

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA in Diritto, persona e mercato

CICLO: XXXII

TITOLO DELLA TESI:

Las transformaciones del derecho administrativo en la era de la globalización

TESI PRESENTATA DA: Dott. Samuel Baena Carrillo

TUTOR: Prof. Roberto Caranta

COORDINATORE DEL DOTTORATO: Prof.ssa Elena D'Alessandro

ANNI ACCADEMICI: 2016/2017, 2017/2018, 2018/2019

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/10 (Diritto amministrativo)

**LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN**

Samuel Baena Carrillo

You have meddled with the primal forces of nature, Mr. Beale, and I won't have it, is that clear?! You think you have merely stopped a business deal, that is not the case! The Arabs have taken billions of dollars out of this country, and now they must put it back. It is ebb and flow, tidal gravity, it is ecological balance! You are an old man who thinks in terms of nations and peoples. There are no nations! There are no peoples! There are no Russians. There are no Arabs! There are no third worlds! There is no West! There is only one holistic system of systems, one vast and immane, interwoven, interacting, multi-variant, multi-national dominion of dollars! Petro-dollars, electro-dollars, multi-dollars, reichmarks, rims, rubles, pounds and shekels! It is the international system of currency that determines the totality of life on this planet! That is the natural order of things today! That is the atomic, and subatomic and galactic structure of things today! And you have meddled with the primal forces of nature, and you will atone! Am I getting through to you, Mr. Beale? You get up on your little twenty-one-inch screen, and howl about America and democracy. There is no America. There is no democracy. There is only IBM and ITT and AT&T and DuPont, Dow, Union Carbide and Exxon. Those are the nations of the world today. What do you think the Russians talk about in their councils of state, Karl Marx? They get out their linear programming charts, statistical decision theories, min-max solutions and compute the price-cost probabilities of their transactions and investments, just like we do. We no longer live in a world of nations and ideologies, Mr. Beale. The world is a college of corporations, inexorably determined by the immutable by-laws of business. The world is a business, Mr. Beale! It has been since man crawled out of the slime. And our children will live, Mr. Beale, to see that perfect world in which there is no war or famine, oppression or brutality. One vast and ecumenical holding company, for whom all men will work to serve a common profit, in which all men will hold a share of stock, all necessities provided, all anxieties tranquilized, all boredom amused. And I have chosen you, Mr. Beale, to preach this evangel.

-Network, 1976

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

- I. LA CRISIS DEL ESTADO
 - 1.1. BREVE GENEALOGÍA DEL ESTADO: UN PRESUPUESTO PARA COMPRENDER SU CRISIS
 - 1.1.1. EL PARADIGMA ABSOLUTISTA: MACHIAVELLI, BODIN, LA PAZ DE WESTFALIA Y EL ESTADO
 - 1.1.2. EL PARADIGMA LIBERAL: HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, LAS REVOLUCIONES LIBERALES Y EL ESTADO DE DERECHO
 - 1.1.3. EL PARADIGMA SOCIAL: REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, MARX, QUERÉTARO, WEIMAR, *NEW DEAL* Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
 - 1.1.4. EL PARADIGMA REGULADOR: REPLIEGUE Y EXPANSIÓN CONCENTRADA DEL APARATO ESTATAL
 - 1.2. FENOMENOLOGÍA DE LA OBSOLESCENCIA ESTATAL
 - 1.2.1. LOS NUEVOS PODERES PÚBLICOS TRANSNACIONALES
 - 1.2.2. LOS NUEVOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES
 - 1.2.3. LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS TRANSNACIONALES
 - 1.2.4. LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS NACIONALES
 - 1.2.5. LOS NUEVOS PROBLEMAS TRANSNACIONALES
 - 1.3. LA CRISIS Y EL ESTADO: EL HUEVO Y LA GALLINA

- II. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ENTRE EL OXÍMORON Y LA UTOPIA
 - 2.1. ACLARACIÓN PRELIMINAR: LA ANFIBOLOGÍA INHERENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA TEORÍA SISTÉMICA DE EBERHARD SCHMIDT-AßMANN
 - 2.2. LA CRISIS DEL ESTADO NACIÓN ES LA CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
 - 2.2.1. LAS RELACIONES LÓGICAS E HISTÓRICAS ENTRE ESTADO NACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO
 - 2.2.2. *ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*
 - 2.3. LA REGIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 2.3.1. LA UNIÓN EUROPEA: EL LABORATORIO DE LA REGIONALIZACIÓN Y DE LA GLOBALIZACIÓN
- 2.3.2. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: UNA INTEGRACIÓN FORMAL
- 2.3.3. EL MERCOSUR: COOPERACIÓN EN LUGAR DE INTEGRACIÓN
- 2.4. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO ESTRICTO Y SUS MODELOS DE COMPRENSIÓN
 - 2.4.1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNO GLOBALIZADO
 - 2.4.2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL
 - 2.4.3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL
 - 2.4.4. EL GLOBALISMO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBALIZADO: HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL MARCO DOGMÁTICO

- 3.1. MÁS ALLÁ DEL ESTADO Y LA SOBERANÍA
- 3.2. MÁS ALLÁ DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA
- 3.3. MÁS ALLÁ DEL SISTEMA DE FUENTES ORTODOXO
- 3.4. MÁS ALLÁ DE LA JERARQUÍA
- 3.5. MÁS ALLÁ DE LO BIPOLAR Y DE LO PÚBLICO
- 3.6. MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS EPISTEMOLÓGICAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La gran herencia del pensamiento liberal es la consciencia de que no solo es posible sino además necesario imponer límites al poder, a quien lo detenta y a la forma en que es ejercido. Esa consciencia atraviesa de manera transversal todos los contenidos del derecho público, y quienes se dedican a trasegar sus mares conceptuales poseen —o deberían poseer— una sensibilidad especial, acaso compartida por quienes fabricaron el principio de legalidad en la forja del liberalismo: tal parece que la existencia del poder es inevitable, pero es posible y necesario establecer un poder sobre el poder mismo, que actúe como su contrapeso y control: el poder de la norma jurídica.

La realidad teórica y práctica del principio de legalidad, que hoy nos parece casi autoevidente y que constituye uno de los pilares sobre los que se construye una sociedad democrática, es una invención relativamente reciente. Surgió, efectivamente, en el marco de sociedades profundamente autoritarias y ansiosas de un cambio, que eventualmente se concretó en las dos revoluciones liberales que tuvieron lugar a finales del siglo XVIII en Estados Unidos y en Francia y que pusieron fin, cada una a su manera, a un régimen político caracterizado por un ejercicio arbitrario e incontestable del poder.

Desde ese punto de inflexión histórico la gran mayoría de pueblos en el planeta construyen sus respectivas sociedades sobre la premisa de que el poder está sometido a los límites que demarcan las normas jurídicas, es decir, sobre la base del *Rule of Law* o imperio del derecho. Un poder que se detente y ejerza sin el respeto de esa premisa mínima simplemente cae por fuera del marco de legitimidad que el discurso liberal desarrolló y que no ha perdido vigencia.

Ahora bien, ¿a qué se debe que un poder ejercido dentro de límites jurídicos sea legítimo y que sus decisiones sean acatadas por sus destinatarios? ¿Qué garantiza, en otros términos, que las normas jurídicas que controlan el poder no sean también, a su turno, expresiones de arbitrariedad? Se debe, en pocas palabras, a otro de los grandes legados del pensamiento liberal: el fundamento democrático del poder y del derecho, que se traduce en que el pueblo elige a sus representantes y produce, de manera directa o indirecta, los parámetros normativos que controlan su ejercicio.

En suma, debemos obedecer al Estado porque quienes lo integran fueron libremente escogidos por nosotros y porque las normas que los gobiernan fueron libremente creadas

por nosotros. Seguramente en la realidad caben varias precisiones y reparos pero, en abstracto y en el ámbito del deber ser, se trata de un circuito lógico de justificación del poder bastante eficiente. Como es obvio, lo que se encuentra en el centro de ese discurso es lo mismo que habita en el corazón del *ethos* liberal: una concepción de la libertad como valor supremo y del ser humano como criatura soberanamente libre y autónoma, facultada para gobernar su conducta y determinar su propio destino. No existe, en suma, contradicción alguna entre la libertad del ser humano y la existencia del poder y del Estado, porque éstos nacen de aquella.

Ahora bien, las sociedades que produjeron ese discurso eran profundamente distintas a la nuestra porque no se veían enfrentadas a la indiscutible realidad de la globalización, que ha logrado romper, o cuando menos cuestionar, los grandes paradigmas sobre los cuales se construyó la modernidad jurídica. El territorio, la población y la soberanía han sido completamente transformados. El derecho mismo ha perdido su nexo estricto con el Estado. Se trata de una realidad tanto antigua como novedosa: antigua, porque ya con el nacimiento de la actividad económica del medioevo se asistió a la formación de un derecho que desde su exordio se situaba más allá del territorio y de la autoridad política: el derecho de los comerciantes; pero también novedosa, porque tras la segunda posguerra y especialmente después de la caída del muro de Berlín han surgido nuevas instituciones, métodos de *governance* y técnicas de regulación que inciden sobre el Estado y producen normas más allá de él y con independencia de su voluntad. Gústenos o no, los Estados actuales funcionan sobre la base de reglas que emergen de foros diversos. Existe un incipiente derecho público de estampa global y el pluralismo jurídico parece dominar la escena.

El absolutismo jurídico moderno está en tela de juicio: el vínculo estrecho entre derecho y poder político, el monismo jurídico, el Estado como único productor del derecho, la ley como única fuente o fuente suprema, el derecho como orden y voluntad general que cae del alto y en cascada sobre las cabezas de los asociados, son mitos que han sido destronados. Vivimos un tiempo de transición, tan rápido como intenso: el Estado no es más la completa expresión de la juridicidad; es solo una de sus facetas. El paisaje jurídico que nuestros ancestros modernos redujeron de manera artificiosa a lo estatal se ha transformado en una realidad compleja e incierta, más allá del Estado y de las entidades interestatales, dirigida hacia un mundo contradictorio en el que el oxímoron de la soberanía compartida parece ser la norma.

En concreto, la globalización ha logrado cuestionar la aplicabilidad del discurso con el que tradicionalmente se ha justificado el poder. Para decirlo en forma clara, hoy en día el poder

no solo es ejercido por representantes libre y democráticamente elegidos, y tampoco está necesariamente sometido a normas jurídicas en cuya producción hayan participado sus destinatarios. Es cierto que los Estados siguen existiendo y que aún desempeñan un papel fundamental en la organización de las sociedades, pero ya no están solos. Hay nuevos sujetos, en ocasiones creados por los mismos Estados y en ocasiones creados prácticamente *ex nihilo*, que detentan y ejercen formas de poder difícilmente aprehensibles y que tienen la facultad de tomar decisiones. Estos nuevos sujetos, contrario a lo que ocurre con los Estados, no siempre operan sobre la base de un fundamento democrático y las normas que los rigen, de existir, no siempre son producidas a través de un proceso en el que los interesados tengan capacidad de injerencia.

Ahora bien, desde un punto de vista abstracto, ¿cuál es la diferencia entre esa situación y el llamado *Ancien Régime*? Este trabajo de investigación nace precisamente de esa preocupación: la globalización podría constituir un nuevo antiguo régimen frente al cual, quizás, ya es hora de planear una nueva toma de la Bastilla, capaz de potenciar los alcances del *Rule of Law* y la habilidad de las normas jurídicas para controlar el poder, pero también capaz de asegurar que en la creación de tales normas participen de manera democrática todos los interesados. Por demás, llegado este punto, cabría afirmar sin lugar a eufemismos ni ambages que esos interesados son absolutamente todos los habitantes del planeta.

¿Cuál es entonces el papel de la ciencia jurídica de cara a la globalización? Sin duda, el rol que el derecho está llamado a cumplir es el de regulador eficaz de la nueva realidad, pero ello presupone otro papel: el de modelo descriptivo ajustado de esa realidad. Todas las ramas del derecho están llamadas a realizar ajustes en sus contenidos para asegurar, por un lado, una representación fiel de lo que está ocurriendo y, por el otro, su regulación idónea.

Evidentemente, se trata de una tarea tan titánica que no puede intentarse de manera individual. Es por ende necesario concretar la motivación de la investigación en un problema concreto: las transformaciones necesarias del derecho administrativo a partir de la globalización. No se trata de una elección arbitraria: finalmente, el derecho administrativo siempre ha estado en primera línea cuando se trata del principio de legalidad, ha tenido siempre una relación lógica con el Estado y siempre se ha preocupado por los avatares del poder. En otras palabras, el derecho administrativo es quizá la ventana más idónea desde la cual asomarse al problema del poder en tiempos de globalización, quizás porque precisamente ha sido tradicionalmente considerado el reino de la soberanía nacional.

Cierto es que no se trata de un tema nuevo. La literatura ya ha explorado la cuestión y hoy por hoy existen explicaciones y modelos de comprensión más o menos decantados al respecto. Sin embargo, como eventualmente será puesto de presente, no se considera que esos modelos hayan logrado proponer una reformulación dogmática del derecho administrativo, es decir, una nueva forma de enseñarlo y de explicarlo, que con ambiciones sistemáticas logre integrar la realidad global a la estructura teórica de la materia más que como un mero apéndice o anexo.

