

EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA BUENA GOBERNANZA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. SU IMPACTO EN LOS SISTEMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA AMÉRICA ESPAÑOLA

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ G.

*Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Central de Venezuela*

Recepción: 15 de junio de 2012

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012

RESUMEN: El artículo estudia el impacto que el Derecho administrativo global tiene sobre el Derecho Administrativo en la América española. Se parte de la tesis según la cual ese Derecho administrativo global incentiva a la transformación de la Administración, de un sistema basado en el poder a un sistema centrado en los ciudadanos, en beneficio de la gobernanza democrática y de acuerdo con el postulado de la buena administración.

PALABRAS CLAVES: Derecho administrativo global, Derecho administrativo en la América española, gobernanza democrática, buena administración

ABSTRACT: The article analyzes the impact of the Global Administrative Law over the Administrative Law in Latin-America. According with our proposal, the Global Administrative Law promotes the transformation of the Administration from a system based in the power to a system based on the citizens, in benefits of the democratic governance, according with the principle of the good administration.

KEY WORDS: Global administrative law, Administrative Law in Latin-American, democratic governance, good administration.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DE LA ADMINISTRACIÓN BASADA EN EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN BASADA EN LOS CIUDADANOS: UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. El concepto tradicional de Administración Pública: entre la separación de Poderes, la prerrogativa y el servicio público. 2. El cambio de paradigma: la Administración vicarial y el servicio de los ciudadanos. El concepto constitucional de Administración en España y en Venezuela. III. LA BUENA GOBERNANZA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: FORTALECIENDO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN. 1. Consecuencias la Administración vicarial: la buena Administración y la buena gobernanza. 2. La buena Administración en el marco del Derecho administrativo global y la gobernanza democrática. Un ejemplo práctico: las garantías frente a las medidas equivalentes a la expropiación en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras. IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: HACIA LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA SOBRE EL ESTÁNDAR DE BUENA ADMINISTRACIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.

I. INTRODUCCIÓN

En un ciclo de conferencias impartidas en 1978 sobre *El Estado de nuestro tiempo*¹, el profesor Manuel García-Pelayo, con gran claridad, advertía sobre las consecuencias que para la concepción tradicional del Estado tenía la progresiva internacionalización del orden económico. Decía en esa conferencia que "en las condiciones de nuestro tiempo, la comunidad mundial se ha transformado en un sistema mundial. Es decir, en un conjunto de partes interdependientes". Por ello, advertía que:

"el Estado nacional parece haber dejado de ser una entidad autárquica, de modo que sus mismas necesidades sólo pueden ser satisfechas no ya en cooperación sino en integración con otros Estados. Por otra parte, el Estado ha de desarrollar una política trasnacional, entendiendo por tal aquella política no llevada a cabo con otros Estados, sino con actores de otras sociedades nacionales; por ejemplo, una compañía multinacional..."

Actualmente esa reflexión tiene plena vigencia, al punto que se ha venido estudiando el surgimiento de un ordenamiento jurídico global, e incluso, de un Derecho administrativo global. Como planteamos en este breve estudio, ese proceso de globalización marca su impronta sobre el concepto de Administración y de Derecho administrativo admitido en países que han asumido total o parcialmente el régimen administrativo francés, como es caso de la América española y entre ellos Venezuela.

La elaboración del concepto de Administración Pública, y por extensión, del propio concepto de Derecho administrativo, no ha sido nunca tarea sencilla. Parte del problema reside en que la expresión *Derecho administrativo* no tiene un significado único. Como explicó M. Hauriou², es preciso diferenciar el Derecho administrativo del régimen administrativo.

1 Las conferencias fueron impartidas en la Fundación Juan March. La cita proviene de la última conferencia, intitulada "Situación histórica del Estado de nuestro tiempo". La cita la hemos tomado del libro que recoge todas las conferencias, *El Estado de nuestro tiempo*, Cuadernos de la Fundación Manuel García Pelayo N° 13, Caracas, 2008, p. 90. Ahora aparecen en la segunda edición de las *Obras Completas* del Profesor García-Pelayo.

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

Todo Estado, explica Hauriou, requiere de una Administración organizada y, por lo tanto, de un Derecho administrativo. Sin embargo, ese Derecho administrativo, en algunos Estados, se estructura como régimen administrativo a partir del reconocimiento de un conjunto de privilegios y prerrogativas a favor de la Administración, quien actúa sujeta a normas autónomas, especiales y exorbitantes del Derecho común, y sujeta a una jurisdicción especial, a saber, la jurisdicción administrativa. Ese régimen administrativo es creación propia de la Revolución francesa, y como explicara Eisenmann³, se caracteriza (no sin cierta contradicción) por una autonomía sustantiva (derogación del Derecho común) y por una autonomía adjetiva (jurisdicción administrativa).

Pero no todo sistema de Derecho administrativo se organiza como régimen administrativo. En algunos países el Derecho administrativo se organiza a través de un sistema cercano al régimen administrativo, pero en el que falta el dato fundamental de la jurisdicción administrativa: sucede así con la América española⁴, cuyo Derecho administrativo se caracteriza por la atribución de prerrogativas y privilegios, pero bajo el control del Poder Judicial. En los sistemas anglosajones tampoco existe un régimen administrativo. De hecho, como se recuerda, el advenimiento del régimen administrativo francés dio lugar a una interesante polémica sobre la cual quisiéramos volver.

La concepción del Derecho administrativo a partir del régimen administrativo francés fue criticada duramente por Dicey⁵, en Inglaterra, al considerar que no podía siquiera calificarse a tal disciplina como "Derecho", en tanto se excluye a la Administración de los principios generales del Derecho y del control del Poder Judicial, con lo cual concluía que ese concepto de Derecho administrativo era inexistente en los sistemas anglosajones. Por el contrario, como relató Dicey, la Administración Pública en el sistema anglosajón se sustenta en su sometimiento al *Rule of Law* y por consiguiente, al control judicial pleno de su actividad⁶.

3 Eisenmann, Charles, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del Derecho público en la Segunda Mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso, Tomo IV*, cit., pp. 419 y ss.

4 Para una panorámica general, véase la obra colectiva *El Derecho administrativo iberoamericano*, Ministerio de Administraciones Públicas, Granada, 2005. Cada país de la América española tiene sus particulares y diferencias, pero en líneas generales, sus sistemas de Derecho administrativo son próximos al régimen administrativo, al reconocer que el Derecho administrativo se conforma por normas autónomas, especiales y exorbitantes del Derecho común que confieren a la Administración prerrogativas y privilegios para la tutela del servicio público. La gran diferencia, como se explica en el texto principal, es que en la América Española hay unidad de jurisdicción, es decir, no se conoce de una jurisdicción administrativa. Sin embargo, el control judicial de la Administración, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, actúa como un sistema especial de revisión de la Administración y no tanto como un sistema de pretensiones procesales.

5 Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, novena edición, MacMillan and Col, Limited, Londres, 1952, pp. 328 y ss.

6 En Estados Unidos de Norteamérica el Derecho administrativo presta atención, básicamente, a tres grandes temas: la organización de la Administración a través de las "Agencias"; la delegación de poderes en la Administración y sus límites, así como el control judicial de la Administración. Cfr.: Schwartz, Bernard, "Administrative Law", *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law, Oxford Press University, 1996, pp. 129 y ss. A resultas del *New Deal* y como quedó regulado en la *Federal Administrative Procedure Act* de 1946, la Administración comenzó a acumular poderes jurídicos ejercidos en el marco de la deferencia de la Administración frente al Poder Judicial. Vid. Edley, Christopher, *Administrative Law. Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, Yale University Press-New

En el fondo, la polémica desatada por Dicey –quien luego reconoció los avances del régimen administrativo– parte de la crítica al empleo de expresiones ambiguas en el régimen administrativo, que dificultan el control judicial de la Administración, especialmente, bajo el dogma de la jurisdicción administrativa. Ciertamente, en Francia, y en los sistemas inspirados en el régimen administrativo, se ha realizado un esfuerzo de depuración conceptual que pasa incluso por la elaboración de criterios claves que permitan fijar los linderos del Derecho administrativo. Pero ese esfuerzo no ha logrado deslastrar a estos sistemas de algunas imprecisiones terminológicas que constituyen un riesgo a la libertad.

Así, en los sistemas inspirados en el régimen administrativo francés, es notable el esfuerzo realizado por la elaboración del concepto de Administración Pública y de Derecho administrativo. Notable es también la ausencia de un criterio uniforme, en tanto son varias las tesis que se han venido exponiendo. El concepto de Administración y de Derecho administrativo depende, así, de la prerrogativa o privilegio, del servicio público o de la actividad sub-legal, entre otras. La Administración ha sido considerada una persona jurídica y también una institución. Ante tanta variedad, hay autores que rechazan toda posibilidad de definición sustantiva de Administración: la Administración es, para Giannini⁷, indefinible. Allan R. Brewer-Carías⁸, igualmente, niega toda posibilidad de alcanzar una definición unitaria de Administración. Sería tanto, escribe, como buscar El Dorado.

En el régimen administrativo, estos esfuerzos se han centrado en la existencia del criterio con base en el cual pueda definirse a la Administración como centro del Derecho administrativo, autónomo, especial y exorbitante. Lo cual resulta ciertamente paradójico pues, como recuerda Delvolvé⁹, en Francia ese esfuerzo se justifica por la dualidad de jurisdicción, ausente en España y en la propia América española. En cualquier caso, el concepto de Administración suele poner el énfasis en la posición de supremacía que ésta ejerce, de acuerdo con el régimen de las prerrogativas, privilegios y del servicio público, a partir de expresiones que, debe reconocerse, son de muy difícil precisión. En especial, por la insistencia en concebir al Derecho administrativo como un cuerpo normativo autónomo, distinto por ello al Derecho común. Ciertamente, el Derecho administrativo ha establecido garantías de los ciudadanos –llamados hasta hace no mucho “administrados”– pero siempre reconociendo que la Administración es un Poder que, en tal condición, puede limitar la

Haven and London, 1990, pp. 4 y ss. Se ha señalado, así, que en un sentido amplio, el Derecho administrativo puede ser definido como el control legal del gobierno. En un sentido estricto, el Derecho administrativo consiste en los principios legales que definen a la autoridad y a la estructura de las agencias administrativas; especifican las formalidades procedimentales que las agencias deben seguir; determinan la validez de las decisiones administrativas y perfila el control judicial de los tribunales, así como la actuación de otros órganos del gobierno en su relación con las agencias administrativas. Cfr.: Breyer, Stephen, Stewart, Richard y Sunstein, Cass, *Administrative law and regulatory policy*, Aspen, Nueva York, 2006, pp. 2 y ss.

