCIÓN DECISIONES. *Colombia logra otro avance clave en la Oede*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 17, sábado 24 de octubre de 2015.

REDACCIÓN TECNÓSFERA. *Lo que sigue en el desenlace del lio Uber vs. Taxis*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 26, domingo 29 de noviembre de 2015.

REDACCIÓN TECNÓSFERA. *Lanzan ofensiva judicial para poner freno a Uber*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 3, jueves 30 de junio de 2016.

REDACCIÓN TECNÓSFERA. *Uber echa a rodar su carro sin conductor*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 16, domingo 18 de septiembre de 2016

REDACCIÓN MOVILIDAD. *Alistan decreto para uso de aplicaciones en taxis*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 5, viernes 28 de abril de 2017.

REDACCIÓN POLÍTICA. *Colombia va en camino a la Oede*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 7, viernes 23 de junio de 2017.

REDACCIÓN ESTUDIO. *Los colombianos acuden más a internet como asesor financiero*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 2, lunes 3 de julio de 2017.

REDACCIÓN TECNOLOGÍA. *“Estamos abiertos a regulación”: Uber*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección tecnología, p. 2.6, viernes 16 de marzo de 2018.

REDACCIÓN ECONOMÍA. *Justicia europea da un nuevo golpe a Uber*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección economía, p. 1.9, jueves 12 de abril de 2018.

REDACCIÓN PÚBLICO. *Alistan demanda por agresión de taxistas*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 20, sábado 13 de febrero de 2016.

REDACCIÓN POLÉMICA. *Pelea de taxistas con Uber se sale de control. Uber, no solo en Bogotá*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 20, domingo 14 de febrero de 2016.

RESTREPO, Carlos. *“Un personaje como Trajano le vendría muy bien al siglo XXI”*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes leer, p. 3, domingo 5 de junio de 2016.

SAN MARTÍN, Raquel. *¿Crearé la tecnología una nueva forma de capitalismo?* Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes leer, p. 3, domingo 20 de septiembre de 2015.

SOLANA, Javier. *La ilusión de la “soberanía mágica” en la Unión Europea*. Bogotá: diario EL TIEMPO, sección debes saber, p. 20, domingo 12 de abril de 2015.

OTROS PERIÓDICOS

ÁMBITO JURÍDICO. *Reglamentación aviva debate sobre taxis de lujo*. Bogotá: p. 9, edición de 7 de diciembre de 2015 al 10 de enero de 2016.

DIARIO LA NACIÓN. *“Un Uber para casi todo: ¿es imparable el fenómeno de la “uberización” de la economía?”*. 27 de noviembre de 2015.

MUÑOZ SEGURA, Ana María. *Otro elemento más en la discusión. La pesadilla de Uber*. Bogotá: ÁMBITO JURÍDICO. p. 13 y 15, edición de 20 de julio al 6 de agosto de 2015.

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. *Uber y los retos de la tecnología*. Bogotá: ÁMBITO JURÍDICO. p. 18, edición de 7 de diciembre de 2015 al 10 de enero de 2016.

ZAMBRANO, Fabio. *Uber y taxis amarillos, al límite de las innovaciones tecnológicas*. Bogotá: UN Periódico, No. 191, Universidad Nacional de Colombia, sección ciencia y territorio, p. 8, agosto de 2015.

REVISTAS JURÍDICAS.

PEÑA TORRES, Diego Isaías. *El trasegar del acto administrativo en Colombia: Entre el retrato y la conveniencia*, Universidad de los Andes, Revista de Derecho Público, Bogotá, 2006.