En otras palabras, es necesario un nuevo sistema dogmático de derecho administrativo, construido sobre el andamiaje de la globalización. Quienes niegan la posibilidad de esta nueva versión del derecho administrativo lo hacen sobre la base de que hoy por hoy no existe un orden jurídico global sino una plétora de sistemas regulatorios desprovistos de centro. No existen tampoco un diálogo entre autoridades y gobernados, un poder constituyente primario, ni mucho menos derivado, y no existen una administración pública planetaria ni una democracia ecuménica.

A quienes se basan en tales deficiencias para negar la necesidad de un cambio habría que informarles que hoy en día existen problemas como el calentamiento global o el terrorismo, que ocurren sin ninguna consideración por las fronteras y ante los cuales la humanidad ha iniciado a entender que la cooperación no es una simple alternativa sino la única respuesta eficiente. También habría que mencionar que la proliferación de tratados, convenciones, instrumentos y regulaciones de variada especie tiende a armonizarse y que entre esos elementos parece estar gestándose un nuevo orden, sin duda alguna complejo pero no por ello necesariamente menos ordenado que el sistema de fuentes tradicional. Es razonable pensar que se está desarrollando una sociedad planetaria. Existen documentos que, de manera al menos embrionaria, parecen anticipar una constitución global. Existen tribunales cuya jurisdicción trasciende las fronteras.

En síntesis, el derecho en general, y el administrativo en particular, parecen dirigirse de manera inexorable hacia un molde distinto del Estado nación: el globo terráqueo. El derecho administrativo concebido como sistema debe apropiarse de las nuevas realidades y aprender a nombrarlas con categorías distintas a las modernas. Este trabajo no pretende proponer ese sistema, porque hacerlo sería extremadamente pretencioso y equivaldría seguramente a una empresa destinada al fracaso, sino señalar las transformaciones evidentes que ha atravesado, atraviesa y atravesará el derecho administrativo por causa de la globalización, y que deberían constituir los eventuales nuevos fundamentos de ese nuevo derecho administrativo conjetural. En suma, la presente investigación constituye la mera

intuición de un sistema y no el sistema mismo, y es planteada como el inicio de un camino y de ninguna manera como su culminación.

El problema de investigación es claro: ¿el derecho administrativo sufre transformaciones por causa de la globalización? La hipótesis es simple y sigue la forma de un silogismo: la globalización implica la crisis del Estado; el derecho administrativo tiene una relación histórica y lógica con el Estado; se deduce que la globalización implica la crisis del derecho administrativo y es necesario dar cuenta de sus transformaciones para que siga constituyendo un modelo descriptivo acertado de la realidad y un aparato idóneo para regularla.

El problema de investigación y la hipótesis determinan tanto la metodología, que es básicamente la demostración del silogismo antedicho, como el plan de trabajo: en el Capítulo I, se pretende demostrar que el Estado está en crisis por causa de la globalización; en el Capítulo II, se explica en qué consiste la globalización del derecho administrativo a partir de experiencias prácticas concretas y de modelos teóricos existentes; finalmente, en el Capítulo III, se identifican y explican las transformaciones concretas del derecho administrativo que ya han tenido lugar, que están en curso o que deberían ocurrir si el subsistema ha de sobrevivir y si hemos de pasar, como es necesario y en este punto urgente, de la realidad a su explicación y, finalmente, de la explicación a la regulación.

I. LA CRISIS DEL ESTADO

El Estado está en crisis. La afirmación es curiosa y no deja de resultar algo ambigua: constituye de algún modo un lugar común y un hecho notorio, pero al mismo tiempo supone un juicio tan complejo y un esfuerzo probatorio de tal envergadura que resulta casi absurdo formularla de manera seria. No obstante, sobre la base de un breve recorrido por la historia del Estado (1.1.), en este capítulo se aspira a evidenciar una serie de factores de crisis que prueban la afirmación (1.2.), y a preguntarse si ésta tiene en sí más de falacia que de verdad (1.3.).

1.1. BREVE GENEALOGÍA DEL ESTADO: UN PRESUPUESTO PARA COMPRENDER SU CRISIS

Reconstruir la historia del Estado es necesario para esta investigación porque uno de sus objetivos fundamentales es demostrar que éste efectivamente está en crisis, y ello solo es posible si se tiene una comprensión de los elementos que constituyen su morfología actual. Dicha comprensión presupone, a su turno, familiarizarse con dos premisas: en primer término, que la realidad estatal de nuestros días no surgió por generación espontánea sino tras una serie de complejos procesos históricos y, en segundo lugar, que es solo a la luz de su genealogía que se puede analizar su crisis.

Ahora bien, esta reconstrucción histórica presupone definir qué se entiende exactamente por Estado, porque de la definición que se acoja dependerá en última instancia el diseño de la narrativa. Si se tiene en cuenta que la crisis que busca ponerse de presente afecta el Estado de nuestros días y que éste solo empieza a asumir su morfología característica a partir de la modernidad¹, remontarse a los momentos primigenios de la historia humana

¹ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que existe en la historiografía una discusión en torno de lo que se entiende por modernidad, y de que existen por los menos dos posiciones al respecto: la primera marca su inicio aproximadamente en 1492, la segunda lo sitúa a finales del siglo XVIII: "La conceptualización de la modernidad/colonialidad se asienta en una serie de operaciones que la distinguen de las teorías establecidas de la modernidad. Estas incluyen: 1) la localización de los orígenes de la modernidad en la conquista de América y el control del Atlántico a partir de 1492, antes que los más comúnmente aceptados mojones de la Ilustración o el final del siglo XVIII; 2) la atención al colonialismo, poscolonialismo e imperialismo como constitutivos de la modernidad; esto incluye una determinación de no pasar por alto la economía y sus concomitantes formas de explotación; 3) la adopción de una perspectiva global [sic] en la explicación de la modernidad, en lugar de una visión de la modernidad como un fenómeno intra-europeo; 4) la identificación de la dominación de otros afuera del centro europeo como una necesaria dimensión de la modernidad; 5) una reconceptualización del eurocentrismo como la forma de conocimiento de la modernidad/colonialidad –una

resultaría algo excesivo e inocuo. En efecto, si se sigue a Georg Jellinek (1851-1911) y por Estado se entiende de manera abstracta el “fenómeno social más importante que pudo construir la voluntad del hombre”², o a Max Weber (1864-1920) para concebirlo de manera genérica como una “construcción organizativa a través de la cual un sistema potestativo suficientemente coherente ejerce su preeminencia sobre un territorio definido”³, sería posible rastrear los orígenes hasta Mesopotamia⁴, y habría que estudiar los respectivos aportes de Egipto, Grecia y Roma, además de los elementos consolidados durante la alta y baja Edad Media⁵.

representación hegemónica y modo de conocimiento que arguye su propia universalidad, ‘derivada de la posición europea como centro’-”. ESCOBAR, A. *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y Diferencia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Universidad del Cauca, 2005, página 34.

“(…) aun si toda fecha que permite separar dos épocas es arbitraria, no hay ninguna que convenga más para marcar el comienzo de la era moderna que el año de 1492, en que Colón atraviesa el océano Atlántico. Todos somos descendientes directos de Colón, con él comienza nuestra genealogía –en la medida en que la palabra ‘comienzo’ tiene sentido-. Desde 1492 estamos en una época que, como dijo Las Casas refiriéndose a la navegación de Colón, es ‘tan nueva y tan nunca [...] vista ni oída’ (*Historia de las Indias*, I, 88). Desde esa fecha, el mundo está cerrado (aun si el universo se vuelve infinito), ‘e el mundo es poco’, como habrá de declarar en forma perentoria el propio Colón (‘Carta a los Reyes’, 7. 7. 1503); los hombres han descubierto la totalidad de la que forman parte mientras que, hasta entonces, formaban una parte sin todo”. TODOROV, T. *La conquista de América: el problema del otro*. México D.F.: Siglo XXI Editores, 2010, p. 15.

² JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1943, p. 32.

³ Cfr. COTTA, M., DELLA PORTA, D., MORLINO, L. *Scienza politica*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 456.

⁴ “Los antecedentes del Estado nacional como construcción política singular pueden remontarse diez mil años atrás al surgimiento de las *sociedades agrícolas* en Mesopotamia, organizaciones que movilizaron un *capital* significativo; también a la *Res publica* romana (509 a. C.) y la *burocracia* altamente técnica de la China imperial (221 a. C.), elementos que sin duda lo prefiguraron. Durante el período feudal aparecieron otros componentes esenciales como la administración general de la justicia y las rentas, pero solo el lento tránsito del feudalismo al absolutismo marcó el nacimiento del aparato estatal moderno mediante un proceso de *centralización monárquica*. Esta transformación se tradujo en la concentración, en las manos del rey, del control de la fuerza y las finanzas sobre un amplio territorio, pero también en una nueva visión del poder que vino a justificar su ejercicio en el campo simbólico: un nuevo imaginario político que legitimó la existencia del modelo emergente de dominación”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 109.

⁵ “Occorre distinguere un concetto generico di Stato da uno specifico. In senso generico, si può parlare di Stato con riferimento a qualunque ordinamento sociale, cioè a qualunque sistema di relazioni che definisce un qualsiasi ordine, in qualsiasi modo stabile e garantito da una autorità. Così [sic], potremmo chiamare “Stato” il regno assiro-babilonese; l’Egitto dei faraoni e dei sacerdoti di Aton; il governo sugli Israeliti di Mosè e di Aronne, Davide e Salomone; i regni dei Filistei, dei Moabiti, degli Aramei, degli Amaleciti, degli Ammoniti, degli Idumei di cui parlano le storie bibliche; il governo della *pòlis* greca; l’impero di Alessandro Magno; l’impero romano; il regno degli Inca o degli Aztechi sotto Montezuma; il branco armato di Gengis Khan, passando per l’età feudale, per le libere città mercantili del Rinascimento, per le monarchie assolute nate dallo smembramento del Sacro Romano Impero, ecc. La parola “Stato”, in questo suo larghissimo uso perderebbe ogni pregnanza. Eventualmente, potremmo vedere in tutte queste forme di coesistenza sociale tappe diverse del percorso, studiato dagli antropologi, dall’orda o banda all’alleanza di bande, alla tribù [sic], alla città fino allo Stato nel senso odierno”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 57-58.

Por tanto, habida cuenta de que los objetivos últimos de esta investigación tienen que ver con el derecho administrativo y no con el ámbito de la filosofía política, por Estado se hace referencia a una construcción moderna. El tejido de la narrativa tendrá como hilo conductor los modelos fundamentales en la evolución del Estado, a saber, el paradigma absolutista (1.1.1.), el paradigma liberal (1.1.2.), el paradigma social (1.1.3.) y el paradigma regulador (1.1.4.).

1.1.1. EL PARADIGMA ABSOLUTISTA: MACHIAVELLI, BODIN, LA PAZ DE WESTFALIA Y EL ESTADO

El antecedente más remoto no tuvo el carácter de una realidad histórica sino, por el contrario, el de un aporte teórico: fue tras pocos años del comienzo de la modernidad, que Niccolò Machiavelli (1469-1527) emplearía por vez primera el término Estado para referirse al conjunto de instituciones que detentan y que ejercen poder, atribuyéndole, por demás, la entidad de categoría genérica en la que cabían dos especies: las repúblicas y los principados⁶. El mérito de Machiavelli no se reduce simplemente al de bautizar al Estado, sino que consiste además en el hecho de asignarle un contenido laico y técnico que hasta entonces no tenía. Esa secularización analítica le granjeó al florentino la reputación casi diabólica por la que se le conoce aún en nuestros días⁷, a causa de las posiciones

⁶ “Tutti gli stati, tutti e’ dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini, sono stati e sono o republiche o principati”. MACHIAVELLI, N. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 2010, p. 7.

⁷ “Hasta antes de Maquiavelo toda aproximación al Estado venía contaminada por elementos celestiales porque nadie se había atrevido a romper, en el estudio de lo político, con la tradición escolástica jerarquizada a partir de la relación del gobernante con Dios. Sin embargo, la visión realista del Estado no supuso un desconocimiento de las religiones. Bien por el contrario, Maquiavelo las ubicó en su justo lugar, describiéndolas como las herramientas de manipulación más eficaces conocidas en manos de los dueños del poder político que en realidad eran. Señalar el empleo pagano de la religión como el único racional posible por hombres cuyas ambiciones nada tenían de divinas, le valió a Maquiavelo ser tachado de hereje. También a ojos de sus malos lectores, retratar el poder tal como era y no como debía ser, observarlo con la frialdad y la indiferencia del científico, le ganó el calificativo de “diabólico”. El maquiavelismo erigió la falta de escrúpulos como su nota distintiva cuando en realidad *El Príncipe* no es un libro amoral, ni moral, sino voluntariamente técnico, producto incluso del esfuerzo del autor por anular sus más caros prejuicios personales e ideales políticos”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 111.

abiertamente contrarias a la suya⁸, que veían en sus máximas y consejos auténticas incitaciones al pecado⁹.