7 Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo. Tomo I*, Instituto de Administraciones Públicas, Madrid, 1991, pp. 95 y ss.

8 Brewer-Carías, Allan, “El concepto de Derecho administrativo en Venezuela”, *Revista de Administración Pública* N° 100-102, Madrid, 1983, pp. 685 y ss.

9 Delvolvé, Pierre, *Le droit administratif*, Dalloz, Paris, 2006, p. 82.

situación jurídica de los ciudadanos. El Derecho administrativo ha sido, en esencia, un Derecho del poder¹⁰.

La globalización ha planteado un nuevo reto en el concepto de Administración Pública, de lo cual queremos ocuparnos en este estudio desde una perspectiva introductoria. Entre los muchos cambios que la globalización –o mundialización del Derecho– ha tenido¹¹ sobre el Derecho administrativo, radica el énfasis puesto en definir a la Administración no desde el poder o la prerrogativa sino a partir del propio ciudadano y sus libertades. Cabe recordar que el Derecho administrativo, históricamente, ha estado asociado al Estado, de forma tal que la Administración Pública ha sido concebida como el Poder a través del cual el Estado entra en contacto con los ciudadanos¹². El desarrollo económico iniciado luego de la Segunda Guerra mundial, especialmente, fomentó intensamente el intercambio económico global, de lo cual comenzó a surgir un orden jurídico global que incide en la concepción tradicional del Estado anclado en la soberanía.

La globalización, al incidir sobre el Estado, ha incidido también sobre la Administración Pública. Podríamos resumir ese impacto en dos grandes bloques. En un primer bloque, la globalización ha propendido la creación de una Administración global, que no lleva su actividad dentro de un Estado sino en el orden global, incluyendo los ordenamientos jurídicos supranacionales, como sucede particularmente con la Unión Europea. El segundo bloque que resume el impacto de globalización sobre la Administración, deriva de las exigencias que la globalización imprime sobre las Administraciones domésticas, propendiendo a que su actuación sea racional, eficiente, transparente, contestable, sujeta a la Ley, como condiciones básicas para facilitar el libre tránsito de bienes y servicios y, en suma, para facilitar las inversiones extranjeras¹³.

10 Ciertamente, el Derecho administrativo se caracteriza por ordenar y limitar al poder que se interrelaciona directamente con el ciudadano, lo que marca una impronta sobre todo su contenido. Vid. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 88 y ss.

11 Excedería de los límites de este breve ensayo adentrarnos en el concepto de globalización. Partiremos, pues, de un concepto que podría considerarse como básico. La globalización supone la supresión de las barreras comercio y la mayor integración de las economías nacionales, aunado a profundas y muy aceleradas transformaciones tecnológicas. Como refiere Stiglitz, no podemos anular la globalización; está aquí para quedarse. La clave, el reto, es cómo "hacer funcionar" a la globalización, cómo convertirla en instrumento de desarrollo socioeconómico (Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Taurus, México, 2002, pp. 269 y ss.). La globalización incide sobre el Derecho, en tanto éste deja de gravitar en torno al ordenamiento jurídico ubicado en un Estado concreto, para pasar a pivotar en el ordenamiento jurídico global, lo que la doctrina francesa ha llamado mundialización (Auby, Jean-Bernard, "Globalización y descentralización", en *Revista de Administración Pública* N° 156, Madrid, 2001, pp. 7 y ss.). Para una panorámica del impacto de la globalización sobre el Derecho administrativo, vid. Cassese, Sabino, "El espacio jurídico global", en *Revista de Administración Pública* N° 157, Madrid, 2002, pp. 11 y ss. En general, vid. Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 34 y ss. Luego volveremos sobre ello.

12 De lo cual resulta que el Estado es presupuesto de la Administración y del Derecho administrativo. De ello se ocupó Ballbé, Manuel, "Derecho administrativo", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo I, F. Seix, Editor, Barcelona, 1985, p. 66. Para el autor, "la función administrativa, y por ende, el Derecho administrativo supone la existencia de un Estado constituido".

13 Tales son, en resumen, los postulados del "Global administrative law" o "GAL". Por todos, y sin perjuicio de lo que luego expondremos, vid. Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., "El surgimiento del Derecho Administrativo Global", *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Editorial Res, Buenos Aires, 2009,

Como el Derecho administrativo global no es un Derecho estatal¹⁴, no resulta tan relevante asumir su conceptualización a partir de los tópicos tratados en el Derecho administrativo doméstico del régimen administrativo. Prerrogativas, privilegios, servicio público, no son temas tan importantes. El acento, por el contrario, se coloca en qué requisitos debe tener la Administración para facilitar el libre tránsito de bienes y servicios en el orden global, especialmente, en protección a las inversiones extranjeras. De allí que en el Derecho administrativo global, más que definir a la Administración desde algún criterio, lo importante es insistir en que la Administración debe obrar de acuerdo con los principios de eficiencia, transparencia, participación, sujeción a la Ley y otros, proscribiendo toda actuación arbitraria. Muy en especial, como ha destacado la Organización de Naciones Unidas al tratar las metas del milenio, la Administración Pública debe ser facilitadora del desarrollo centrado en el ciudadano, con lo cual la Administración¹⁵:

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

Más que la Administración como poder, en el Derecho administrativo global interesa el enfoque de la Administración centrada en el ciudadano, que de acuerdo con los principios de la buena Administración y la gobernanza democrática facilita el desarrollo social y económico. Con lo cual el Derecho administrativo cambia de centro de gravedad: del Derecho administrativo centrado en el poder se pasa al Derecho administrativo centrado en el ciudadano. Por ende, coincidimos con J. Rodríguez-Arana cuando postula "la vuelta del Derecho administrativo, a un nuevo Derecho administrativo, menos pendiente del privilegio y de la prerrogativa y más centrado en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos". La Administración se configura así como "un instrumento encaminado al bienestar integral y permanente de los ciudadanos"¹⁶.

Un factor que ha resultado determinante en este sentido es la vigencia global de los derechos humanos. Como señala Carlos E. Delpiazzo, "el reconocimiento y la aceptación por todos los países latinoamericanos de que los derechos humanos son anteriores y superiores a los Estados nacionales constituye un común denominador (...)", con lo cual "el

también en "The emergence of Global Administrative Law", *68 Law & Contemporary Problems*, Duke University, pp. 15 y ss. En España puede consultarse entre otros a Ponce Solé, Juli (coordinador), *Derecho administrativo global*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*. En Venezuela, véase el completo trabajo de Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, pp. 51 y ss. Véase también recientemente el libro *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa* (Cameron May, 2010) coordinado por Javier Robalino-Orellana y Jaime Rodríguez-Arana Muñoz.

14 Brewer-Carías, Allan, "Global Administrative Law on International Police Cooperation: A Case of Global Administrative Law Procedure", en *Global Administrative Law: Towards a Lex Administrativa*, cit., pp. 343 y ss.

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

16 *Aproximación al Derecho administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 155. Del autor, véase también "Un nuevo Derecho administrativo: el derecho del poder para la libertad", en *Revista de Derecho público N° 116*, Caracas, 2008, pp. 7 y ss.

Derecho administrativo global debe constituirse en una reafirmación de la centralidad de la persona humana y la consiguiente servicialidad de las instituciones..."¹⁷. Así, el "Derecho administrativo global debe responder a un ordenamiento social y democrático, al servicio de intereses universales, de la Humanidad" (Meilán Gil)¹⁸.

El Derecho administrativo global difiere, entonces, del Derecho administrativo doméstico derivado del régimen administrativo francés, en que coloca su acento en el control de la Administración a través de principios que propenden a la racionalización de su actividad en beneficio de la gobernanza democrática, sin partir de un sistema conceptual anclado en la prerrogativa y el servicio público. Por ello, la Administración, en los sistemas derivados del régimen administrativo, queda a sometida a controles en el marco del Derecho administrativo global que propenden a su depuración conceptual, reduciendo el importante ámbito de apreciación que deriva del sistema conceptual anclado en la prerrogativa y el servicio público. Un ejemplo práctico, del cual trataremos en este breve ensayo, es el control de la Administración doméstica en el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras. De tal manera, como veremos, consideramos que en la América española el Derecho administrativo global incentiva a la transformación de la Administración basada en el poder a la Administración al servicio de los ciudadanos, que es la fórmula prevista en el artículo 103.1 de la Constitución de España, reproducida en el artículo 141 de la Constitución de Venezuela. Para ello, partiremos un ejemplo concreto en el cual puede evidenciarse esa influencia: el tratamiento dado en el Derecho administrativo global a las medidas equivalentes a la expropiación y el régimen del "contrato administrativo", como se le conoce en la América española.

II. DE LA ADMINISTRACIÓN BASADA EN EL PODER A LA ADMINISTRACIÓN BASADA EN LOS CUIDADANOS: UN CAMBIO DE PARADIGMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El concepto tradicional de Administración Pública: entre la separación de Poderes, la prerrogativa y el servicio público

La primera y más sencilla definición de Derecho administrativo, para aquellos sistemas de régimen administrativo o cercanos a éste, es aquella que lo concibe como el conjunto de normas que disciplinan a la Administración¹⁹. Se ha señalado –y con razón– que esta sencilla

17 Delpiazzo, Carlsó E., "Perspectiva latinoamericana del Derecho administrativo global", en *Desafíos del Derecho administrativo contemporáneo, Tomo II*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 1286 y ss.

18 Meilán Gil, José Luis, *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Global Law Press – Editorial Derecho Global, Madrid, 2011, p. 15.