Un segundo antecedente en la historia del Estado consiste en la primera formulación teórica del concepto de soberanía, atribuida a Jean Bodin (1529-1596). Como se verá, su contribución a la historia del pensamiento político conserva en nuestros días plena vigencia, en la medida en que constituye uno de los elementos constitutivos del Estado de acuerdo con la teoría ortodoxa. Si bien la propuesta de Bodin implicaba retomar conceptos ya pensados por el derecho romano para explicar y justificar el poder de sus magistraturas republicanas e imperiales, supuso ante todo su actualización y ensanchamiento¹⁰. Para Bodin, la soberanía es un poder indivisible, inalienable, perpetuo, y absoluto, en la medida en que no está supeditado a ningún otro poder, incluyendo el de la ley¹¹; se trata de la

⁸ “È opinione comune che l’antimachiavellismo si sviluppi a partire dal 1539, dall’*Apologia a Carlo* con cui il cardinale inglese Reginald Pole voleva giustificare il proprio operato di difensore della fede cattolica contro lo scisma d’Inghilterra. (...) Trattati antimachiavellici come il *De nobilitate christiana* (1542) di Girolamo Osorio o il *De libris a Christiano detestandis* (1522) di Ambrogio Caterno Politi, affrettarono la condanna all’Indice dell’intera opera di Machiavelli, ma non determinarono un vero e proprio salto di qualità. (...) Si sviluppò allora un antimachiavellismo protestante che ebbe il suo campione nell’ugonotto Innocent Gentillet”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 161 y 162.

⁹ “La mancanza di fede, la simulazione delle virtù, l’invito a essere temuto più che amato, il primato dell’utile sulla giustizia, sembravano indicare al principe comportamenti malvagi ed empí. (...) [P]revalse l’interpretazione che vedeva la piena e univoca equivalenza tra il machiavellismo e l’ateismo, e tra questo e la tirannide”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 162.

¹⁰ “La desacralización del Estado trajo consigo la urgencia de un zócalo analítico lo suficientemente sólido para soportar el peso creciente de la estructura seglar estatal. Bodin vino a suplir este vacío con la confección en los *Seis Libros de la República* (1576) del concepto de *souveraineté*, considerada la auténtica esencia de la república. Construido con base en una reinterpretación del derecho latino, el concepto de soberanía sin embargo desborda nociones conocidas de la legislación romana como el *imperium*, que designaba la simple potestad de comando militar, y la *summa potestas*, que se refería a un “poder de vida y de muerte”. La soberanía tenía un cubrimiento semántico mucho más vasto, que la habilitaba como noción basililar para el análisis del Estado: “*La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République [...], c’est-à-dire la plus grande puissance de commander*”. Absoluta y perpetua en razón de que “*n’est limitée, ni en puissance, ni en charge, ni à certain temps*”. Desde luego que se trató en sus inicios de una soberanía “autocrática” (las soberanías “nacional” y “popular” son conquistas posteriores), que, aunque en el presente inmediato vino a reforzar el absolutismo, puesto que aún era entendida con referencia al Príncipe debido al incipiente proceso de institucionalización, sirvió de pilar conceptual para acabar de construir el edificio estatal”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 111 y 112.

¹¹ “La paradoja de la soberanía se enuncia así: «El soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico». Si soberano es, en efecto, aquél a quien el orden jurídico reconoce el poder de proclamar el estado de excepción y de suspender, de este modo, la validez del orden jurídico mismo, entonces «cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida in toto» (Schmitt I, p. 37). La precisión «al mismo tiempo» no es trivial: el soberano, al tener el poder legal de suspender la validez de la ley, se sitúa

piedra angular que soporta en la teoría y en la práctica la existencia del aparato estatal, único elemento aglutinador de las instituciones que lo componen¹².

Es posible afirmar que desde un punto de vista práctico el antecedente primigenio llega más de un siglo después de la publicación de *Il Principe*¹³, y tiene que ver con una crisis bélica que se desató en Europa entre las potencias políticas de la época, que pasaría a la historia como la Guerra de los Treinta Años. Se trató de un conflicto dinástico entre la casa de los Borbones y la casa de los Habsburgo, que tuvo como causa primera una disputa religiosa entre católicos y protestantes y que eventualmente escaló hasta convertirse en la primera conflagración por el dominio total del continente europeo¹⁴. Lo que debe tenerse en cuenta

legalmente fuera de ella. Y esto significa que la paradoja de la soberanía puede formularse también de esta forma: «La ley está fuera de sí misma», o bien: «Yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley». AGAMBEN, G. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos, 2013, p. 27.

¹² Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 167.

¹³ Si bien existen posiciones que reconocen esa génesis en la España de los reyes católicos, parece más adecuado hacerla coincidir con los pactos de Westfalia porque es con ellos que una nueva realidad organizativa se cierne sobre Europa. De acuerdo con la primera posición reseñada, “El Estado-nación, en tanto que modelo político, tiene sus orígenes en Europa en la segunda mitad del siglo xv. La alianza de los reyes de Castilla y de Aragón marca el principio de la construcción del Estado español, basado sobre la supremacía de una lengua (el castellano), de una concepción religiosa (el cristianismo católico y romano) y una filiación al mundo occidental. Bajo estas condiciones, nació el germen histórico del Estado-nación. España fue, históricamente, el espacio donde el proceso de afirmación de una identidad nacional, a partir de un modelo político de Estado, produjo los instrumentos ideológicos y jurídicos que la llevaron a negar la diversidad cultural y lingüística sobre el territorio geográfico del nuevo Estado (...) El Estado-nación se forma lenta y diversamente en Francia, Inglaterra, España y Portugal a partir o alrededor del poder monárquico, el cual se transforma a través de la formación de aquel”. MARÍN GONZÁLEZ, J. Breve historia del Estado-nación y de la política de integración en Europa y en América Latina. En: *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de derecho penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 341-356, pp. 343-344.

“Incluso, en otra concepción, más amplia, el Estado Nacional moderno (bajo la forma de monarquía absoluta) surgía mucho antes, exactamente en Iberia y en Inglaterra. De hecho, el nacimiento del Estado Nacional es anterior a los Tratados de Paz de Westfalia, no obstante, es en esos documentos donde reside el «certificado de nacimiento» del moderno Estado nacional soberano —base del Estado democrático de Derecho actual y «momento fundador» del sistema político internacional. Más allá de ese aspecto meramente registral, la importancia de los Tratados de Paz de Westfalia fue tan grande para la comprensión de la noción de Estado que el profesor ROLAND MOUSNIER, al describir los siglos XVI y XVII en la enciclopedia *História Geral das Civilizações*, coordinada por MAURICE CROUZET, afirma que aquellos tratados simbolizaron incluso una «constitución de la nueva Europa», una Europa ahora multifacética, plural, muy distante de la unidad religiosa del cristianismo, de la unidad política del Sacro Imperio Romano Germánico y de la unidad económica del feudo. FRANCA FILHO, M.T. Historia y razón del paradigma westfaliano. En: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, enero-marzo del 2006, no. 131, pp. 87-111, p. 91.

¹⁴ Cfr. FRANCA FILHO, M.T. Historia y razón del paradigma westfaliano. En: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, enero-marzo del 2006, no. 131, pp. 87-111, p. 92-98.

es que el conflicto alcanzó su fin cuando, al cabo de dilatadas y arduas negociaciones, se llegó en 1648 a una serie de acuerdos que pasarían a la historia como la Paz de Westfalia.

Este pacto conclusivo es comúnmente asociado al nacimiento del Estado nación porque trajo consigo una reordenación de las relaciones de poder entre las potencias europeas de entonces, que suponía dos elementos: por un lado, la identificación de una serie de sujetos soberanos e independientes que conformaban el mapa político de acuerdo con unas coordenadas territoriales más o menos claras y, por el otro, el reconocimiento mutuo del derecho soberano sobre el territorio por parte de cada uno de esos sujetos¹⁵. La Paz de Westfalia dio origen a una época de estabilidad que jurídicamente tuvo dos causas: la secularización del Estado relacionada con la libertad de culto y la consolidación de la soberanía estatal¹⁶. La ordenación de los poderes y sus fronteras nacionales, así sea como meros artificios en el caso americano¹⁷, sigue en nuestros días anclada al equilibrio que se

¹⁵ “Political maps which depict borders, for example, contribute to dominant discourses of the state, in that their emphasis on state borders exhibits an understanding of the world based on Westphalian concepts of territorial sovereignty and a state system. (...) World maps place states in the context of the world and define the limits of domestic state action by framing the nation according to the Westphalian concept of territorial sovereignty, where ‘Sovereignty, like “state”, implies space, and control of a territory becomes the foundation of sovereignty’. Political maps perpetuate this discourse of sovereign domestic space through their depiction of state borders, contributing to a ‘misleading sense of natural territorial control’. (...) Ever since territory has been linked with sovereignty in the post-Westphalian world, the two have come together to create an identity based on distinct sovereign territory”. FOTIADIS, P. *The strange power of maps* (thesis). Bristol: SPAIS University of Bristol, 2009, pp. 6, 23 y 45.

¹⁶ Desde el punto de vista del Derecho, dos fueron los grandes legados de la Paz de Westfalia, a saber: la consolidación de la libertad de culto (asociada a la secularización del Estado) y la afirmación formal de la soberanía estatal (asociada a la «razón de Estado»). En otras palabras, secularización, centralización y nacionalización ocupan un lugar privilegiado en la descripción del nuevo mundo westfaliano que se construyó a partir de entonces. Si, por un lado, es verdad que tales conquistas discurrieron verdaderamente, de una larga lucha de los reyes y nobles europeos cuyos inicios se remontan al período Prerreforma Protestante, también es verdad, por otro lado, que fueron los Tratado de Paz de Westfalia los que consolidaron formalmente por primera vez la instauración verdadera de una Constitución Europea —a constitutio westphalica. Esa nueva constitución completó un conjunto de normas, mutuamente establecidas, que procuró definir cuáles serían los detentores de la autoridad en el escenario internacional europeo, cuales las reglas para volverse uno de esos actores y cuáles sus prerrogativas —un nuevo orden mundial, por tanto—. Nótese que aquella trinidad de dimensiones de la moderna estatalidad (secularización, centralización y nacionalización) es, también, una trinidad porque es al final el Estado nacional soberano, fuerte y centralizado, el mayor fiador de la paz interconfesional y de la libertad de culto. FRANCA FILHO, M.T. Historia y razón del paradigma westfaliano. En: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, enero-marzo del 2006, no. 131, pp. 87-111, p. 100-101.

¹⁷ Para un análisis completo y profundo sobre la construcción artificiosa de naciones en el continente americano, desde una perspectiva antropológica, Cfr. SERJE, M. *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. Para un estudio con las mismas características pero desde el punto de vista jurídico, Cfr. VELA ORBEGOZO, B. ¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017.

fundó en el siglo XVII mediante la Paz de Westfalia¹⁸, que algunos reconocen como una fase embrionaria de constitucionalismo europeo¹⁹. La importancia del paradigma absolutista, en suma, radica en que es con él, y no con el feudalismo²⁰, que se verifican las primeras condiciones de posibilidad del Estado que conocemos; es él el que sienta los fundamentos del Estado nación, aunque éste se perfeccionara con posterioridad al Iluminismo sobre la base de una interpretación en clave romántica; finalmente, es gracias a él que tiene lugar el punto de inflexión que permite la aparición de la siguiente etapa: el paradigma liberal²¹.

1.1.2. EL PARADIGMA LIBERAL: HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU, LAS REVOLUCIONES LIBERALES Y EL ESTADO DE DERECHO

Tras los aportes teóricos de Machiavelli y Bodin y una vez acordados los pactos de Westfalia, empezarían a gestarse los siguientes rasgos distintivos del Estado. También en el caso del paradigma liberal puede afirmarse que los primeros antecedentes se verificaron en el plano teórico y no en el práctico, aunque desde cierta perspectiva separar ambos ámbitos resulta en realidad más artificioso que optar por concebirlos como esferas íntimamente ligadas que se condicionan mutuamente²².

¹⁸ “El orden internacional, la delimitación de fronteras y la acción de las organizaciones internacionales aún reposan sobre los cimientos del sistema interestatal de soberanía que nació con la Paz de Westfalia”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 132.

¹⁹ Cfr. LESAFFER, R. The Westphalia Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1649. En: *Grotiana*. Assen: Grotiana Foundation, 1997, Vol. 18, Issue 1, pp. 71-95.

²⁰ “Realizando un breve esbozo histórico, se visualiza que la noción de Estado que hoy se toma como unívoca —la de Estado democrático constitucional—, tiene sus más remotos orígenes en la desarticulación del mundo feudal, a partir del siglo XV”. FRANCA FILHO, M.T. Historia y razón del paradigma westfaliano. En: *Revista de Estudios Políticos* (nueva época). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, enero-marzo del 2006, no. 131, pp. 87-111, p. 89.

²¹ “Con el absolutismo nace el Estado moderno. Al observador contemporáneo podrá parecerle paradójico que algo tan anacrónico y opuesto a la idea actual de democracia, como es la soberanía absoluta de los monarcas, sea precisamente la forma de gobierno con la cual comenzó a moldearse la Edad Moderna. Para transformar la sociedad medieval, sin embargo, era obligado transitar por ese camino (...) Para que hubiera Estado moderno era necesario reemplazar el *Estado estamental* de la Edad Media, caracterizado, según expresión de Hegel, por la *poliarquía*, esto es, una dispersión política en innumerables centros de poder y en todos los estratos y compartimientos de la organización social”. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 189.

²² “The Treaty of Westphalia may have “happened” but the Enlightenment as part of that mythopoesis is always belated. We must therefore remember that if we conceive of history as mythopoesis, we must again and again undo the opposition between philosophy and the practical”. BUTLER, J., SPIVAK, G.C. *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*. Oxford: Seagull, 2007, p. 117.