19 Se sigue el planteamiento –entre otros– de Brewer-Carías, Allan, "La Administración Pública", en *El Derecho administrativo venezolano en los umbrales del siglo XXI. Libro homenaje al Manual de Derecho administrativo de Eloy Lares Martínez*, Editorial Jurídica Venezolana-Universidad Monteávila, Caracas, 2006, p. 46. Asimismo, véase a García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, décima edición,

definición deviene en tautológica. Ello se debe a que el concepto de Derecho administrativo está condicionado al alcance que se le otorgue a la expresión *Administración*, con lo cual, no puede definirse al Derecho administrativo si antes no se define a la Administración. Se trata de una de las cuestiones más tradicionales de esta disciplina, cuyos linderos dependen de un concepto que, citando a Schuppert, se deja describir pero no definir²⁰. Es por ello que se han llevado a cabo diversos esfuerzos por apurar el concepto de Administración, hasta tal extremo que la reciente doctrina española ve, con gran recelo, estos esfuerzos, catalogados de excesivos e, incluso, de inútiles²¹.

En este largo recorrido por la elaboración del concepto de Administración Pública se ha prestado especial interés al principio de separación de poderes, a fin de diferenciar entre el criterio orgánico y el criterio funcional de Administración. Lo que trae consigo resolver un problema cardinal: si reducir el ámbito del Derecho administrativo sólo a la Administración-órgano o, también, a la función administrativa. De allí ha surgido la *distinción objetiva y subjetiva*, según la cual se precisa diferenciar, en relación con los órganos del Poder Público, las actividades sustancial y/o formalmente legislativas, ejecutivas o jurisdiccionales. Es decir, que los *órganos* del Poder Público pueden dictar *actos* en ejercicio de otras *funciones*, de lo que se precisaría distinguir entre el órgano, el acto y la función²².

Como recuerda Alli Aranguren (quien cataloga de "artificiosa" esta distinción), el origen de esta tesis está en la observación de acuerdo con la cual en el Poder Ejecutivo reside la Administración y el Gobierno, siendo que no puede plantearse la equivalencia entre Poder Ejecutivo y Administración²³. En todo caso, de esa distinción ha derivado la visión de la Administración como órgano, equiparada al Poder Ejecutivo²⁴. Asimismo, se ha entendido que hay una Administración función, o sea, la función o actividad administrativa que puede ser ejercida por ese Poder Ejecutivo, por cualquier órgano e incluso por los propios ciudadanos. Con lo cual, el Derecho administrativo, en los sistemas basados en régimen administrativo,

Civitas, Madrid, 2001, pp. 27 y ss. Exponen los autores que "la más simple y tradición definición del Derecho administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública".

20 La referencia se toma de Wolff, Hans; Bachof, Otto y Stober, Rolf, *Direito Administrativo*, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Porto, 2006, p. 38. La misma referencia en Villar Palasí, José Luis, *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. *Introducción, teoría de las normas y grupos normativos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1972, p. 40.

21 Juan Alfonso Santamaría Pastor (*Principios de Derecho administrativo. Volumen I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 81) cuestiona la generalidad y abstracción de tales elucubraciones. Muñoz Machado, por su parte, reflexiona que esta tarea de definición "ha sido sorprendentemente compleja y ha reclamado un esfuerzo intelectual tal vez bastante mayor del que la cuestión merecía, habida cuenta, sobre todo, los magros resultados obtenidos al cabo de tantas reflexiones" (*Tratado de Derecho administrativo y Derecho público General*, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 49).

22 Esto hace que, en realidad, se emplee un tercer criterio para definir Administración: el elemento formal. Vid. Canasi, José, *Derecho administrativo*. Volumen I *Parte general*, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 42.

23 Alli Aranguren, Juan-Cruz, *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 109 y ss.

24 Entrena Cuesta, Rafael, "El concepto de Administración Pública en la doctrina y el derecho positivo españoles", en *Revista de Administración Pública número 32*, Madrid, 1960, pp. 65 y ss.

gira en torno a estos dos criterios: la Administración como órgano y la Administración como actividad o función.

La gran complejidad de esta distinción radica en determinar qué se entiende por Administración como función o Administración en sentido funcional, o sea, cuál es la clave que permite distinguir cuándo estamos ante la actividad administrativa. Dos elementos han tenido un peso determinante: el servicio público y el privilegio o prerrogativa. Ambos elementos, como veremos, han moldeado un Derecho administrativo basado en el poder.

La definición de Administración Pública a partir del servicio público no fue tanto una propuesta de Duguit como de Jèze. Duguit enfatizó que el servicio público debería sustituir a la soberanía en el concepto de Estado, el cual debe basarse en la existencia de necesidades colectivas que deben ser aseguradas a través de una acción colectiva. Sobre esa premisa, Jèze propuso definir a la Administración y al Derecho administrativo a partir del servicio público, desarrollándose una tesis que tiene plena vigencia hoy día. Por ejemplo, la figura del contrato administrativo sigue dependiendo del servicio público como objeto del contrato²⁵.

Frente a esa posición, Hauriou entendió que el servicio público era el fin de la Administración, pero que ésta debía caracterizarse por la prerrogativa o privilegio, que le permite dictar decisiones ejecutorias que, sin necesidad de intervención del Poder Judicial y que inciden en la esfera jurídica de los ciudadanos. Vedel acogerá esta tesis para acotar que la Administración es el Poder Ejecutivo en ejercicio de prerrogativas. La tesis de Hauriou sigue teniendo igual vigencia: el acto administrativo, por ejemplo, suele definirse a partir del ejercicio de la prerrogativa²⁶.

Conviene recordar que la principal diferencia entre Duguit y Hauriou no radica en el servicio público sino en el valor dado a la libertad. Para Duguit no hay derechos subjetivos, en tanto ellos dependen de la norma objetiva que recoge el derecho según su función social. Hauriou, en contra, no niega el valor de la libertad. En todo caso, ambas posiciones, que han marcado determinantemente al Derecho administrativo formado al amparo del régimen administrativo francés, atribuyen a la Administración una posición de supremacía y someten al particular a una intensa sujeción. Tan intensa que en la literatura solía calificarse al particular como "administrado", lo que es una expresión muy gráfica: el particular es, en realidad, un simple sujeto moldeado por la Administración en función al servicio público o a la prerrogativa.

En la América española, y en Venezuela especialmente, ha imperado una visión que con gran generalidad funde la visión de Duguit y Hauriou en un solo bloque, recociéndose

25 Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho público*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, pp. 94 y ss. Asimismo, vid. Jèze, Gaston, *Principios generales del Derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, pp. 1 y ss. Sobre estos principios se ha aceptado que la Administración puede celebrar dos tipos de contratos: unos, gobernados por el Derecho civil, y otros, gobernados por el Derecho administrativo. Son éstos los contratos administrativos, cuyo criterio determinante en el América española es el servicio público. Por ejemplo, Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*, Montevideo, 1974, pp. 528 y ss.

26 Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, décimo segunda edición, Dalloz, París, 2002, p. IX y ss. y 1 y ss. Vid. también Vedel, George, "Les bases constitutionnelles du Droit Administratif", en *Etudes et Documents*, Conseil D' État, París, 1954, pp. 22 y ss.

que la Administración, orientada al servicio público, ejerce prerrogativas y privilegios que le permiten incidir unilateralmente en la situación jurídica del ciudadano, acotándose que las actividades consideradas o declaradas servicios público quedan subordinadas a la voluntad de la Administración, de lo cual emergen limitaciones poco precisas a la libertad general del ciudadano. Además, esta función se basa en el reconocimiento de reglas especiales, distintas al Código Civil, cuya aplicación suele rechazarse. La visión tradicional del contrato administrativo es consecuencia de esta muy imprecisa visión. Así, el contrato celebrado por la Administración para atender al servicio público se caracteriza por reconocer incluso implícitamente a la Administración privilegios y prerrogativas con base en la cuales puede imponer limitaciones al contratista, aun cuando esas limitaciones no estén previstas en la Ley o en el contrato, resultando además inaplicable el Código Civil. Predomina aquí el concepto de Administración como poder, y la visión del Derecho administrativo como un Derecho centrado en ese poder. Ciertamente, se reconocen al ciudadano/contratista un conjunto de garantías materiales y formales pero –nótese bien– esas garantías se establecen en tanto y en cuanto el Derecho administrativo gira en torno al poder²⁷.

2. El cambio de paradigma: la Administración vicarial y el servicio de los ciudadanos. El concepto constitucional de Administración en España y en Venezuela

Frente a la anterior visión se ha decantado otra valoración de la Administración Pública, que no repara tanto en sus medios de acción (el servicio público y la prerrogativa) ni tampoco en el régimen jurídico aplicable (Derecho administrativo, autónomo y especial frente al Derecho civil), sino en el rol que la Administración debe cumplir dentro del Estado, como institución orientada al servicio de los ciudadanos. Con lo cual, la clave que permite definir a la Administración no es ni el servicio público ni la prerrogativa, sino el servicio a los ciudadanos, de lo cual ha derivado, recientemente, el interés del Derecho administrativo por la "buena Administración".

Un sector de la doctrina ha caracterizado a la Administración, precisamente, a través del servicio a los ciudadanos. Zanobini, por ejemplo, alude a la actividad administrativa para la atención inmediata de los intereses públicos²⁸. En especial, en Alemania ha predominado

27 Actualmente, incluso, el Derecho administrativo se define a partir del servicio público y el privilegio y la prerrogativa. En Venezuela, véase a Araujo-Juárez, José, *Derecho administrativo. Parte general*, Caracas, 2007, pp. 241 y ss. Por ello, se entiende que en el contrato administrativo la Administración puede ejercer "cláusulas exorbitantes", incluso, sin estar previstas ni en el contrato ni en ninguna Ley, lo que constituye una grave amenaza a los derechos del contratista. En Venezuela, por ejemplo, se ha admitido que en todo contrato administrativo –celebrado para atender el servicio público– la Administración puede ejercer "derechos y prerrogativas" a través de las cláusulas exorbitantes que se "entienden incorporadas –tácitamente– en todos los contratos administrativos". Badell Madrid, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, Caracas, 2002, pp. 113 y ss. Tal es una de las expresiones más significativas de la concepción de la Administración basada en el poder, a partir del privilegio y el servicio público.