Ese primer antecedente llegaría tres años después de 1648 con el *Leviathan* de Thomas Hobbes (1588-1679). Puede parecer curioso que estando tan próxima al fin de la Guerra de los Treinta Años y tan relativamente cercana a los aportes teóricos absolutistas, la obra de Hobbes se enmarque dentro del paradigma liberal, máxime si se tiene en cuenta que el título de su obra representa metafóricamente al Estado como un monstruo bíblico, lo cual en principio lo vincularía a un pensamiento absolutista. En realidad, esta perplejidad se disipa fácilmente si se tiene en cuenta que, a pesar de ver en el aparato estatal un poder supremo, capaz de infundir miedo y de dominar la voluntad de los súbditos²³, Hobbes no lo concibe a la manera de Machiavelli y Bodin: en efecto, la razón para asociarlo al segundo estadio evolutivo del Estado tiene que ver con el origen que proyecta Hobbes para su concepción del poder público, a saber, el pacto, que no debe confundirse con el contrato²⁴. Para Hobbes, la fuente del poder no se reconduce a la divinidad ni a la sangre, sino al instrumento de la representación política, que permite la sumatoria de intereses de los súbditos y su canalización a través de un único organismo capaz de sintetizar y ejecutar la voluntad colectiva del cuerpo social²⁵, que constituye una auténtica necesidad para salvaguardar la paz y evitar la guerra connatural al estado salvaje²⁶. De allí que Hobbes sea reconocido por algunos como el primer contractualista de la historia²⁷, aunque parezca más acertado considerarlo un punto intermedio entre el pensamiento absolutista y el liberal.

²³ “Il Leviatano è il potere più alto che esista; è stato creato in modo tale da non aver paura e anzi di incuterla; signoreggia e tiene a freno i superbi; infine con lui non si possono stringere patti”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 196.

²⁴ “Il concetto hobbesiano di ‘patto’ (*pact, covenant*) — l’accordo politico in senso proprio — è distinto da quello di ‘contratto’ (*contract*) perché il secondo è solo il «mutuo trasferimento del diritto», e in questo semplice atto esaurisce i suoi effetti, mentre il primo si proietta avanti nel tempo e implica l’istaurazione della fiducia reciproca”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 199.

²⁵ “Il problema di come costruire il sovrano è risolto da Hobbes nel XVII capitolo, il primo della seconda parte del *Leviatano*. L’obiettivo di dare vita a un potere irresistibile e capace di conferire stabilmente sicurezza agli uomini — cioè di costringerli a rispettare i patti — si raggiunge per Hobbes, attraverso la *logica del patto e della rappresentanza politica moderna*, che (...) subisce una trasformazione radicale, divenendo lo strumento grazie al quale si rappresenta e si costituisce efficacemente l’interesse universale di tutti e di ciascuno, cioè la volontà generale di vivere in pace”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 198.

²⁶ “(...) el imperativo de seguridad para superar el estado de naturaleza gracias al *Leviathan* (...) el derecho es la negación de la guerra, el remedio necesario para que el hombre se sobreponga al estado de naturaleza salvaje”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, pp. 112 y 115.

²⁷ “Hobbes es el primer expositor moderno de la teoría del contrato social, y la dota de todos sus elementos característicos. Para explicar el origen del Estado Hobbes propone en primer lugar, a manera de hipótesis, imaginar o recrear las características que tiene la vida del hombre en *estado de naturaleza*, es decir, en la etapa preestatal o prejurídica de la existencia humana. Desde *Leviatán*, la descripción de la vida humana en estado de naturaleza, antes de la instauración de un orden político, se ha convertido en una importante figura

También en calidad de antecedente habría que mencionar a John Locke (1632-1704), quien se sitúa dentro de la corriente del contractualismo, como Hobbes, pero introduce una serie de variaciones teóricas importantes que comprenden dos aportes fundamentales a la construcción del Estado: en primer lugar, el protagonismo que atribuye a la propiedad privada en la justificación del poder público²⁸, concebido como su principal garante; en segundo término, a partir de su análisis relativo a la propiedad, Locke identifica una relación teórica entre los derechos individuales, derivados del derecho natural, y los límites del poder²⁹.

Podría decirse que con Hobbes y Locke el pensamiento político moderno conoció una primera e incipiente versión del paradigma liberal, que la historia se encargaría de potenciar significativamente, hasta el punto de precipitar el advenimiento del auténtico liberalismo, manifestado en el plano práctico bajo la forma de las revoluciones liberales y en el ámbito teórico bajo la forma del Iluminismo.

Nuevamente, el primer paso en este sentido fue dado por parte de los teóricos, aunque en el caso del paradigma liberal la división entre teoría y práctica resulte todavía más artificial: en realidad, Iluminismo y revoluciones liberales fueron fenómenos que se verificaron de manera escalonada y simultánea, nutriéndose mutuamente, hasta el punto de que algunos de los pensadores más ilustres tendrían una participación activa en las circunstancias históricas que a finales del siglo XVIII darían un vuelco a la concepción occidental del poder público³⁰.

teórica, una y otra vez retomada por los pensadores políticos”. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 205.

²⁸ “(...) el liberalismo contractualista más optimista de Locke, donde la prioridad era la protección de la propiedad privada”. FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 112.

²⁹ “Per comprendere le caratteristiche del corpo politico creato per patto, secondo Locke, si deve sottolineare che per lui l’uomo quando entra in società aliena sia il proprio diritto alla vita, libertà e proprietà, sia il diritto di giudicare e ad applicare la legge naturale, ovvero il diritto di fare giustizia da sé; ma solo quest’ultimo è da tutti veramente ceduto al corpo politico, mentre i singoli cedono ciascuno i propri diritti naturali alla vita, alla libertà e alla proprietà solo per vederseli restituiti, garantiti dalla legge comune, trasformati in diritti civili e politici”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 210.

³⁰ “Da qui la continua azione ‘sociale’, di intervento pratico e teorico nell’amministrazione dello Stato e nell’esercizio della giustizia, che è alla base dell’operazione dell’*Enciclopedia*, condotta da Diderot e d’Alambert, di tutti gli scritti di Voltaire, di riviste come «Il Caffè» in Italia. (...) La realtà storica costrinse gli illuministi a confrontarsi con la monarchia, l’istituzione principale e il cardine del sistema d’*Ancien régime*.”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 246-247.

Realizar aquí un recuento panorámico completo del Iluminismo no resulta pertinente y, en cualquier caso, por amplio y profundo que éste fuera no podría nunca dar cuenta de todos los pensadores y líneas teóricas de una manera completamente satisfactoria. Por ello, tal como se buscó en el caso del paradigma absolutista, se traen a colación los teóricos que en mayor medida contribuyeron a estructurar la morfología del Estado, al menos desde el perfil que aquí interesa.

El primero de estos pensadores fue sin duda Montesquieu (1689-1755), cuyo aporte consistió en elogiar la constitución política inglesa como un modelo a seguir, en el que el poder se desconcentra de acuerdo con un criterio funcional en tres tareas monolíticas: la legislativa, consistente en la producción normativa, la ejecutiva, llamada a materializar los mandatos legales en el ámbito práctico, y la judicial, es decir, aquella encargada de dirimir controversias con miras a la eficacia del ordenamiento positivo. Para Montesquieu, tales funciones deben ser independientes entre sí, pero deben tener la posibilidad de controlarse mutuamente dentro de una lógica de equilibrio de poder y de frenos y contrapesos, que eventualmente deriva en la existencia de un gobierno moderado y justo³¹.

El segundo teórico de importancia en la construcción del Estado fue Jean Jacques Rousseau (1712-1778), con quien el paradigma liberal alcanzaría su grado máximo de esplendor. Sus principales aportes comprenden la depuración de la teoría del contrato social³², la formulación de una teoría de la ley que aún hoy conserva vigencia³³ y que encuentra su eje

³¹ “Agli occhi di Montesquieu la forma costituzionale della monarchia inglese garantisce la libertà del cittadino attraverso la distinzione delle funzioni dei poteri (legislativa, esecutiva e giudiziaria), che sono separate e reciprocamente bilanciate secondo il modello del balance of power, per cui ogni organo, poiché tende ad accrescere il proprio potere, finisce per limitare il potere degli altri e viceversa. Condizione ideale della libertà politica sarebbe che i tre poteri rimanessero in stato di inazione in un equilibrio perfetto, ma dato il naturale e necessario movimento delle cose, Montesquieu elogia il sistema inglese perché costringe i poteri a procedere di concerto, contro ogni forma di sopraffazione”. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 237.

³² “La novità risiede, piuttosto, in una concezione tutt’affatto nuova di quello che è, nel contratto politico, il contratto: una concezione del “contratto” decisamente antivolontaristica, e — diremmo con fraseologia moderna — antisoggettivistica e oggettivistica, per cui il contratto non è la forma in cui si fissa la volontà empirica dei contraenti, bensì [sic] la regola in cui non può non tradursi — razionalmente — il contratto sociale dei soggetti, regola che non promana dalla volontà dei contraenti (i quali avrebbero potuto non stipulare il contratto, o stipularlo con contenuti diversi) bensì [sic] promana dalla ragione applicata al fatto che degli uomini sono in società (perciò il contratto non può essere stipulato, né può avere contenuti diversi). Simile concezione del contratto introduceva una teoria giuspolitica — rispetto al precedente contrattualismo — due importanti divergenze: a) il contenuto del contratto non viene determinato mediante indagine sulla concreta volontà dei soggetti o individui contraenti; b) il contratto non può essere annullato, neppure in seguito alla violazione”. TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 324.

³³ “Sulla teoria del corpo politico, del sovrano indiviso e della volontà generale si innesta una teoria della legge che costituisce uno dei capitoli fondamentali della cultura giuridica del moderno occidentale, e che non cessa

conceptual en la noción de voluntad general³⁴, y el enriquecimiento en clave liberal del concepto de soberanía ya introducido por el paradigma absolutista³⁵.

Si bien los anteriores pensadores contribuyeron en mayor medida a la conformación del Estado, no deben olvidarse otros aportes: el de Voltaire (1694-1778), quien sobre un andamiaje conceptual ya dispuesto por Diderot desarrollaría un vigoroso discurso que veía en el pueblo el único soberano y legislador legítimo³⁶, el de Adam Smith (1723-1790), quien teorizaría la necesaria independencia del mercado respecto del poder público³⁷, y el de Beccaria (1738-1794), quien llegaría a una teorización del principio de tipicidad, que no solo en materia penal sino también administrativa constituye el antecedente teórico de corolarios fundamentales: juez natural, procedimiento establecido, *in dubio pro reo*, presunción de inocencia, derecho de defensa y contradicción, y *non bis in idem*³⁸.

La efervescencia teórica del Iluminismo contribuiría de manera directa e indirecta a la precipitación de fenómenos históricos de gran importancia para Occidente. Tales fenómenos pueden interpretarse dialécticamente como contradicciones inevitables que la historia opuso a un *statu quo* concreto: el absolutismo monárquico. Recuérdese que el primer paradigma en la historia del Estado se caracteriza ante todo por una centralización del poder, que en Norteamérica se verificaba bajo la forma del dominio colonial británico, mientras que en Francia se manifestaba como un estado de decadencia de la monarquía, incapaz de sosegar los ánimos de los varios estamentos sociales que estaban relegados del poder político, normalmente designado como *Ancien Régime*.

La revolución norteamericana encuentra su causa histórica remota en los conflictos existentes entre Inglaterra y Francia: en vista de las agresiones bélicas por parte de los

ancora di operare. (...) La legge è la formula delle relazioni nello Stato civile, "nel quale tutti i diritti sono [diritti appunto in quanto] stabiliti dalla legge"; il suo carattere di formula deriva dalla generalità, dato che la volontà *generale* non può avere oggetto *particolare*; la legge, per essere tale, cioè essere volontà generale, deve essere stabilita "da tutto il popolo per tutto il popolo"; deve cioè, per essere generale, essere "astratta" e non riferirsi ad alcun caso concreto. (...) È questa l'origine della teoria dello "Stato di diritto" che tanto peso avrà sulle istituzioni e la cultura giuridica europea dell'Ottocento". TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 329-330.

³⁴ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 286-287.

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 261-262.

³⁶ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 250-253.

³⁷ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 266-268.

³⁸ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 260.

franceses desde el norte, las distintas colonias se vieron repentinamente llamadas a la unión como estrategia de supervivencia. Las unía también el sometimiento a la corona británica, que actuaba a través de una burocracia colonial en la que los intereses norteamericanos no tenían representación. El primer esfuerzo federativo tuvo lugar en 1754 y fue liderado por Benjamin Franklin (1706-1790) sobre la base de su lectura de la obra de Montesquieu. A partir de su fracaso se sucederían varios esfuerzos análogos, que invariablemente tendrían como protagonistas a los llamados padres fundadores, miembros liberales de una clase acomodada y familiarizada con los autores del paradigma liberal. En 1776 se proclamó la Declaración de Independencia, escrita prevalentemente por Thomas Jefferson (1743-1826) y basada en la obra de Locke³⁹, dando origen a los Estados Unidos de América. La nueva nación se convertiría en un laboratorio político, económico y social de las ideas iluministas, que ya Alexis de Tocqueville (1805-1859) se encargaría de analizar y exaltar profusamente⁴⁰, y representa el inicio del largo y tortuoso proceso americano de descolonización⁴¹, aún por culminar⁴².

Por el contrario, la revolución francesa tiene como causa determinante la pervivencia del *Ancien Régime*, un entramado de relaciones económicas y sociales entre el clero, la nobleza y el llamado tercer estado, sometidos a la desidia de una monarquía anticuada que ya no era capaz de interpretar su contexto⁴³. Por tanto, en 1789 estalla la revolución como respuesta social al *statu quo* de su tiempo y como consecuencia inexorable del quiebre de la alianza entre la corona y una burguesía que, a pesar de detentar poder económico y de administrar burocráticamente el Estado, estaba completamente relegada del poder político verdadero⁴⁴. Como ocurre en el caso de la norteamericana, la revolución francesa comprende una serie compleja de pormenores históricos⁴⁵ cuyo recuento resultaría infuoso y que demuestran un fracaso político que desemboca en el terror posrevolucionario y en el régimen napoleónico⁴⁶. A pesar de ese fracaso, las repercusiones de la revolución tendrían un alcance insospechado en la modelación del Estado y del derecho administrativo, aun después de la derrota de Waterloo y la Restauración⁴⁷, y entre esas conquistas habría que destacar la introducción de uno de sus elementos basilares: el

³⁹ Cfr. TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 589-607.

⁴⁰ Cfr. DE TOCQUEVILLE, A. *La democrazia in America*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991.

⁴¹ Cfr. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 248.

⁴² Cfr. BAENA CARRILLO, S. *La autonomía reforzada: una solución pragmática al colonialismo estructural en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado, 2016.

⁴³ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 289.

⁴⁴ Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado, 2009, p. 63.

⁴⁵ Cfr. MANNORI, L. y SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Bari: Laterza, 2006, pp. 182 - 221.

⁴⁶ Cfr. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 266.

⁴⁷ VIOLA, P. *L'Ottocento: Storia moderna e contemporanea Vol. 3*. Torino: Einaudi, 2000, pp. 3 - 39.

principio de legalidad. Por virtud de esa pauta axiológica el poder es responsable por sus decisiones, está racionalizado y sometido al imperio de la ley⁴⁸. Además del sometimiento del poder al derecho, entre las conquistas jurídicas de la revolución deben destacarse la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, la exaltación de la libertad como derecho inalienable, el diseño de un aparato administrativo capaz de concentrar y ejecutar poder sobre un territorio de la extensión de Francia —que Tocqueville consideraba una continuidad con el *Ancien Régime*⁴⁹—, la protección del ciudadano contra los abusos del poder, la coronación del pueblo como soberano y la idea de Nación como su hipóstasis, el principio de laicidad como religión de Estado, y la profunda reforma del derecho civil sobre las líneas directrices de la propiedad, el trabajo y la familia⁵⁰.

En conclusión, el paradigma liberal fue un momento definitivo en la conformación del Estado, producto de la efervescencia intelectual iluminista sumada al hastío social producido por el esclerótico esquema del absolutismo monárquico. Gracias a este momento el Estado heredado del *Ancien Régime* no es más simplemente Estado, sino Estado de derecho⁵¹, aquel con una constitución escrita, sometido al principio de legalidad y a la separación de poderes, y comprometido con la garantía de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica, como lo quería Carré de Malberg (1861-1935)⁵². A esta convulsión histórica se debe gran parte de los elementos característicos del Estado, pero también el tránsito a un nuevo paradigma. En efecto, el mérito más grande del proyecto liberal sería también su ruina: la promesa de igualdad universal y su patente incumplimiento permitirían el advenimiento de nuevas ideas y acontecimientos históricos, cargados de contenido social, que reformarían y terminarían de modelar la criatura bautizada por Machiavelli.

⁴⁸ Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado, 2009, p. 65.

⁴⁹ “Il primo a sottolineare questo profilo di continuità tra l’antico regime e la rivoluzione fu Alexis de Tocqueville, che nella sua breve e fondamentale opera del 1846 (forse il saggio più acuto che sia stato scritto in duecento anni sulla Rivoluzione francese) sostenne che la rivoluzione, pur se in apparenza distruttrice dell’ordine di antico regime. in realtà sotto il profilo amministrativo ne costituì il completamento nel segno della continuità, perché portò a termine l’opera plurisecolare della monarchia, volta ad acquisire allo stato il controllo centralizzato del territorio”. PADOA SCHIOPPA, A. *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all’età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 436.

⁵⁰ Cfr. PADOA SCHIOPPA, A. *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all’età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 429 – 447.

⁵¹ Según el profesor Sabino Cassese, la fórmula de Estado de derecho en su versión moderna fue inventada por Mohl sobre la base de una reinterpretación de Grocio: “È una formula che risale a Mohl (1855), che la ricostruì a partire da Grozio (1625)”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 460.

⁵² Cfr. VILLAR BORDA, L. Estado de derecho y Estado social de derecho. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, diciembre del 2007, no. 20, pp. 73-96.

1.1.3. EL PARADIGMA SOCIAL: REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, MARX, QUERÉTARO, WEIMAR, *NEW DEAL* Y EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El paradigma social del Estado demuestra cierta peculiaridad respecto de los momentos anteriores. Los hechos que precipitaron la formación del absolutismo y del liberalismo respondían de una u otra forma a sucesos que, aunque complejos, a grandes rasgos se enmarcaban dentro de una misma fenomenología histórica e involucraban a unos mismos actores. El paradigma absolutista fue, como se dijo, el resultado natural de un proceso de centralización del poder que trajo fin al sistema feudal; el paradigma liberal, por el contrario, fue el resultado de la reivindicación política de la burguesía ilustrada, y se dio a raíz de acontecimientos más o menos relacionados entre sí. Por el contrario, la formación del paradigma social abarca momentos históricos, parajes geográficos y protagonistas ideológicos que por lo general no se influenciaron de manera directa, pero que en retrospectiva adquieren sentido y cohesión como los ingredientes de una complicada receta química.

El primero de esos ingredientes fue sin duda la revolución industrial que desde mediados del siglo XVIII transformaría Europa tanto como lo hicieron las revoluciones liberales, cuya nomenclatura tomaría prestada la historiografía⁵³ para referirse a aquella serie de mutaciones técnicas con impactos múltiples que no ha cesado, y de las cuales resulta especialmente relevante la primera, al menos en lo que tiene que ver con la formación del paradigma social⁵⁴. Esas transformaciones se verificaron ante todo en el plano puramente industrial, pero sus efectos se ramificarían rápidamente y tendrían efectos muy profundos en muchos ámbitos, en especial en el económico y en el demográfico⁵⁵. En efecto, los adelantos técnicos aplicados a la producción implicaron un cambio muy profundo en la

⁵³ “A partire dalla metà del Settecento ebbe inizio quella profonda trasformazione economica e sociale che prende il nome di *rivoluzione industriale*, un lungo processo che sostanzialmente giunge fino ai nostri giorni. L’espressione fu usata solo molto più tardi e fu presa a prestito dalle rivoluzioni politiche, non per indicare cambiamenti altrettanto improvvisi e violenti, ma per fare riferimento a profondi mutamenti strutturali dell’economia e della società, concentrati in un periodo relativamente breve”. DE SIMONE, E. *Storia economica: Dalla rivoluzione industriale alla rivoluzione informatica*. Milano: FrancoAngeli, 2014, pp. 11-12.

⁵⁴ “La prima rivoluzione industriale va all’incirca dalla metà del Settecento alla metà dell’Ottocento e interessò innanzitutto l’Inghilterra, seguita da Francia e Stati Uniti. Essa fu caratterizzata da un insieme di innovazioni tecnologiche che riguardarono, in primo luogo, la caldaia a vapore, l’industria tessile e quella siderurgica. DE SIMONE, E. *Storia economica: Dalla rivoluzione industriale alla rivoluzione informatica*. Milano: FrancoAngeli, 2014, p. 12.

⁵⁵ “La rivoluzione industriale non ebbe inizio inaspettatamente, ma fu preparata nei secoli precedenti da alcune lente trasformazioni, che consentirono poi l’accelerazione settecentesca. Tali trasformazioni riguardarono, fin dall’inizio, non solo l’industria, ma la popolazione, l’agricoltura, il commercio, i trasporti e le comunicazioni, per ricordare soltanto i settori maggiormente coinvolti”. DE SIMONE, E. *Storia economica: Dalla rivoluzione industriale alla rivoluzione informatica*. Milano: FrancoAngeli, 2014, p. 12.

economía, que empezó a basarse sobre la industria y a dar los primeros pasos hacia la producción de bienes y servicios a gran escala propia de la economía de masas y del capitalismo avanzado. La concentración en la unidad productiva industrial traería consigo la urbanización exponencial y el desmedido crecimiento demográfico, y con estos se darían la proliferación de la pobreza y el extremado deterioro de la calidad de vida en las ciudades, cada vez más atestadas de gente sin más propiedad que su propia prole. Desprovista de los títulos que detentaban los nobles y del capital concentrado por la burguesía, nacía entonces una nueva clase social: el proletariado⁵⁶.

El inconformismo derivado de esa situación de palmaria desigualdad puede ser concebido como el primer germen del paradigma social en el lento y gradual desarrollo del Estado, y no debe sorprender que para 1848 un fantasma recorriera Europa: junto con Friedrich Engels (1820-1895), Karl Marx (1818-1883) prepararía el terreno para el desarrollo paulatino de ideas con contenido social desde la segunda mitad del siglo XIX hasta bien entrado el XX. Basado en la dialéctica hegeliana, el marxismo proponía una visión materialista de la historia que se define a partir de la lucha de clases y para la cual son las necesidades económicas las que condicionan las relaciones de poder dentro de una sociedad, y no al revés⁵⁷. Contra la desigualdad social el marxismo invocaba el consenso proletario global en torno del proyecto comunista: destruir el Estado, que concebía como un mecanismo de dominación de clase, instaurar la dictadura del proletariado y, finalmente, derivar en una sociedad sin clases sociales⁵⁸. La inclusión de Marx dentro de la receta que llevaría al nacimiento del paradigma social no obedece a que el pensador haya efectivamente razonado sobre la idea de un Estado social, sino al hecho de que su aporte teórico resulte sintomático de la situación histórica de los derechos durante el siglo XIX: su obra ya delata una sensibilidad particular, sin la cual resulta impensable el paradigma social.

Ahora bien, más allá del plano puramente filosófico y haciendo omisión de las reformas introducidas por Otto von Bismarck en materia de seguridad social en Alemania⁵⁹, los

⁵⁶ “Al descansar el sistema productivo en el beneficio, se profundizaron las desigualdades y aparecieron nuevas formas de explotación. Las condiciones que posibilitaron el enriquecimiento de una poderosa burguesía capitalista determinaron la aparición de un proletariado sometido a brutales condiciones de vida y de trabajo. La otra cara de este período de auge industrial y de urbanización fue, entonces, la pauperización de los obreros, la miseria y el hambre de las clases bajas, la pobreza en las barriadas proletarias de los centros fabriles, la explotación sin límite de la mano de obra que aportaban al mercado del trabajo en forma abundante no sólo los adultos, sino las mujeres, los niños, los ancianos”. HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 291.

⁵⁷ Cfr. VIOLA, P. *L'Ottocento: Storia moderna e contemporanea Vol. 3*. Torino: Einaudi, 2000, pp. 122 – 126.

⁵⁸ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 373-382.

⁵⁹ Cfr. SINGER, H.E. Developments and Trends in Social Security Legislation. En: *Bulletin of the History of Medicine*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, April 1943, Vol. 13, No. 4, pp. 365-388.

primeros grandes antecedentes del paradigma social en sentido jurídico se dieron con las constituciones de Querétaro (México, 1917) y de Weimar (Alemania, 1919). Aun cuando no emplearan textualmente la nomenclatura de “Estado social”⁶⁰, introducían por primera vez en la historia una serie de derechos materialmente distintos de aquellos introducidos por el constitucionalismo liberal de finales del siglo XVIII⁶¹: mientras éstos orbitaban en torno del problema de la libertad individual e imponían al Estado un papel de gendarme pasivo de la realidad social, los nuevos derechos sociales tenían que ver con el problema de la igualdad y demandaban del poder una actitud activa e intervencionista⁶². Esa sola diferencia sería para algunos evidencia de una oposición inconciliable entre el Estado de derecho liberal y el Estado social⁶³.

Además de los momentos constituyentes de Querétaro y Weimar habría que llamar la atención sobre el *New Deal*: el estado de devastación que dejó la Gran Guerra en Europa impulsó a Franklin Delano Roosevelt (1882-1945) a la ideación de un programa que tenía dos objetivos primordiales: la revitalización de la economía estadounidense, estancada desde 1929 por la Gran Depresión, y la reconstrucción de Europa⁶⁴. El *New Deal* tiene cierta relevancia para la historia del Estado, y en particular para el paradigma social, porque contemplaba una serie de reformas socioeconómicas que no se concentraban simplemente en el control de precios como estrategia para aumentar el rédito, sino en la reactivación de la demanda interna a través del intervencionismo social⁶⁵, que se oponía por completo al modelo económico propio del paradigma liberal, impulsado en gran parte por Adam Smith, en el que el Estado debía mantenerse al margen del mercado, a la manera de un gendarme que vigila y reacciona solo cuando existe el efectivo menoscabo de un derecho, pero no cuando se trata de garantizarlo. Desde el punto de vista teórico el *New Deal* encontraba su fundamentación en el pensamiento de John Maynard Keynes (1883-1946), quien logró demostrar que el mercado no es capaz de regularse a sí mismo a través de aquella mano

⁶⁰ Sobre el proceso de bautismo del Estado social de derecho deben tenerse en cuenta los aportes de Herman Heller (1891-1933) y de Ernst Forsthoff (1902-1974). Cfr. GIANNINI, M.S. Stato sociale: una nozione inutile. En: *Il politico*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, giugno 1977, Vol. 42, No. 2, pp. 205-227, y Cfr. VILLAR BORDA, L. Estado de derecho y Estado social de derecho. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, diciembre del 2007, no. 20, pp. 73-96.