28 Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, primer volumen, octava edición, Giuffrè, Milano, 1958, 1 y ss.

la valoración de la Administración desde su función vicarial²⁹. F. Fleiner³⁰ acotó que la Administración en sentido amplio "viene a ser la actividad que el Estado desarrolla para la realización de sus fines esenciales". Sobre esta premisa, Fleiner aporta la siguiente conclusión:

"el elemento vital de la Administración es la actividad, la intervención activa, la obtención inmediata de determinados resultados materiales"

La noción material de Administración, a partir de esta idea vicarial, ha sido tratada por Wolff/Bachof/Stober, quienes estudian a la Administración desde tres dimensiones: material, orgánica y formal. Interesa detenernos, aquí, en la primera concepción, o sea, la material. A partir de la visión etimológica, los autores enfatizan que la Administración es, ante todo, un actuar orientado a un fin *que resulta útil para terceros*. En el ámbito de la *Administración Pública*, por ello, el servicio a la colectividad, a la comunidad, surge como nota esencial. Con lo cual, invocando a Stein, apuntan que la Administración es la *Constitución hecha realidad*³¹ y aquí ponen en evidencia una relación notable, a saber, la relación entre el *Gobierno* y la *Administración*: aquél dirige a ésta, pero la Administración cuenta con márgenes de acción bajo autoconformación, obviamente respecto al Gobierno, no así respecto a la Ley, acotamos³². La Administración, en fin, establece y conserva el orden, sirve a la comunidad y auxilia a los particulares, de lo cual emerge la concepción según la cual la *Administración* es *auxiliar*: la Administración pública "es una empresa de prestación de servicios para la satisfacción de cualquier necesidad social"; la Administración pública "sirve al bien común y a los intereses públicos".

Se trata de una noción eminentemente material: la Administración es, ante todo, acción volcada a la gestión concreta del interés público. Esta idea está presente también en Merkl, como recuerda S. Martín-Retortillo Baquer³³, en referencia a la Administración en acción, a la Administración orientada a la acción práctica, a la actividad continua (Bielsa)³⁴, o en fin, Administración como acción inmediata llevada a cabo mediante la producción de actos jurídicos y operaciones materiales (Marienhoff)³⁵, para quien la Administración es:

"la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran".

En el Derecho español, esta visión material de Administración resulta en extremo relevante, por la norma incorporada al artículo 103.1 de la Constitución de 1978: la

29 Véase el tratamiento de estas tesis en Parejo Alfonso, Luciano, *Conceptos del Derecho administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982, pp. 105 y ss.

30 *Instituciones de Derecho administrativo*, Editorial Labor, Madrid, 1933, pp. 3 y ss.

31 Wolff, Hans; Bachof, Otto y Stober, Rolf, *Direito Administrativo*, Vol. 1, *cit.*, pp. 41 y ss.

32 *Direito Administrativo*, Vol. 1, *cit.*, pp. 46 y ss. La Administración ejecuta las directrices del Gobierno pero también puede proseguir, por iniciativa propia, funciones especiales, como materias administrativas meramente programadas en cuanto al fin, para la conservación y mejora de las condiciones sociales.

33 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho administrativo*, *cit.*, p. 89.

34 Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo. Tomo I*, Depalma, Buenos Aires, 1955, pp. 199 y ss.

35 Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo, Tomo I*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 65.

Administración sirve con objetividad a los intereses generales. Sólo la Administración sirve a los ciudadanos; ni los representa ni tampoco dirime controversias entre ellos (García de Enterría/Fernández)³⁶. Administración de carácter instrumental, fiduciaria o "típicamente servicial", como concluye Sebastián Martín-Retortillo Baquer³⁷. Todo lo cual tiene, para este autor, consecuencias prácticas evidentes: "idea de servicio que, sobre todo, configura una Administración de marcado sentido instrumental para la consecución de unos fines constitucionalmente establecidos. Servicio que, además, debe ser objetivo, *a pesar que la Administración se encuentra dirigida por el Gobierno*, como proclama el artículo 97 de la Constitución de 1978". Afirmo el autor³⁸, sobre la base de esta aparente antinomia (¿cómo puede ser *objetiva* la Administración que es *dirigida* por el Gobierno *político*?) que:

"la Administración, que es dirigida por el Gobierno, limita, sin embargo, debe limitar, su actuación, no al servicio de los fines políticos en sentido genérico, sino a servir con objetividad los intereses generales. Es lo que se ha calificado como la gran paradoja del sistema administrativo"

Hay, tras el artículo 103.1 citado, todo el bagaje relacionado con la relación entre *Administración e interés general*, que como pone en relieve Alejandro Nieto³⁹, ha estado siempre presente en el Derecho administrativo. Pero, más allá de este dato obvio, lo cierto es que la norma se esfuerza por asumir una visión servicial de Administración como institución, oponiéndose así a la "apropiación del poder por parte de los burócratas", así como el servicio de la Administración al Gobierno.

Administración servicial y objetividad son las notas remarcables del artículo 103.1 de la Constitución española, según pone en evidencia Alejandro Nieto, que configuran a la Administración como institución dotada de *neutralidad política*, a pesar que, en la práctica, no siempre suceda ello⁴⁰. La Administración (Garrido Falla) debe obrar con eficacia, pero eficacia indiferente: "se debe ser eficaz tanto si se perjudica como si se favorece la política de partido que está en el poder"⁴¹. Como resume Alli Aranguren⁴²:

36 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo, I*, cit., pp. 32-33. Esta visión, en todo caso, debe ser analizada, necesariamente, a partir de la visión de García de Enterría en torno a la personificación de la Administración Pública, dato básico que, en su opinión, habría sido asumido en el artículo 103.1 de la Constitución de 1978. Véase también, entre otros, a Parada, Ramón, *Concepto y fuentes del Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 10 y ss.

37 *Instituciones de Derecho administrativo*, cit., pp. 88 y ss.

38 *Administración y Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981, p. 16

39 "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

40 Para Nieto "diga lo que diga la Constitución, la Administración Pública servirá a quien tenga fuerzas para dominarla en cada momento concreto: el Gobierno, un grupo político, social y económico, y hasta un puñado de funcionarios. Servidumbre propia de todas las instituciones sociales y que en la Administración Pública es singularmente relevante dado el carácter instrumental de la misma" ("La Administración sirve con objetividad los intereses generales", cit., p. 2229).

41 Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 62.

42 *La construcción del concepto de Derecho administrativo español*, cit., p. 350.

"esta concepción de una Administración neutra, imparcial en el juego político, profesionalizada y estable es objetivo común en los sistemas políticos democráticos"

En Venezuela, antes de la Constitución de 1999, la doctrina había asumido un concepto material de actividad administrativa cercano al de Zanobini y, por ende, enfocado en el carácter servicial de la Administración. De esa manera, para Brewer-Carías, en la función administrativa el Estado obra como gestor del interés público "a través de la cual las personas jurídicas estatales entran en relación con los particulares, como sujetos de derecho"⁴³. Ese concepto, en todo caso, era hilvanado en una visión amplia del Derecho administrativo que giraba indistintamente en torno a la Administración como órgano y la Administración como actividad. De esa manera, para Brewer-Carías debe imperar una "definición mixta del Derecho administrativo que mezcla los diversos criterios, y ello responde a una realidad de nuestra materia: el contenido de la misma es heterogéneo y mutable"⁴⁴.

El artículo 141 de la Constitución de Venezuela de 1999 plantea un nuevo giro, al asumir el concepto de Administración de forma muy cercana al artículo 103.1 de la Constitución de España. De acuerdo con ese artículo 141, la Administración está al servicio de los ciudadanos; debe actuar con base en ciertos principios básicos, como eficiencia, eficacia, transparencia, rendición de cuenta, responsabilidad y transparencia, con subordinación plena a la Ley y al Derecho. Por lo tanto, para la Constitución, el dato básico para definir a la Administración es su carácter vicarial, es decir, el servicio a los ciudadanos.

El servicio a los ciudadanos que caracteriza a la Administración vicarial debe interpretarse en el sentido de satisfacción de sus necesidades para promover el efectivo ejercicio de la libertad general. Con lo cual el "interés general", que es un elemento tan importante en el régimen administrativo, viene a ser en realidad la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, tal y como advirtió Eduardo García de Enterría⁴⁵. Este carácter vicarial entronca además con su instrumentalidad: ella es el instrumento del cual se vale el Estado para relacionarse con los particulares y, en tal sentido, ella obra bajo la conducción del Gobierno, lo que alude a sus orígenes democráticos. Pese a ello, la Administración ha de ser neutral. No puede ser instrumento político al servicio del Gobierno, sino instrumento objetivo al servicio de los ciudadanos. Con lo cual, de acuerdo con el concepto vicarial de Administración Pública, el centro del Derecho administrativo pasa a ser el ciudadano.

En efecto, una especial manifestación del carácter vicarial es la estrecha relación entre la Administración y los ciudadanos. Tal relación no puede explicarse sólo desde la perspectiva tradicional de la potestad y la sujeción. Antes por el contrario, los ciudadanos –en sus diversos *status*– adquieren un rol activo frente a la Administración, a través de su participación en las tareas y actividades administrativas como manifestación del derecho de

43 *Derecho administrativo. Tomo I*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, p. 83.

44 Brewer-Carías, Allan, "El concepto de Derecho administrativo en Venezuela", cit., p. 686.

45 García de Enterría, Eduardo, "Los ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en Derecho español", *Revista española de Derecho administrativo* N° 59, Madrid, 1988, pp.325-344

participación política, como ha recordado Rodríguez-Arana Muñoz⁴⁶. Con lo cual, no puede partirse de una definición bipolar del Derecho administrativo sino multipolar (S. Cassese)⁴⁷, como había ya advertido Giannini, al advertir las consecuencias del advenimiento del "*Estado pluriclasista*"⁴⁸.

El carácter vicarial con el cual el constituyente asumió la Administración, queda imbricado por el principio de participación y, con mayor extensión, por los fundamentos democráticos de la Administración institucional. No se refiere este fundamento únicamente a la elección de ciertos funcionarios de las Administraciones Públicas: como apuntan Sartori y Bobbio⁴⁹, la democracia es *mucho más que eso*. Los fundamentos democráticos de la Administración no sólo juegan en el momento de precisar el *origen* de la Administración sino también en su *actuación*. Para que la actuación de la Administración sea democrática, debe respetar el principio de participación *conforme al valor superior del pluralismo político*. Asimismo, la actuación democrática de la Administración debe respetar el principio de separación de poderes; la tutela de los derechos fundamentales y, por ello, el principio de legalidad.

De allí la fundamental relevancia que tiene la participación de los ciudadanos en la actividad de la Administración, participación que excede ya del ejercicio formal del derecho a la defensa. De allí, también, la ampliación de la dimensión del concepto de procedimiento administrativo, que no es sólo el cauce formal que garantiza el derecho a la defensa, sino que es también (S. Martín-Retortillo Baquer)⁵⁰ cauce de composición de intereses contrapuestos, cauce de democratización de la actuación de la Administración, orientada a la adopción de las mejores decisiones, es decir, el principio de buena Administración, según veremos en el punto siguiente.

III. LA BUENA GOBERNANZA DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: FORTALECIENDO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

1. Consecuencias la Administración vicarial: la buena Administración y la buena gobernanza

Una de las consecuencias más relevantes de la configuración de la Administración vicarial es la formación del principio de *buena Administración*⁵¹. En Europa, tal principio

46 Rodríguez-Arana, Jaime, *Aproximación al Derecho administrativo constitucional*, cit., p. 65. En Venezuela, vid. Brewer-Carías, Allan, "El Derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas", en *Revista de Derecho público* N. 22, Caracas, 1985, pp. 5 y ss.

47 Cassese, Sabino, *Las bases del Derecho administrativo*, cit., p. 73.

48 Giannini, Massimo Severo, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bolonia, 1986, pp. 69 y ss.

49 Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008 y Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2003.

50 Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Instituciones de Derecho administrativo*, cit., 327 y ss.

51 En general, vid. Ponce Solé, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 108 y ss., sin perjuicio de las citas que más adelante haremos.

ha cobrado cada vez más importancia, no tanto así en la América española. Sin duda, el reconocimiento del *derecho a la buena Administración* en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha dotado a ese principio de un contenido específico, que ha contribuido a la uniformidad del Derecho administrativo europeo. La norma enfatiza que la Administración es una Administración vicarial y que por ello debe procurar el servicio a los ciudadanos de manera "imparcial y equitativamente", atendiendo los asuntos dentro de un plazo razonable⁵².

La buena Administración describe a un estándar de Administración: aquella que adopta decisiones de calidad que valoran eficientemente todos los intereses en juego a través de cauces de acción abiertos y participativos materializados en el debido procedimiento administrativo. Con ello se quiere aclarar que no basta que la Administración se subordine a la Ley en su actividad. La subordinación, además, debe propender a la adopción de decisiones eficaces y eficientes que de manera efectiva sirvan a los ciudadanos, es decir, la Administración que promueve a la libertad general del ciudadano favoreciendo su activa participación⁵³.

El concepto de Administración Pública, bajo el principio de buena Administración, aparece anclado en el ciudadano, no ya en el poder. Por lo tanto, no se ocupa el Derecho administrativo, no al menos con la intensidad de otros tiempos, de asumir un concepto clave de servicio público y prerrogativa sobre el cual anclar a su vez el concepto de Administración. En este nuevo concepto, el ciudadano pasa a ser el centro del Derecho administrativo⁵⁴ y, como tal, asume un rol activo en la consecución de los cometidos abordados por la Administración, que pasa a ser así una Administración abierta y democrática.

En este sentido, la Organización de Naciones Unidas, con ocasión de la Declaración del Milenio, ha resaltado que el desarrollo centrado en el ciudadano presupone la existencia de una Administración. Pero no de cualquier Administración, sino de la Administración transparente, participativa, eficiente, sujeta a la Ley y que lleva a cabo una actividad contestable. Por lo tanto, de acuerdo con la Resolución N° 50/55, la Administración Pública debe llevar a cabo su actividad por *cauces democráticos y transparentes*, bajo el gobierno responsable

52 El principio de buena Administración ha sido aplicado en la Administración de la Unión Europea, dejando su impronta también sobre las Administraciones de los Estados miembros. Así lo acredita, por ejemplo, el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, y el *Libro blanco sobre la Reforma de la Comisión*, de 2000. El principio surge en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia de 8 de noviembre de 1983, caso *NV IAZ International Belgium y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82). Vid. Lanza, Elisabetta, "The Right to Good Administration in the European Union: Roots, Rationes and Enforcement in Antitrust Case-Law", en *Teoria del Diritto e dello Stato* 1-2-3, 2008, pp. 479 y ss.

53 Por ello el concepto de buena Administración ha sido definido desde la patología de la *mala administración*, es decir, la actividad administrativa arbitraria, desproporcionada, inmotivada, lesiva de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, la buena Administración se traduce en varios derechos: derecho a la previa audiencia; derecho de participación; derecho de acceso a expedientes y archivos; el derecho a una actuación administrativa imparcial, equitativa y llevada a cabo en un plazo razonable, y el derecho a una resolución administrativa motivada, entre otros. Se trata de una vía de aproximación descriptiva, pues la buena Administración tiene sentido unitario, fijando un estándar de actuación administrativa. Vid. Tomás Mallen, Beatriz, *El derecho fundamental u una buena Administración*, INAP, Madrid, 2004, pp. 110 y ss.

54 Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho administrativo. Del derecho del poder al Derecho de los ciudadanos*, UNED-Colex, Madrid, 2009, p. 92.

("accountable governance"), como presupuesto para el desarrollo social y económico. La Resolución N° 60/34 de 17 de marzo de 2006 insiste en este punto, ahora, para recalcar que la Administración Pública eficiente, responsable ("accountable"), efectiva y transparente – en niveles nacionales e internacionales– así como la buena gobernanza ("good governance") juega un rol fundamental en la implementación de los acuerdos internacionales derivados de los objetivos del Milenio. De igual manera, se recalcó la importancia del cumplimiento de la Ley y la lucha contra la corrupción en todos sus niveles, de acuerdo con la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*⁵⁵. Conviene tener también en cuenta el concepto de *buen gobierno* del *Código Iberoamericano del Buen Gobierno* suscrito por los Gobiernos de Iberoamérica en Montevideo (2006):

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

Ese buen gobierno requiere de una buena Administración centrada en los ciudadanos. De acuerdo con el Código, la Administración "*perseguirá siempre la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y los pueblos, y sus decisiones y actuaciones se fundamentarán en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio*"⁵⁶.

Lo anterior ha permitido relacionar a la buena Administración con la gobernanza democrática o buena gobernanza. La gobernanza no es, ciertamente, un concepto nuevo⁵⁷, aun cuando en este contexto pretende aludir a los requisitos necesarios para que la toma de decisiones en un Estado sea resultado de procesos abiertos, que propicien la interacción de todos los interesados (Gobierno, sector económico, ciudadanos, entre otros). El concepto ha sido igualmente trabajado desde la Organización de Naciones Unidas, aludiéndose a que un presupuesto de la gobernanza democrática es la existencia de una Administración abierta y democrática, lo que coincide con la figura de la buena Administración. De esa manera, el Plan de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) define a la "gobernanza" como el ejercicio de la autoridad política, económica y administrativa para la gestión de los asuntos públicos de un país en todos los niveles, mientras que la *buena gobernanza* atiende a la forma bajo la cual esos asuntos son gestionados según los principios de participación, transparencia,

55 Por su parte, el Consejo Económico y Social ha insistido sobre la relación entre Administración y desarrollo. Un hito importante es la Resolución 2001/45, del 10 de enero de 2002, en la cual se acordó renombrar al "Grupo de Expertos del Programa de las Naciones Unidas de Administración Pública y Financiera", en el "Comité de Expertos de la Administración Pública", como órgano auxiliar del Consejo. Vid. Rodríguez-Arana, Jaime, *Reforma administrativa y nuevas políticas públicas*, Sherwood, Caracas, 2005, pp.157 y ss.

56 Insiste el Código en este sentido, al señalar que los funcionarios públicos "*garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados*".

57 Como tampoco es nueva la idea del buen gobierno. Vid. García-Pelayo, Manuel, "Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político", en *Obras Completas, Tomo II*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 1033 y ss.

responsabilidad, imperio de la Ley, efectividad y equidad⁵⁸. El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)⁵⁹ también ha reconocido la incidencia de la gobernanza en la Administración Pública, al señalar que "la gobernanza pública -que incluye el sentido de la gobernabilidad- es uno de los campos más importantes para entender las transformaciones recientes de la administración pública".

Tanto el concepto de buena Administración como de gobernanza democrática deben ser debidamente precisados, a riesgo que deriven en ideas en exceso amplias y descriptivas⁶⁰. Para evitar ello debe partirse del concepto de Administración vicarial, es decir, de la Administración como la institución que se relaciona directamente con los ciudadanos para promover la satisfacción progresiva de sus necesidades. Para ese fin, la Administración debe procurar la conciliación de los distintos intereses en juego adoptando decisiones subordinadas a la Ley pero que además sean el resultado de la participación ciudadana abierta y democrática. Tales decisiones deben ser contestables, o sea, racionales y razonables, debidamente motivadas. No corresponde a la Administración definir unilateral y autoritariamente el interés general. Como ha apuntado Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, esa definición debe ser el resultado de una participación ciudadana activa⁶¹.

2. La buena Administración en el marco del Derecho administrativo global y la gobernanza democrática. Un ejemplo práctico: las garantías frente a las medidas equivalentes a la expropiación en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras

En fecha reciente se ha venido postulando, como veíamos en la introducción, la existencia de un "Derecho administrativo global", que gravita en torno a la Administración global, es decir, aquella Administración que no responde a la actuación de un Estado. Ya ello representa un reto sugestivo, pues el concepto de Derecho administrativo es *estatal* en tanto

58 *Governance for Sustainable Human Development*, January, 1997. Es importante señalar la dificultad de traducir al español la expresión "accountability", pues interpretarla simplemente como "responsabilidad" no traduce la idea completamente. *Accountability* implica no solo que la Administración debe ser responsable, sino que además, debe estar abierta al control ciudadano con lo cual, debe dictar decisiones contestables, razonables, debidamente motivadas, que permitan ese escrutinio público.