⁶¹ Cfr. PADOA SCHIOPPA, A. *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 597-601.

⁶² Cfr. AGUILERA PORTALES, R. y ESPINO TAPIA, D.R. Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de derecho. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Madrid, 2006/2007, No. 10, pp. 111-139.

⁶³ Cfr. BONFIGLIO, S. Lo Stato sociale in trasformazione: un problema attuale. En: *Il politico*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, ottobre-dicembre 1993, Vol. 58, No. 4 (167), pp. 593-609.

⁶⁴ VIOLA, P. *Il Novecento: Storia moderna e contemporanea Vol. 4*. Torino: Einaudi, 2000, pp. 127-134.

⁶⁵ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 488.

invisible postulada por Smith, supuestamente a partir de la libre interacción entre oferta y demanda, y que necesita de un agente regulador externo para sortear los escenarios de crisis⁶⁶.

Como se aprecia, el paradigma social se diferencia de los modelos estatales anteriores por el proceso que le dio vida: su gestación se debe a una serie de fenómenos inconexos que únicamente adquieren cohesión con la visión panorámica que solo puede brindar un punto de vista histórico⁶⁷. El paradigma social implica la complementación del Estado de derecho: gracias al contenido social, no es suficiente que el Estado sea de derecho, es decir, que esté sometido a la norma jurídica, sino que es además necesario que sea capaz de leer su realidad y de intervenir activamente en ella. En ese orden de ideas, la diferencia entre uno y otro modelo no habita únicamente en el reino del dato histórico, sino que es también, y ante todo, de carácter cualitativo.

Ello es fácilmente comprensible desde dos perspectivas. En primer lugar, si se tiene en cuenta la clasificación de derechos por generaciones, es claro que aquellos derivados del paradigma liberal son, precisamente, derechos de libertad: prerrogativas en cabeza de los asociados que imponen al Estado un tipo particular de obligaciones, a saber, aquellas que llevan insertas prestaciones de no hacer, es decir, que demandan del aparato público una conducta negativa, una abstención. De ahí que el Estado liberal sea llamado Estado gendarme: su actitud es *laissez faire, laissez passer*; su cláusula máxima, *neminem laedere*. Por contraste, los derechos derivados del paradigma social son, justamente, derechos sociales: facultades jurídicas de las que son titulares los asociados y que, por su complejidad, demandan un comportamiento completamente distinto por parte del Estado, pues comportan un tipo diverso de obligaciones, a saber, aquellas que traen aparejadas

⁶⁶ Cfr. GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001, pp. 488-489.

⁶⁷ Dentro de los ingredientes que llevaron a la construcción del paradigma social en Colombia merece nota aparte la reforma constitucional introducida en nuestro país en 1936, de claro contenido social y en evidente oposición al espíritu conservador de la Constitución de 1886, que entrañaba una visión ortodoxa del Estado como mero observador pasivo de la realidad social. El ejemplo por antonomasia de esta corriente reformadora es la introducción de un concepto de propiedad que se oponía a la visión clásica y liberal y que se alimentaba de las corrientes solidaristas y de la obra de León Duguit (1859-1928) para afirmar que, en realidad, el derecho de propiedad lleva implícita la carga de su función social y que no basta por tanto la detentación de un título para su legitimidad, pues también se precisa su explotación económica. Cfr. CÉSPEDES BÁEZ, L.M., PEÑA HUERTAS, R.D.P., CABANA GONZÁLEZ, D.S., ZULETA RÍOS, S. Who Owns the Land? Litigants, Justices, Colonos, and Titleholders' Struggle to Define the Origins of Private Property in Colombia. En: *Global Jurist*, 15(3), pp. 329-459 y Cfr. BATISTA PEREIRA, E. y CORAL LUCERO, J.I. La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali: Sello Editorial Javeriano, Julio-diciembre del 2010, Vol. 10, No. 1, pp. 59-90.

prestaciones de hacer, es decir, que imponen al Estado una actitud activa, una acción⁶⁸. Esta primera perspectiva se enriquece ostensiblemente desde el punto de vista del derecho administrativo, si se tiene en cuenta que dentro de la construcción histórica de su sustantividad, como será explicado más adelante, concurrieron los conceptos de *puissance* y *service publique*: habrá prerrogativa allí donde la administración ejercite su poder mediante la imposición de decisiones sin necesidad del aval de otra autoridad y con la simple sujeción a unas reglas que conciernen al procedimiento establecido y a la autoridad competente; habrá servicio público allí donde la administración despliegue su actividad con miras a satisfacer el interés general y cumplir con las finalidades del Estado. El protagonismo de la prerrogativa pública en el Estado de derecho daría paso al protagonismo del servicio público en el Estado social de derecho⁶⁹, lo cual no implica decir que la administración deje de ejercer exorbitancia: en definitiva, no han de considerarse como conceptos opuestos sino complementarios; la sutileza de la discusión se encuentra en el protagonismo de uno respecto del otro.

La segunda perspectiva desde la cual es posible aproximarse a la diferencia entre Estado de derecho y Estado social de derecho se complementa con la primera, de hecho constituye su especificación, y tiene que ver con la diferenciación que existe entre igualdad formal e igualdad material. Vale la pena recordar que para el paradigma liberal la igualdad es un derecho natural, que antecede el pacto social y por tanto al Estado. No obstante, es precisamente a partir de la constatación empírica de la desigualdad social que la fórmula del Estado social de derecho se aproxima de manera distinta al problema de la igualdad: independientemente de que las personas sean iguales o no de acuerdo con un orden superior y trascendente que precede al contrato social, lo cierto es que en la práctica, por las circunstancias de la vida corriente, son fácticamente desiguales. De cara a esa realidad, el paradigma liberal reaccionaría de acuerdo con su naturaleza, es decir, con su inercia característica. Por el contrario, el paradigma social entiende que, precisamente para dar

⁶⁸ Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado, 2004.

⁶⁹ “De esta manera, el sometimiento del Estado y específicamente de la Administración Pública a un régimen jurídico distinto se refuerza notablemente; se sigue reconociendo en la libertad un límite para la actividad desempeñada por la autoridad pública, pero la opción de determinación de los individuos sobre su propia vida no justifica indefectiblemente la posibilidad de exigir determinadas conductas, y mucho menos la colaboración del poder público en funciones que faciliten este desarrollo. Este tipo de tareas se deben comprender bajo el concepto de servicio público; por ello, no pueden seguirse explicando de forma exclusiva a través de un criterio que obedezca sólo al ejercicio de prerrogativas. Es más, la utilización del mando y la autoridad sólo puede ser viable si se mira a través de la función social que la justifica”. RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado, 2009, pp. 104-105.

eficacia al postulado de igualdad, es necesario dar un trato desigual positivo a quien lo necesita para poder ser igual en la práctica⁷⁰.

1.1.4. EL PARADIGMA REGULADOR: REPLIEGUE Y EXPANSIÓN CONCENTRADA DEL APARATO ESTATAL

Si bien el paradigma social constituye la última fase plenamente reconocible en el desarrollo del aparato estatal, ha habido otros desarrollos, entre los cuales el llamado Estado regulador constituye un ejemplo prominente⁷¹. Su existencia, sin embargo, no implica que el Estado social de derecho haya perdido su vigencia y, de hecho, hay quien afirma que el Estado regulador es solo una faceta específica del Estado social, caracterizada por su énfasis en el control de la economía⁷².

La historia del Estado regulador tiene que ver con la constatación histórica de que el gasto público demandado por el modelo social implicaba una debilidad económica superlativa. Las escuelas económicas criticaron el enfoque social y propendieron por el tránsito a un Estado mínimo a través del mecanismo de la desestatización de funciones⁷³ —

⁷⁰ “La igualdad formal da paso a la igualdad material que asume caracteres distributivos, este principio no se agota en el acatamiento de todos los individuos al ordenamiento jurídico, sino que en virtud de ella se pueden realizar diferenciaciones entre personas que se encuentren bajo supuestos diferentes; la igualdad se predica entre los iguales y la desigualdad entre los desiguales, y para llegar a esta ecuación se deben observar elementos objetivos como condiciones económicas, sociales y culturales. Se concibe así, un ideal de justicia distributiva, en donde el reconocer la situación concreta del individuo en comunidad significa reconocer muchas veces su dignidad como ser humano”. RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado, 2004, pp. 81-82.

⁷¹ “La configuración del Estado no ha sido siempre la misma, y la asunción gradual de funciones llevó a que se redefiniera el adjetivo que ha acompañado al Estado moderno cada vez que mutaba, así, partiendo del Estado liberal del siglo XIX, pasando por el *Welfare State* de consolidación gradual durante todo el siglo XX y el Estado mínimo de finales del mismo siglo, se llegó a lo que la doctrina europea ha identificado como el Estado regulador, cuyo papel en materia económica es singular y distinto a las facetas de los modelos predecesores”. PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, pp. 22-23.

⁷² “Vale la pena aclarar que la configuración del Estado Social de Derecho no ha perdido vigencia, es decir, el hecho de que este modelo estatal haya, en ciertos momentos históricos, puesto más énfasis en una problemática u otra (economía, defensa, salud, etc.) no quiere decir que se dedicó en exclusividad a atender una de ellas o que desatendió su papel frente a las otras. Es decir, el denominado Estado regulador no se refiriere a un nuevo modelo estatal distinto del Estado Social de Derecho, simplemente, describe una de las múltiples caras que éste tiene”. PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p. 23.

⁷³ “La tendencia de desestatizar funciones a favor del mercado, para los efectos de este estudio, se define como “el repliegue de la actividad estatal de prestación de servicios en beneficio de una actividad reguladora, el cual se manifiesta a través de procesos concurrentes de contractualización, liberalización, privatización y fomento”.

(...)

implementado de manera exitosa en Inglaterra por Margaret Thatcher⁷⁴ y en los Estados Unidos bajo Ronald Reagan⁷⁵— que tuvo como resultado el traslado de buena parte del sector público al sector privado y, de contera, la efectiva disminución del aparato estatal.

En los años noventa del siglo XX ese Estado mínimo conoció una nueva expansión, pero esta vez dirigida, porque no implicó el ensanchamiento del aparato público ni la retoma de las actividades que la privatización había dejado en manos de los particulares, sino la concentración en una actividad muy concreta: la regulación económica⁷⁶. Ello no quiere

En este sentido, resulta oportuno precisar que la tendencia a la desestatización de funciones a favor del mercado no se fundamenta en un postulado de desaparición del Estado como consecuencia de la globalización, sino en el postulado de la transformación de sus funciones, resultante de la influencia que dicho fenómeno ejerce en las instituciones que lo conforman”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 47-48.

⁷⁴ “Posteriormente, el equilibrio pretendido por el *Welfare State* fue reevaluado con la pretensión de frenar el gasto social asumido por el Estado, de este modo, se produjo una ruptura progresiva en la concepción misma de las políticas sociales, fundamentado en críticas de escuelas económicas. Estas críticas propendían por el paso a un Estado mínimo, que surge precisamente como respuesta a las dudas que generaban las virtudes de la gestión pública, aunado a la liberalización de los intercambios comerciales. En efecto, la crítica al *Welfare State* condujo a que a finales del siglo XX se pusieran en práctica una serie de medidas destinadas a frenar el proceso de crecimiento estatal. En 1979 Margaret Thatcher es elegida primera ministra en la Gran Bretaña y asigna como misión histórica modificar por completo las prácticas de una nación “anestesiada” por treinta años de *Welfare State*. Posteriormente, a partir de 1991, más de la mitad del sector público británico había sido completa o parcialmente privatizado, entre ellos los servicios públicos en redes (gas, electricidad, agua, telecomunicaciones); el programa se continuó más tarde, a pesar de algunos fracasos (correos) y aunque hayan registrado algunos efectos perversos (ferrocarriles, lo cual implicó la renacionalización a finales de 2003). El movimiento británico tendiente a minimizar el Estado se extendió por el mundo, y las privatizaciones se propagaron en el conjunto de países occidentales”. PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p. 29-30.

⁷⁵ “Con similares implicaciones a las de la Gran Bretaña, el gobierno de los Estados Unidos de América de la misma época precedido por Ronald Reagan, para quien las intervenciones y reglamentaciones gubernamentales exageradas, desordenadas e ineficaces constituían la fuente de todos los males de los que aquejaban a la sociedad estadounidense. Éste procedió a disminuir el crecimiento del Estado, influenciado por las ideas del neoliberalismo de Hayek. La política de privatizaciones emprendida por los Estados occidentales a partir de la penúltima década del siglo XX (con excepción de Francia, del primer periodo de la presidencia de Mitterrand) y generalizada y potenciada en la última década de ese siglo, trasladó de las manos del Estado (empresa pública) a las de los agentes económicos privados, la mayor parte del anterior sector público de la economía. Ahora bien, el escenario planteado, coincide con la expansión en los países occidentales del *new public management*, cuya principal inspiración fue el enfoque thatcheriano referenciado, que buscaba simultánea y específicamente la disminución del Estado y un reenfoque en los métodos de gestión de lo público”. PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p. 31-32.