59 *Gestión Pública Iberoamericana para el siglo XXI*, del *Gestión Pública Iberoamericana para el siglo XXI* Documento aprobado por la XL Reunión Ordinaria del Consejo Directivo del CLAD. Santo Domingo, República Dominicana, 8-9 de noviembre de 2010, p. 16.

60 Sosa Wagner, Francisco, "Gobernanza, ¿trampa o adivinanza?", en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Retortillo, Volumen I*, Universidad de Zaragoza, 2008, pp. 643 y ss. Sobre los riesgos de asumir un concepto indebidamente amplio de gobernanza, vid. *Conceptos y terminologías de gobernanza y administración pública*, Comité de Expertos en Administración Pública, Quinto período de sesiones, Nueva York, 27 a 31 de marzo de 2006.

61 Arana-Muñoz, Jaime, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", en *Revista de Derecho Público N° 113*, Caracas, 2008, pp. 31-41.

presupone el Estado, mientras que en el Derecho administrativo global se prescinde de ese concepto Estado⁶². Tal y como en Venezuela ha destacado José Antonio Muci Borjas⁶³:

"En efecto, por causa de la globalización surgen normas, se crea un Derecho, que no es de origen nacional, que no responde a la tradicional idea de soberanía estatal. Son estos, los nuestros, tiempos en los que el alcance –esto es, el espacio– del Derecho administrativo nacional se redimensiona, más exactamente, se reduce, porque han venido surgiendo, continúan haciéndolo, organizaciones internacionales –*id est*– Administraciones internacionales– paralelas a las Administraciones Públicas del Estado (...) Son, en otras palabras, Administraciones sin Estado...".

Apartando este problema terminológico, lo cierto es que el Derecho administrativo global coloca el énfasis en los principios que debe reunir la Administración Pública en el orden global, principios que coinciden con los postulados ya tratados de la buena Administración como presupuesto de la gobernanza democrática. De allí emerge un concepto de Administración pública que prescinde de los criterios claves del servicio público y la prerrogativa, y se centra en las notas que debe reunir según el principio de la buena gobernanza. El Derecho administrativo global asegura que la actividad de la Administración en el orden global se realice de conformidad con los principios de transparencia, participación, decisiones motivadas, y legalidad, promoviendo la revisión efectiva de las reglas y decisiones adoptadas de acuerdo con el principio de responsabilidad⁶⁴. Ese enfoque se centra, en todo en caso, en la Administración global o transnacional. Pero también el Derecho administrativo global tiene efectos sobre las Administraciones domésticas. Conviene resumir, de esa manera, los distintos enfoques desde los cuales puede analizarse la relación entre la Administración Pública y el Derecho administrativo global.

- En *primer* lugar, como señalábamos, encontramos a la Administración global, que es aquella que opera en un ámbito global –no nacional– como podría ser el caso de las Administraciones de las organizaciones internacionales, como la Organización Mundial de Comercio.
- En *segundo* lugar, la Administración doméstica queda también sujeta al Derecho administrativo global. Por ejemplo, suele citarse el caso de la sujeción de la Administración doméstica al ordenamiento jurídico supranacional, como es el caso de la Unión Europea⁶⁵.
- En *tercer* lugar, la Administración doméstica se sujeta al Derecho administrativo global a través del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras. Al celebrar

62 Cassese, Sabino, "Administrative law without the state? The challenge of global regulation", en *Journal of International Law and Politics Volume 37, Number 4*, Universidad de Nueva York, 2006, pp. 663 y ss.

63 Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit., pp. 30 y ss.

64 Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico y Stewart, y Richard B., "The emergence of Global Administrative Law", cit., p. 18.

65 De ello ha derivado el surgimiento de un Derecho administrativo común dentro de la Unión Europea, que rige a las Administraciones domésticas de los Estados miembros. Vid. González-Varas Ibáñez, Santiago, *El Derecho administrativo europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000, pp. 29 y ss. Tradicionalmente el ordenamiento jurídico supranacional se incluye como ejemplo del Derecho global (por ejemplo, vid. Muci Borjas, José Antonio, *El Derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit., pp. 40 y ss.).

Tratados Bilaterales de Protección de Inversión, los Estados acceden a subordinar a sus Administraciones domésticas a ciertas reglas orientadas a garantizar a los inversionistas extranjeros, que constituyen reglas del Derecho administrativo global⁶⁶.

- Por último, y en *cuarto* lugar, encontramos un impacto más sutil del Derecho administrativo global, pero no por ello menos efectivo. La incidencia del ordenamiento global sobre la Administración doméstica incide directamente en su actividad dentro del orden global –en relación con las inversiones extranjeras, por ejemplo– pero ello a su vez deja su impronta sobre la actividad administrativa doméstica de esa Administración. El Derecho administrativo global permea en los ordenamientos domésticos por distintos cauces: el efecto "moralizante" que el Derecho administrativo global marca sobre las Administraciones en el orden doméstico⁶⁷, e incluso, el impacto que ese Derecho tiene sobre las Leyes domésticas.

En este sentido, el Derecho administrativo global marca su impronta sobre el Derecho administrativo doméstico, en tanto crea nuevos controles a la Administración Pública. En el espacio global, la Administración Pública doméstica no sólo se sujeta a los controles internos de cada Estado sino a los controles derivados del orden global, lo que contribuye a la adecuación de esa Administración a los principios de la buena Administración y la gobernanza democrática vigentes en el orden global.

El Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, como adelantábamos, es un buen ejemplo del impacto del Derecho global sobre las Administraciones Domésticas. Ese Derecho Internacional se basa en el establecimiento de garantías del inversionista extranjero frente a la Administración del Estado sede de la Administración. Tales garantías propenden a asegurar que la Administración actúa siempre de manera racional, razonada, eficiente, apegada a Derecho, a través de decisiones contestables, motivadas, que atiendan al principio de menor intervención. Todas esas garantías, en realidad, resumen los principios generales sobre el que pivota el principio de buena Administración, y atienden a garantías muy conocidas dentro del Derecho administrativo doméstico, derivadas de los principios básicos del Estado de Derecho. Para demostrar ello, partiremos de un ejemplo práctico: el tratamiento dado a las medidas equivalentes a la expropiación en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, de relevante aplicación frente a la figura del contrato administrativo.

Los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones Extranjeras suelen reconocer el derecho del inversionista a obtener una reparación integral frente a las medidas de efecto equivalente a la expropiación⁶⁸, es decir, toda decisión adoptada por la Administración que,

66 Dolzer, Rudolf, "The impact of international investment treaties on domestic administrative law", en *Journal of International Law and Politics Volume 37, Number 4*, Universidad de Nueva York, 2006, pp. 953 y ss.

67 Los controles a la Administración doméstica derivada del Derecho Internacional de Protección de Inversiones no rigen a los inversionistas nacionales. Sin embargo, cuando esos controles son aplicados eficientemente respecto a los inversionistas extranjeros, ellos tienen a traducirse en cambios en la actividad administrativa que redundan a favor del inversionista nacional. Tanto más si en el orden doméstico priva el principio de igualdad de trato entre el inversionista doméstico y el inversionista extranjero.

68 En general, vid. Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 89 y ss.

sin afectar el vínculo formal de la propiedad, vacía de contenido a tal derecho. Dentro de las varias definiciones que se han elaborado, tomemos el siguiente concepto, extraído de la decisión del Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de 29 de mayo de 2003, asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México*, caso No. ARB(AF)/00/2, párrafo 115:

"(...) Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vio privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta—por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación—hubiesen cesado"

Todo acto administrativo que desnaturalice la propiedad privada asociada a la inversión, impidiendo su uso efectivo por el inversionista, será una medida equivalente a la expropiación. Varios ejemplos pueden tomarse de los criterios sentados por los Tribunales arbitrales: revocatoria de contratos, revocatoria de autorizaciones, intervenciones, son ejemplos de medidas que han de equipararse a la expropiación a fin de garantizar el inversionista un derecho a la reparación integral. De acuerdo con la Conferencia para el Comercio y los Negocios de las Naciones Unidas⁶⁹:

"La expropiación de la propiedad por los gobiernos puede resultar de actos legislativos administrativos que transfieran tanto el título como la posesión del bien. La expropiación puede resultar también de actos oficiales que deriven en la pérdida de administración, uso o control, o una significación depreciación del valor de los activos. En términos generales, la primera modalidad puede ser clasificada como expropiación directa y la segunda como expropiación indirecta (...) algunos tipos particulares de esas expropiaciones han sido denominadas 'expropiaciones crecientes' mientras que otros emplean el término expropiación regulatoria"

La expropiación indirecta es consecuencia del indebido ejercicio de las potestades del Estado y, en concreto, de la potestad administrativa. De esa manera, lo que caracteriza a la expropiación indirecta es que el ejercicio arbitrario de la potestad administrativa de ordenación y limitación desnaturaliza a la propiedad privada causando un daño indemnizable. Según veíamos, en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras se han manejado varias modalidades. Así, encontramos las medidas dictadas por la Administración doméstica similares a la expropiación, cuyo efecto económico es la privación de la utilidad económica de la propiedad, aun cuando se preserve la titularidad sobre ese derecho real. Otra modalidad son las medidas que generan el mismo efecto que la expropiación pero lo hacen de manera continua, progresiva: es la denominada "*creeping expropriation*". Uno y otro caso tienen un punto en común: la Administración, en ejercicio de sus potestades de ordenación y limitación, y sin desconocer la titularidad real de la propiedad, dicta medidas de regulación cuyo efecto económico último es la lesión patrimonial sufrida por el operador económico.

69 *Taking of property*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations Conference on Trade And Development, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2000, pp. 3-4.