⁷⁶ “Ahora bien, continuando con la adopción de la regulación por parte de los Estados europeos, referenciamos como a partir de los años noventa del siglo pasado se comenzó a hablar de Estado regulador, que algunos identifican como la respuesta europea a la liberalización: el Estado surgido de la liberalización debía ser un Estado regulador. La crisis del Estado social y del Estado mínimo, implica que se cree una alternativa (Estado regulador), como consecuencia de la reducción del papel del Estado, el cual ahora debe aumentar y redefinirse por medio de la función reguladora, entendida como instrumento al servicio del mercado y no su sustituto. Lo anterior, significa que la regulación al ser pensada para favorecer el

decir que con anterioridad el Estado no interviniera en la economía; lo hacía, pero el paradigma regulador constituye una transformación cualitativa de su intervención porque implica, por un lado, el abandono de la actividad directa y el enervamiento de la dirección, pero supone, por el otro, el fortalecimiento de la supervisión y el control⁷⁷.

El relativo abandono de la actividad de dirección se deriva del objetivo fundamental que inspira el paradigma regulador: no se trata de controlar de manera absoluta el mercado y quienes participan en él, sino de incentivar la competencia y de proteger los intereses de los usuarios, concentrándose en aquellos sectores que se vinculan de manera más estrecha con el interés general⁷⁸.

El paradigma regulador representa entonces una atemperación del Estado mínimo buscado originalmente por Thatcher y Reagan: en efecto, se busca desestatizar funciones a favor del mercado para replegar un aparato estatal que, por otro lado, incrementa ostensiblemente su actividad de regulación⁷⁹. Aun cuando el paradigma social haya dejado claro que existen

funcionamiento de los mercados, y no para alcanzar objetivos políticos, se concreta en regulación económica. Se evidencia el paso del Estado titular exclusivo de actividades económicas, al Estado regulador en defensa del mercado, situación que se llevó a cabo mediante la sustitución de los modelos tradicionales de intervención en o sobre la economía (actividad reglamentada, servicio público, poder de policía y nacionalización), es decir, la titularidad de las empresas hacia [sic] innecesaria la regulación, pero una vez las empresas pasaron a manos privadas, la regulación adquirió una notable importancia". PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p. 35-36.

⁷⁷ "Este "nuevo modelo" estatal, afirman sus promotores, no abandona la tarea clásica de ordenación general de la economía, pues ello supondría dejar de cumplir su obligación de fijar pautas jurídicas para la realización de los intereses generales, cometido del que no puede abdicar; pero supone una transformación, en calidad y cantidad, de la tarea intervencionista. Entonces, se puede afirmar que no se elimina el papel del Estado en la economía, sino que se transforma, se abandona la actividad estatal directa, se adelgaza la de dirección y se asumen y se refuerzan las de supervisión y control. Esa regulación, se presenta como una necesidad en determinados mercados dada su posición estratégica en la consecución de intereses generales como los ya referenciados. Dentro de ellos existirán, pues, sectores económicos regulados, sometidos, pese a su dimisión [sic] privada, a una ordenación pública reguladora del sector en aras a su buen funcionamiento en el mercado, pero también aseguradora de la consecución de los intereses generales en juego". PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p.36 .

⁷⁸ "Igualmente, el Estado regulador no tiene como objetivo el control del sistema y sus operadores, sino que trata de promover la competencia allí donde esto sea posible, al tiempo que protege los intereses de los usuarios (seguridad, calidad y precio al servicio). La regulación no es un sustituto del mercado, sin embargo, esa actuación estatal "reguladora" puede incluir desde la autorización y supervisión de las actividades privadas, hasta la fijación de tarifas o precios de sus productores e incluso, en algún sector, como por ejemplo el de las comunicaciones, el de imponer obligaciones de servicio público. Este nuevo modelo de Estado, según lo expuesto, tiene como fundamento la intervención sobre la economía a través de la regulación de los mercados, la actualización de la existente y, según convenga, de su desregulación". PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014, p. 36-37.

⁷⁹ La llamada desestatización de funciones a favor del mercado se verifica por vía de cuatro mecanismos: la contractualización, la liberalización, la privatización y el fomento: "El proceso de contractualización a través del cual se manifiesta la tendencia a la desestatización de funciones a favor del mercado se caracteriza por que si bien no hay un desprendimiento ni de la prestación de los servicios tradicionalmente a cargo del Estado,

unas necesidades sociales imperiosas que demandan una actividad positiva, es cierto que la naturaleza del sujeto involucrado en la ejecución de dicha actividad es relativamente marginal con respecto a su efectivo cumplimiento. En otras palabras, es indiferente que tal o cual servicio sea prestado por el Estado o por una empresa privada, siempre y cuando sea eficiente y cumpla con las necesidades del servicio. La eficiencia y el cumplimiento se garantizan a través del mecanismo de la regulación.

En conclusión, el decurso histórico que tuvo inicio con la obra de Machiavelli comprende una serie de etapas, que no implicaron la destrucción de cuanto se había conquistado sino su enriquecimiento mediante la superposición, casi a la manera de un palimpsesto. No debe pensarse en cada modelo estatal como un diseño completamente novedoso que sustituye al anterior. El Estado regulador no es una alternativa al Estado absolutista, al Estado de derecho o al Estado social, sino una versión más decantada y sofisticada de esos esquemas, que en todo caso hacen parte de su esencia. En definitiva, la locución “Estado” no es una fórmula retórica vacía, sino un concepto complejo en el que están resumidos cinco siglos de historia occidental, y que está en crisis.

1.2. FENOMENOLOGÍA DE LA OBSOLESCENCIA ESTATAL

ni de su titularidad, su ejercicio deja de hacerse mediante personal vinculado laboralmente con el Estado y pasan a desarrollarlo mediante terceros. En otros términos, se trata de un traslado en la prestación efectiva de un determinado servicio o en el desarrollo de una actividad específica de la administración. No se trata de la prestación de servicios públicos, sino de una verdadera tercerización de la actividad de la administración”. “La liberalización es el proceso mediante el cual se manifiesta la desestatización de funciones a favor del mercado como tendencia. Se presenta como la desmonopolización de actividades que antes gozaban para el Estado del privilegio de la *publicatio*. Ello permite la prestación concurrente de estas a los particulares. Es, en otros términos, la posibilidad que se les otorga a los particulares de desarrollar de manera concurrente con el Estado actividades de servicio público”.

“En términos jurídicos, la privatización se define como *el retiro del Estado de las actividades de prestación de bienes y servicios*. Ello se manifiesta en relación con el patrimonio del Estado y con las tareas y servicios realizados por este. En su primera manifestación, la privatización significa “el traspaso de la propiedad estatal hacia los particulares” y puede ser también denominada *privatización institucional*, y en su segunda manifestación, esta significa “la devolución de tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados” y puede denominarse *privatización funcional*”.

“El cuarto proceso mediante el cual se manifiesta la tendencia a la desestatización de funciones a favor del mercado se desarrolla dentro del marco de las actividades de lo que se denomina la administración económica, es decir, dentro del campo de la intervención de las administraciones públicas en la economía, la cual actualmente, dada la evolución del concepto de Estado, debe a su vez enmarcarse dentro de los principios del Estado social de derecho.

La actividad de fomento se cataloga dentro de las medidas de intervención indirecta del Estado en la economía. La particularidad de estas medidas es que si bien en una primera aproximación podrían aparecer como contrarias a los principios de la libertad de mercado, propia de la globalización, sirven a los diferentes Estados para afrontar lo que se denomina la *competencia territorial*, creada por la propia globalización, o simplemente para mejorar lo que se denomina la *competitividad de sus ordenamientos jurídicos*”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 49, 54-55, 59, 60-61.

De manera que cuando se habla de Estado no solo se hace referencia a aquella “construcción organizativa a través de la cual un sistema potestativo suficientemente coherente ejercita su preeminencia sobre un territorio definido”⁸⁰, como lo definió Weber, sino también a un conjunto de dispositivos conceptuales y técnicas de racionalización del poder, que representan conquistas históricas de Occidente y que construyen un Estado laico y racional (Machiavelli), soberano (Bodin) e independiente (Paz de Westfalia); un Estado que representa la voluntad de los asociados (Hobbes) y concibe sus derechos individuales como límites negativos (Locke), que está funcionalmente desconcentrado (Montesquieu) y profundamente condicionado por el poder de la ley (Rousseau) y por el monopolio legislativo del ciudadano (Voltaire), y cuya facultad de limitar los derechos más íntimos de la persona humana está vigorosamente limitado por el derecho positivo (Beccaria), todo ello llevado históricamente de la teoría a la práctica a través de los esfuerzos revolucionarios del *ethos* liberal (revoluciones norteamericana y francesa); un Estado, en fin, que es consciente de su realidad social y procura intervenir en ella de manera activa y positiva, obligado a establecer diferencias jurídicas con miras a la equiparación práctica entre las personas (paradigma social).

En otras palabras, se habla del Estado en su sentido más específico, es decir, de aquel producto de la historia occidental moderna que se ha apoderado de casi todo el planeta como esquema asociativo⁸¹ y del cual la ciencia jurídica simplemente no puede prescindir⁸². La interdependencia conceptual entre Estado y derecho ya había sido señalada por Hans Kelsen (1881-1973), y explica por qué las aproximaciones teóricas a la noción de Estado tradicionalmente echan mano de coordenadas analíticas que pertenecen al discurso jurídico⁸³. Dicho de otra manera, aun cuando el Estado pueda ser estudiado desde la

⁸⁰ COTTA, M., DELLA PORTA, D., MORLINO, L. *Scienza politica*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 456.

⁸¹ “Lo Stato di cui parliamo oggi è quel grande prodotto della storia e del pensiero politico europeo che ha preso avvio a partire dal XVI secolo, il prodotto che chiamiamo «Stato moderno» e che ha conquistato quasi tutto il mondo, ed è entrato nella nostra mentalità come una realtà naturale e un principio d’orientamento dei nostri pensieri, del quale i giuristi difficilmente saprebbero fare a meno. (...) si tratta di un’astrazione, frutto di un’ardita costruzione concettuale di elementi storico-politici”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 57-58.

⁸² “Nella selva delle istituzioni, spicca lo Stato. Non è l’unica di cui si interessa il diritto, ma certo è la più importante. Il diritto nel senso moderno trova il suo ambiente nello Stato. Anzi, dal punto di vista giuridico, Stato e diritto possono dirsi due modi per dire la stessa cosa; ciò vale sia per le dottrine normativiste che per quelle istituzionali: sia le une che le altre fanno coincidere lo Stato con l’ordinamento giuridico, le prime concependolo come l’insieme delle norme che provengono dai suoi organi, le seconde come istituzione giuridica”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, p. 57.

⁸³ “No es casual que el más prominente jurista del siglo xx encontrara superflua la noción de Estado de Derecho por considerarla pleonasma, ni que las definiciones más exitosas del Estado se hayan pergeñado a partir de la agregación de sus elementos concebidos desde una perspectiva legal: territorio, población, gobierno y soberanía internacional”. FLÓREZ RUIZ, J.F. *De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de*

perspectiva de muchas disciplinas⁸⁴, y aunque la interdisciplinariedad sea una necesidad para una comprensión total del poder⁸⁵, es el punto de vista jurídico aquel que predomina y que satisface en mayor medida la necesidad de una definición. Esa definición, de acuerdo con un discurso jurídico liberal que quedó establecido como parte de la teoría tradicional, se intenta a partir de los elementos constitutivos: territorio, población, gobierno, soberanía, y reconocimiento internacional. Es importante traer a colación tales elementos porque son precisamente éstos los que se ven amenazados por los varios factores de crisis del Estado, no sin antes advertir que existen varias tipologías. No se pretende aquí zanjar una discusión que bien puede ser considerada bizantina ni establecer la superioridad de una tipología sobre otras, sino reunir y definir aquellos que con mayor frecuencia son tenidos por elementos constitutivos del Estado.

El primero de ellos es el territorio, la dimensión material que sirve de asiento al Estado, en donde se inscribe físicamente su población y en la que se ejerce su soberanía a través de las instituciones que lo componen⁸⁶. El territorio comprende tres dimensiones: la terrestre, la marítima, y la aérea⁸⁷. Su relación con el Estado es explicable desde la óptica de tres teorías: de acuerdo con la teoría de la propiedad, el territorio es concebido como un objeto del cual es propietario el Estado; de acuerdo con la teoría atributiva, se trata de un atributo de la persona pública; de acuerdo con la teoría de la competencia, el territorio constituye el conjunto de coordenadas físicas dentro de las cuales se desenvuelven legítimamente las competencias del Estado⁸⁸.

aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144, p. 112.

⁸⁴ Cfr. UPEGUI MEJÍA, J.C. Estado constitucional. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 119-136.