Hay un efecto "equivalente a la expropiación" por esa privación patrimonial. Sin embargo, es necesario acotar que la expropiación es una potestad lícita frente a la cual nace el derecho a la indemnización integral, mientras que las medidas equivalentes a la expropiación son resultado de medidas arbitrarias que lesionan la propiedad y, por ello, generan el derecho a una indemnización integral. La expropiación indirecta ha sido considerada una *expropiación de facto*, es decir, una medida arbitraria que lesiona a la propiedad privada aun cuando se preserve la titularidad formal sobre ese derecho⁷⁰.

La Administración, de acuerdo con la Ley, puede ejercer potestades de ordenación y limitación que restrinjan los derechos del inversionista extranjero, sin que en todos los casos pueda catalogarse esa limitación como una expropiación indirecta. Como recuerda la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la distinción entre la regulación y la expropiación indirecta es en ocasiones muy tenue. Dentro de los criterios que desde el Derecho Internacional se han venido manejando para establecer la diferenciación, encontramos el grado de interferencia sobre el derecho de propiedad; las características de la medida del gobierno, y la interferencia de la medida en las expectativas legítimas del inversionista⁷¹.

Este concepto no es ajeno al Derecho administrativo doméstico, formado al amparo del régimen administrativo. De esa manera, se ha reconocido que las garantías asociadas a la expropiación se extienden a toda actuación de la Administración cuyo efecto sea la privación de la propiedad, aun cuando formalmente no se trate de una expropiación⁷². Desde la regulación económica, igualmente, se ha admitido que existen decisiones que al vaciar de contenido a la propiedad, producen un efecto similar a la expropiación⁷³. En suma, toda decisión de la Administración que desnaturalice el derecho de propiedad privada, violando su contenido esencial, tendrá un efecto equivalente a la expropiación en tanto habrá vaciado de contenido a la propiedad. En todos esos casos, la Administración lleva a cabo una actividad que lesiona el contenido esencial de la propiedad privada y que, por ende, puede ser calificada de arbitraria.

70 Se ha sostenido así que "la expropiación *de facto* o expropiación indirecta, son las medidas que no envuelven el traslado forzoso de la propiedad privada, pero efectivamente neutralizan los beneficios de la propiedad para un inversionista extranjero" (Procedimiento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, caso *CME Czech Republic B.V. The Netherlands*, decisión de 13 de diciembre de 2001).

71 Organisation for Economic Co-operation and Development, "Indirect expropriation" and the "right to regulate" in International Investment Law", *Working papers on international investment number 2004/4*, pp. 9 y ss.

72 Es el caso de la vía de hecho expropiatoria. Por todos, vid. García de Enterría, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Thompson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 103 y ss.

73 Como es el caso, tratado por Ariño Ortiz, del control de precios fijado por debajo de costes. Cfr.: *Principios constitucionales de la libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 120 y ss. Nuestra posición en este sentido en Hernández G., José Ignacio, *Derecho administrativo y regulación económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 209 y ss. Ya el Derecho administrativo en España y Venezuela reconoce la existencia de medidas de la Administración lesivas al contenido esencial de la libertad de empresa o de la propiedad privada, según desnaturalicen la autonomía que como mínimo ha de informar al ejercicio de esos derechos. Por todos, vid. Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, *Derecho administrativo económico, Tomo I*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 166 y ss. En Venezuela, y relacionado con el tratamiento de la figura de la expropiación indirecta, vid. Muci-Borjas, José Antonio, *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*, cit., pp. 85 y ss.

El Derecho administrativo de la América española nos suministra distintos ejemplos de medidas equivalentes a la expropiación, pues al haberse formado como un Derecho en torno al poder, la Administración cuenta con amplios e indeterminados títulos para incidir sobre la propiedad privada. De esa manera, como ejemplo prototípico encontramos la decisión de la Administración de dar por terminado el contrato administrativo por razones de oportunidad y mérito. En estos casos, la Administración puede ejercer "prerrogativas" inherentes al contrato, y justificadas en el servicio público. Aun cuando tal decisión no siempre afecta la titularidad de la propiedad sobre los bienes asociados al contrato, el Derecho administrativo en la América española ha entendido que la terminación del contrato administrativo por razones de oportunidad y mérito genera el derecho a la indemnización integral. Además, se ha señalado que tal decisión, aun siendo discrecional, debe fundarse ser una decisión motivada, basada en criterios razonables y objetivos⁷⁴.

Lo novedoso del tratamiento de la expropiación indirecta desde el Derecho administrativo global es que se trata de un control que prescinde de las figuras bastante ambiguas existentes en el Derecho administrativo cercano al régimen administrativo, como el servicio público o la prerrogativa, para emplear criterios técnicos y objetivos de control, que apuntan a contrastar en qué medida el acto administrativo regulatorio es consistente o no con los principios que cabe esperar de la Administración en el orden global, de acuerdo con el postulado de la gobernanza democrática. Por ello, desde esta perspectiva, la decisión por la cual la Administración acuerda la terminación del contrato administrativo por razones de interés general, no sólo es evaluada a fin de ponderar su racionalidad (por ejemplo, a través del estándar del trato "justo y equitativo") sino en especial, a fin de determinar el derecho a una indemnización integral, al tratarse de una medida de efectos equivalentes a la expropiación, e incluso, de una medida que puede ser considerada como expropiación directa de los derechos contractuales⁷⁵.

Desde el Derecho administrativo global se establecen controles externos sobre la Administración Pública que limitan ciertamente su soberanía, a fin de amoldar esa Administración doméstica a los cánones de la buena Administración, como condición necesaria para la gobernanza democrática. Por ende, la función del Derecho administrativo global va más allá de arbitrar garantías al inversionista extranjero. En realidad, el Derecho administrativo global debe ser interpretado desde su incidencia en la gobernanza democrática, tal y como sucede en el contexto del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras. Como plantea Dolzer⁷⁶:

74 En general, la tesis tradicional puede ser vista en Richer, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2006, pp. 244 y ss. En la América española se insiste en que esa decisión debe ser racional, y que en todo caso genera el derecho a indemnización integral. Vid. Brewer-Carías, Allan, *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pp. 182 y ss., y Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 147 y ss.

75 Por ejemplo, véase la decisión parcial del 19 de agosto de 2005, en el caso *Eureka v. Poland*, del Tribunal Arbitral *ad-hoc* constituido bajo el Acuerdo entre el Reino de los Países bajos y la República de Polonia para el Estimulo y Protección Recíproca de Inversiones.

76 Dolzer, Rudolf, "The impact of international investment treaties on domestic administrative law", cit., pp. 953-954.

El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global.
Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española

"Desde un punto de vista sistemático que considera a la inversión extranjera como un elemento clave para promover el crecimiento y reducir la pobreza, los tratados bilaterales de inversiones son un conjunto de reglas consensuadas que sirven para atraer a la inversión extranjera reduciendo el espacio de acciones sin principios y arbitrarias por parte del Estado sede, lo que contribuye a la buena gobernanza, que es una condición necesaria para alcanzar el progreso económico en el Estado sede de la inversión"

Se insiste que el control de la arbitrariedad administrativa, en el Derecho administrativo global, tiene una ventaja significativa respecto a los sistemas basados en el régimen administrativo, cual es la ausencia de figuras indeterminadas que terminan ampliando indebidamente los poderes de la Administración, como es el caso del servicio público. En Venezuela, el servicio público ha sido constantemente invocado para justificar, en fecha reciente, medidas administrativas de amplia intervención en la economía, que se han traducido en la nacionalización de sectores económicos, la expropiación de empresas privadas y, también, la terminación unilateral de contratos públicos, a partir de la tesis de acuerdo con la cual el contratista privado en el contrato administrativo carece de derechos adquiridos, en tanto su situación queda subordinada al servicio público, interpretado ampliamente con criterios políticos, que no técnicos⁷⁷.

Este tipo de medidas no se ajustan a los estándares de la buena Administración como presupuesto de la gobernanza democrática, en tanto no son decisiones razonables, razonadas, contestables. Son, por el contrario, decisiones arbitrarias cuyo control dentro del Derecho administrativo doméstico es, en ocasiones, difícil, pues ese Derecho está incardinado dentro de un sistema que, en cierto modo, facilita la adopción de tales decisiones arbitrarias, como ha sucedido en Venezuela.

En contraposición, desde el Derecho administrativo global, como sucede con el Derecho Internacional de protección de las inversiones, se establecen controles objetivos sobre esas decisiones de la Administración, según veíamos. En este sentido, se ha señalado que en el Derecho administrativo global puede apreciarse la mayor influencia del Derecho de Estados Unidos de Norteamérica⁷⁸. Esa afirmación puede sostenerse si se considera, como vimos, que la construcción del Derecho administrativo global prescinde de algunas de las figuras trajinadas en el régimen administrativo, centrando su atención en el control de la arbitrariedad de la Administración, como mecanismo para fortalecer su responsabilidad ("accountability"). No obstante, debe también apuntarse que los principios sobre los cuales descansa el Derecho administrativo global no son privativos de Estados

Véase también el informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo intitulada *Good Governance in Investment Promotion*, Agosto de 2004.

77 Hernández G., José Ignacio, "La regulación económica de actividades de interés general y la vuelta a modelos estatistas", en *Modernizando el Estado para un país mejor. IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2010, pp. 299 y ss. Por ello, siempre hemos considerada acertada la visión de Pierre Delvolvé, para quien el servicio público es un riesgo a la libertad. Cfr.: "Services publics et libertés publiques", en *Revue Française de Droit Administratif* número 1, París, 1985, pp. 2-6.

78 Vid. Stewart, Richard, "U.S. Administrative law: a model for global administrative law", en *law and contemporary problems*, N° 68, 2005, pp. 63 y ss.

Unidos: ellos tienen cabida también el Derecho europeo⁷⁹, y asimismo, en el Derecho de la América española⁸⁰.

Esta similitud se explica si consideramos que el Derecho administrativo –en sentido amplio y no ya referido únicamente al régimen administrativo– ha tenido como propósito concretar los principios del Estado de Derecho frente a la Administración Pública, asegurando su actuación subordinada a la Ley, en respeto a las garantías de los ciudadanos. La formación del Derecho administrativo en Estados Unidos, Francia, en España y también, en la América española, tienen un punto en común, como son las revoluciones liberales desarrolladas a partir del siglo XVIII, y que se basaron en el reconocimiento de la libertad como derecho natural y, por ende, en el carácter limitado del Gobierno por la Ley, manifestación de la voluntad general⁸¹. A partir de entonces, el control de la Administración bajo el Estado de Derecho quedó dividida según se asumiese o no el régimen administrativo, lo que marca una diferencia importante. Pero en la esencia se mantiene el postulado de proteger la libertad general del ciudadano frente a la Administración, subordinando su actuación a la Ley y proscribiendo la arbitrariedad. Ese es, en resumen, el mismo propósito del Derecho administrativo global, que opera en el marco de la globalización y, por ello, en un entorno mucho más flexible y dinámico.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: HACIA LA REDEFINICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA AMÉRICA ESPAÑOLA SOBRE EL ESTÁNDAR DE BUENA ADMINISTRACIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El Derecho administrativo, en los países de la América española, y en particular en Venezuela, se ha definido a partir del reconocimiento de ciertos “privilegios y prerrogativas” que permiten a la Administración realizar su actividad de acuerdo con normas especiales y exorbitantes del Derecho común, los cuales gravitan en torno al servicio público. La impronta del régimen administrativo francés ha sido, en este sentido, más sustantiva que adjetiva. A diferencia de Francia, el control de la Administración en la América española es un control

79 Ballbé, Manuel, “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, en *Revista de Administración Pública* N° 175, Madrid, 2007, pp. 215 y ss. Aun cuando, como advierte, “debemos reconocer –nos guste o no– que inicialmente la globalización es, sobre todo, la americanización... para lo bueno y para lo malo”.

80 Por ejemplo, los principios del procedimiento administrativo, en la América española, no difieren de los requisitos que el procedimiento administrativo debe tener desde el Derecho administrativo global. En general, vid. Brewer-Carías, Allan, *Principios del procedimiento administrativo en la América Latina*, Legis, Bogotá, 2003, pp. xxxix y ss.

81 En efecto, la Revolución de Estados Unidos de Norteamérica y la Revolución Francesa, afirmaron los principios básicos sobre los cuales descansa el Derecho administrativo, a través del control de la Administración por la Ley. Esos principios luego influenciaron a la Revolución en la América Española –iniciada en Venezuela, el 19 de abril de 1810– y la propia reacción generada en España contra la invasión francesa, que culminó con la Constitución de 1812. Para un análisis general de los principios de Derecho Público derivados de tales movimientos políticos, vid. Brewer-Carías, Allan, Brewer-Carías, Allan, *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1799) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*, Universidad Externado de Colombia, Editorial Jurídica Venezolana, Bogotá, 2008, pp. 29 y ss.

judicial. Sin embargo, sustantivamente, en ambos sistemas el Derecho administrativo termina dependiendo de dos criterios claves: los "privilegios y las prerrogativas", por un lado, y el servicio público, por el otro.

El surgimiento de un Derecho administrativo que excede del ámbito estrictamente nacional ha supuesto importantes cambios en este sentido. En el caso de Europa, según veíamos, el Derecho administrativo europeo ha logrado integrar distintos sistemas de Derecho administrativo existentes en Europa propendiéndose a una mayor racionalización de la Administración, reduciendo la discrecionalidad de la Administración que deriva de conceptos tan poco precisos como el servicio público. De allí los cambios operados en la teoría del contrato administrativo: frente al interés inicial centrado en las "prerrogativas" que la Administración puede ejercer como principio general en todo contrato administrativo, el Derecho administrativo europeo se centra en el control del poder adjudicador de la Administración y, en suma, en la mayor racionalización de su actividad administrativa contractual⁸².

Lo propio cabe observar de la impronta que ha tenido el Derecho administrativo global sobre los sistemas basados en el régimen administrativo. A pesar que el contenido y extensión de tal Derecho administrativo global no es, hoy día, una cuestión ya definida, puede constatarse que en el contexto de la globalización ha comenzado a surgir un cuerpo de principios y reglas que propenden a racionalizar la actividad de la Administración doméstica cuando incide en el ámbito global, pero cuyo impacto termina afirmándose incluso dentro de la propia actividad administrativa doméstica. El objetivo central de tales principios y reglas es propender a la racionalización de la Administración, de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, participación, responsabilidad (en el sentido más general de "accountability") y apego a la Ley, como instrumento para promover la gobernabilidad democrática.

Por ello, el Derecho administrativo global constituye una útil herramienta para fomentar el cambio de paradigma del Derecho administrativo en la América española, de un Derecho centrado en el poder (bajo las expresiones de las "prerrogativas y privilegios" derivados del servicio público) a un Derecho centrado en el ciudadano, de acuerdo con el postulado general de la buena Administración. La actividad administrativa, de acuerdo con este nuevo paradigma, no es solo una actividad sujeta a la Ley, sino que además, es una actividad que se expresa a través de buenas decisiones administrativas, debidamente motivadas en términos contestables, como consecuencia de un previo procedimiento abierto y participativo. La buena Administración centrada en el servicio de los ciudadanos es, en definitiva, una Administración más democrática, que promueve en mejores términos la gobernabilidad democrática.

No obstante, el impacto del Derecho administrativo global sobre el Derecho administrativo en la América española encuentra hoy día más de un punto de resistencia.

82 Vid. González-Varas Ibáñez, Santiago, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 29 y ss. Véase también a Rodríguez-Arana, Jaime, "Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global", en *El Derecho internacional de contrataciones administrativas*, Konrad Adenauer Stiftung, San José, 2011, pp. 17 y ss.

Primero, por la diferencia estructural: mientras que el Derecho administrativo global propende al mayor y mejor control de la Administración, el Derecho administrativo en la América española se basa todavía en algunas expresiones ambiguas que pertrechan a la Administración de poderes un tanto indeterminados. Segundo, pues el Derecho administrativo en la América española sigue anclado en el dogma de la soberanía nacional, lo que implica notables limitaciones para la aplicación de cualquier ordenamiento jurídico internacional.

En Venezuela, como sucede en muchos países de la América española, el dogma ha sido que el Derecho administrativo atañe a un asunto de la soberanía nacional, con lo cual el Derecho nacional será siempre aplicable, y corresponderá a los tribunales nacionales conocer de cualquier controversia. La inmunidad jurisdiccional, junto con la Cláusula Calvo, han sido tradicionalmente los principales obstáculos para reconocer la posibilidad de aplicar, a la Administración, normas jurídicas internacionales, así como para afirmar la jurisdicción de tribunales distintos a los tribunales nacionales⁸³.

Razones similares fueron argumentadas por Venezuela al denunciar al Convenio de Washington, constitutivo del CIADI. En la comunicación de 25 de enero de 2012 en la cual se realizó la denuncia, precisamente, se hace referencia a la "inmunidad de jurisdicción" establecida en la Constitución de 1999, con lo cual, la "jurisdicción internacional" no podría controlar las decisiones "soberanas" del Gobierno, a lo cual agrega la falta de objetividad de los Tribunales Arbitrales que componen al CIADI. Como se observa, a partir de la "defensa de la soberanía" tiende a rechazarse toda posibilidad de control de la actividad administrativa que no responda al control ejercido por el Poder Judicial. Esta tesis incluso ha llevado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela ha declarar "inejecutables" decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por resultar contrarias a la soberanía de los Poderes Públicos⁸⁴.

La recepción del Derecho administrativo global en la América española, y en especial, en Venezuela, no parece ser un proceso del cual las Administraciones domésticas puedan simplemente sustraerse. Tampoco parece apropiado reducir ese impacto al Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras, si bien éste es uno de los ámbitos prácticos en los cuales el Derecho administrativo global tiende a tener mayor incidencia. En definitiva, puede afirmarse que existe una tendencia global que propende a la progresiva transformación de las

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

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

Administraciones domésticas, de centros basados en el poder, el privilegio y la prerrogativa, a centros fundados en el servicio a los ciudadanos, por cauces abiertos y democráticos. Tendencia global que apunta a fortalecer la Administración vicarial como instrumento de la gobernabilidad democrática, todo lo cual pasa por afirmar el cumplimiento de los principios estructurales sobre los cuales debe basarse la Administración en el orden global. Como señala Jaime Rodríguez-Arana Muñoz⁸⁵:

"(...) al día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho administrativo global. En la declaración del milenio de las Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado en casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y el bueno gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos"

Frente a lo anterior, la invocación de la soberanía carece de toda relevancia. La soberanía no se opone al perfeccionamiento de la Administración vicarial. Todo lo contrario, la soberanía del Estado tiene origen democrático, con lo cual, si para algo es relevante la soberanía, es para insistir en la democratización de la Administración y, por ello, en la realización constante de la buena Administración como herramienta de la gobernabilidad democrática. El Derecho administrativo doméstico es insuficiente para alcanzar ese objetivo, sencillamente, pues el Estado es hoy interdependiente de otros Estados en un orden global. Y en ese orden global, como hemos señalado, se imponen controles a la Administración doméstica que propenden a su transformación en una buena Administración vicarial como pieza clave de la gobernabilidad.

Para el Derecho administrativo en la América española, este orden global debe marcar un cambio de paradigma, pues de un Derecho administrativo centrado en un cúmulo de reglas autónomas, especiales y exorbitantes que se basan en prerrogativas y privilegios derivados del servicio público, debe pasarse a un Derecho administrativo centrado en el ciudadano y, por ende, en controles objetivos que propenden a que la actividad administrativa al servicio de los ciudadanos sea racional, eficiente, eficaz, transparente, sujeta a la Ley y, en fin, una actividad que corresponda con el principio de "accountability". En suma, el Derecho administrativo global puede coadyuvar a depurar conceptualmente al Derecho administrativo en la América española, corrigiendo la crítica que formulara Dicey al régimen administrativo francés. Un régimen, escribía, repleto de definiciones carentes de cualquier precisión cuya vaguedad resulta evidente⁸⁶. El Derecho administrativo global puede contribuir a incrementar la precisión de los conceptos sobre los que reposa el Derecho administrativo en la América española.

85 Rodríguez-Arana Muñoz, Santiago, "El derecho administrativo global: un derecho principal", cit., p. 39

86 Dicey, Albert Venn, *Introduction to the study of the law and the Constitution*, cit., p. 333.