⁸⁵ “Estas reflexiones llevaron a Russell a afirmar que la ciencia social solo se convirtió en un instrumento capaz de entender lo que él denomina las leyes de la dinámica social cuando desbordó los límites propios de cada una de las disciplinas que la componen y se robusteció por la integralidad de sus análisis para poner en evidencia una realidad esencial, esto es, de qué manera y en qué momento las formas de poder se transforman”. VELA ORBEGOZO, B. ¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 269-342.

⁸⁶ BIN, R. y PITRUZZELLA, G. *Diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 273.

⁸⁷ Cfr. ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V. y PALLANTE, F. *Lineamenti di Diritto costituzionale*. Milano: Le Monnier Università, 2015, pp. 56-57.

⁸⁸ Cfr. ROBAYO GALVIS, W. Elementos del Estado: el territorio. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 137-138.

El elemento territorial está en crisis porque las fronteras, que antiguamente fueron sagradas⁸⁹, no son ya una garantía para distinguir entre las órbitas de influencia competencial de los distintos Estados. Hoy más que nunca los fenómenos de relevancia jurídica trascienden los confines estatales y el llamado efecto mariposa se verifica cada vez con más frecuencia y mayores alcances. La cultura ecuménica del capitalismo propaga por todo el planeta usos, costumbres e identidades sin ninguna consideración por las fronteras. El panorama es incierto: separación o unificación territorial, o incluso desterritorialización, dada la creciente cantidad de vínculos que nacen y se desarrollan en el espacio de la virtualidad⁹⁰.

El segundo elemento que suele incluirse en las tipologías es el que se refiere a su dimensión subjetiva o demográfica, y presenta mayor complejidad e incertidumbre terminológica: en efecto, se le refiere alternativamente como población, pueblo o nación, y esos términos tienden a confundirse a pesar de sus diferencias conceptuales⁹¹. La población está constituida por todas las personas que residen en un territorio, lo cual abarcaría tanto a los nacionales como a los extranjeros⁹²; un pueblo es un conjunto de individuos que comparten el *idem sentire de re publica*, es decir, el nexo que los hace sentir partícipes de una colectividad⁹³; la nación es una comunidad de personas que comparten una identidad y un marco de referencia cultural específico. La diferencia entre pueblo y nación consiste, en teoría, en que éste está supeditado a la existencia de un proyecto estatal, mientras que

⁸⁹ “Rómulo traza un surco que indica el recinto. También en esto los menores detalles están prefijados por el ritual. El fundador ha de servirse de una reja de cobre; el arado ha de ser arrastrado por un toro blanco y una vaca blanca. Rómulo, cubierta la cabeza y revestido con el traje sacerdotal, sostiene personalmente la mancera del arado y lo dirige entonando preces. Sus compañeros marchan detrás observando un silencio religioso. A medida que la reja levanta los terrones, se los arroja cuidadosamente al interior del recinto para que ninguna partícula de esta tierra sagrada caiga del lado del extranjero.

Este recinto trazado por la religión es inviolable. Ni el extranjero ni el ciudadano tienen el derecho de rebasarlo. Saltar sobre este pequeño surco es un acto de impiedad; la tradición romana decía que el hermano del fundador había cometido ese sacrilegio y que lo había pagado con la vida.

Pero, para que se pueda entrar y salir de la ciudad, se interrumpe el surco en varios sitios: por eso Rómulo levantó y cargó la reja; estos intervalos se llaman *portae*: son las puertas de la ciudad.

Sobre el surco sagrado, o un poco detrás, se elevan en seguida las murallas, que son también sagradas. Nadie podrá tocarlas, ni siquiera para su reparación, sin el permiso de los pontífices. A ambos lados de esta muralla hay un trecho de algunos pasos concedido a la religión; se le llama *pomoerium*, y no está permitido pasar el arado por allí ni construir ningún edificio”. DE COULANGES, F. *La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. México D.F.: Porrúa, 2003, pp. 129-130.

⁹⁰ ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 82-83.

⁹¹ Cfr. RAMÍREZ BULLA, G. Elementos del Estado: la población. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, p. 183.

⁹² Cfr. RAMÍREZ BULLA, G. Elementos del Estado: la población. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 184-187.

⁹³ Cfr. MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2010. pp. 144.

aquella constituye una realidad pre-estatal. En otras palabras, puede haber una nación sin Estado pero no es concebible un pueblo sin Estado⁹⁴. No obstante, de acuerdo con otro punto de vista la nación es un artificio que también necesita del Estado y la frontera para existir⁹⁵, por lo que en realidad no se alejaría tanto de la noción de pueblo.

El elemento humano del Estado está en crisis a causa de dos factores relacionados, a saber, el creciente individualismo y el multiculturalismo: el capitalismo global elimina paulatinamente las diferencias culturales entre los pueblos y las naciones, y llegará el día en que el Estado no será capaz de despertar la lealtad que antes avivaba el sentido de pertenencia, cada vez más diluido. Al mismo tiempo, las dinámicas del mercado implican el desplazamiento constante de individuos y una consecuente mezcla de culturas. La creciente presencia de extranjeros dentro de las fronteras nacionales, que solía representar un dato prácticamente irrelevante, hoy en día implica para los Estados esfuerzos burocráticos y financieros sin precedentes. Las posibilidades son tan claras como inquietantes: clausura y represión, o apertura e integración⁹⁶.

La morfología del tercer elemento constitutivo del Estado es todavía más ambigua: ciertas tipologías se refieren al gobierno y otras a la soberanía. En realidad, ambas nociones podrían concebirse como dos manifestaciones del mismo fenómeno, que desde una perspectiva orgánica se manifiesta como gobierno y desde una perspectiva funcional como soberanía. Por gobierno se entiende aquel aparato organizativo que está compuesto por una burocracia profesionalizada y que detenta y ejerce la soberanía⁹⁷; la soberanía es el monopolio de la fuerza legítima⁹⁸, un poder incontestado sobre la vida y la muerte⁹⁹ que no

⁹⁴ Cfr. MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2010. pp. 142-147.

⁹⁵ “Se parte aquí entonces de la consideración de que la Nación se ha definido en contraposición a sus ‘confines’: a aquellas áreas geográficas habitadas por grupos aparentemente ajenos al orden del Estado y de la economía moderna, que históricamente no se han considerado ni intervenidas ni apropiadas por la sociedad Nacional y que por ello han representado un problema para el control y el alcance del Estado. Cabe entonces preguntarse qué regiones han sido consideradas como ‘remotas’ o ‘periféricas’ y de qué manera han sido categorizadas; pues en cierta forma éstas han sido inventadas con el propósito de darle sentido a la Nación”. SERJE, M. *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005, p. 8.

⁹⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 80-81.

⁹⁷ Cfr. BIN, R. y PITRUZZELLA, G. *Diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 27.

⁹⁸ Cfr. BIN, R. y PITRUZZELLA, G. *Diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2017, pp. 16.

⁹⁹ “Como saben, el derecho de vida y de muerte era uno de los atributos fundamentales de la teoría clásica de la soberanía. Ahora bien, ese derecho es un derecho extraño, y lo es ya en el plano teórico; en efecto, ¿qué significa tener un derecho de vida y de muerte? En cierto sentido, decir que el soberano tiene derecho de vida y de muerte significa, en el fondo, que puede hacer morir y dejar vivir; en todo caso, que la vida y la muerte no son esos fenómenos naturales, inmediatos, en cierto modo originarios o radicales, que están fuera del campo del poder político. (...) [U]na de las transformaciones más masivas del derecho político del siglo XIX consistió, no digo exactamente en sustituir, pero sí en completar ese viejo derecho de soberanía —hacer morir o dejar vivir— con un nuevo derecho, que no borraría el primero pero lo penetraría, lo atravesaría, lo

reconoce otro poder superior¹⁰⁰, que los romanos conocían como *imperium*, y a partir del cual el Estado y su ordenamiento jurídico pueden ser caracterizados como originarios, independientes y supremos¹⁰¹.

La soberanía está en crisis porque la independencia que solía implicar da paso a la dependencia y a la interdependencia. El Estado como poder soberano y supremo ha dejado de existir: otra clase de sujetos y problemas erosionan su protagonismo y su poder, la desnaturalización del territorio y de la población lo vacía de contenido y lo reduce a un mecanismo oxidado e ineficiente, cuya única finalidad será eventualmente la de conservarse a sí mismo en un contexto hostil dominado por nuevos poderes. Se tiende a transferir soberanía a organismos de naturaleza transnacional, y la libertad de denunciar los tratados que les dan vida jurídica y de sustraerse a las obligaciones que de éstos emanan está cada vez más condicionada por un equilibrio *de facto* entre poderes transnacionales que se coaccionan mutuamente. Finalmente, el fracaso de la política como plataforma idónea para gestionar intereses de manera democrática le ha dado protagonismo a la técnica, muchas veces amangualada con intereses privados: de cara a la crisis de las ideologías políticas se impone el gobierno tecnocrático¹⁰².

El último elemento presenta un contenido particularmente difuso: en efecto, no se entiende por qué el reconocimiento internacional habría de ser un elemento autónomo, toda vez que está incorporado en la soberanía: recuérdese que el orden mundial derivado de la Paz de Westfalia reunía dos elementos: por un lado, la individualización de un conjunto de entes soberanos e independientes que constituían el mapa político de acuerdo con unas pautas geográficas más o menos claras y, por el otro, el reconocimiento mutuo del poder soberano sobre el territorio por parte de cada uno de esos entes. En otras palabras, la soberanía como elemento constitutivo del Estado lleva implícito el reconocimiento de los pares: si no hay reconocimiento no hay soberanía, y no puede haber reconocimiento sin soberanía¹⁰³.

¿Qué se quiere decir, entonces, cuando se afirma que el Estado está en crisis? Seguramente, se busca poner en duda la vigencia de cada uno los elementos constitutivos dictados por

modificaría y sería un derecho o, mejor, un poder exactamente inverso: poder de *hacer vivir* y *dejar morir*. El derecho de soberanía es, entonces, el de hacer morir o dejar vivir. Y luego se instala el nuevo derecho: el de hacer vivir y dejar morir". FOUCAULT, M. *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2001, pp. 217-218.

¹⁰⁰ Cfr. ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V. y PALLANTE, F. *Lineamenti di Diritto costituzionale*. Milano: Le Monnier Università, 2015, pp. 58.

¹⁰¹ Cfr. MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 148.

¹⁰² Cfr. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 83-84.

¹⁰³ Cfr. GIOIA, A. *Manuale breve di diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 167-169.

una *ratio* liberal para describir de manera desagregada al Estado, pero no solo eso. Cuando aquí se afirma que el Estado está en crisis se busca delatar una situación mucho más grave, que no se resuelve con la mera suplantación o depuración de elementos, pues tiene que ver con la columna vertebral. En otras palabras, la crisis impacta de manera concreta una de las dimensiones más importantes del Estado, a saber, su componente nacional.

En definitiva, a pesar de la ilusión de estabilidad y fortaleza que una construcción cultural como el Estado nación pueda dar a partir de sus características y elementos constitutivos, se trata en todo caso de una realidad obsolescente, en situación de crisis irreversible, y ello se dice desde hace más de un siglo: tal como se desarrolló y se difundió, así mismo se tornará eventualmente obsoleto y será superado, porque las circunstancias históricas que lo hicieron posible están en transformación y porque sus elementos constitutivos están en crisis¹⁰⁴. Teniendo en cuenta que el objetivo último de esta investigación tiene que ver con la crisis del derecho administrativo y con la búsqueda de una nueva lectura de sus fundamentos teóricos, es preciso identificar los fenómenos que debilitan al Estado mismo en cuanto realidad conceptual y práctica que precede lógicamente al fenómeno administrativo. Es necesario analizar si el Estado sigue jugando el papel de un leviatán del que es preciso proteger al individuo o si, por el contrario, el individuo es vulnerable una vez más, como lo era bajo el poder absoluto de los monarcas europeos, y si las funciones estatales están siendo usurpadas, por causa de la llamada multipolaridad compleja¹⁰⁵, es decir, por el surgimiento de nuevos poderes públicos —transnacionales (1.2.1.) y nacionales (1.2.2.)—, de nuevos poderes privados —transnacionales (1.2.3.) y nacionales (1.2.4.)—, y de nuevas problemáticas de alcance transnacional (1.2.5.). En suma, debe estudiarse la fenomenología de la obsolescencia estatal.

¹⁰⁴ “Da un secolo al meno, si dice che lo Stato è in crisi. Lo Stato, come abbiamo detto, è una creatura storicamente determinata. Come s’è formato, s’è affermato e s’è diffuso quasi per tutta la terra, così [sic] sarà superato non sappiamo come, quando le condizioni storiche che l’hanno generato non esisteranno piú [sic] e saranno sostituite da altre. Già ora, nel tempo della fine delle certezze politiche, il tempo che è il nostro, vediamo con chiarezza che lo Stato è scosso profondamente nei suoi tre elementi: il popolo, il territorio e la sovranità. Gli Stati ne sono la combinazione. Tutti e tre sono oggetto di trasformazioni, destinate a condizionare il prodotto”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, p. 80.

¹⁰⁵ “Con el fin de integrar en un único concepto las ideas de pluralidad de actores que participan en el reparto de poder (potencias estatales y centros de poder no estatales), asimetría entre ellos (capacidades y habilidades cuantitativa y cualitativamente distintas), fragmentación (versus concentración) y no convertibilidad del poder (el poder en un ámbito no se transforma automáticamente en poder en otro ámbito) hemos propuesto el término de multipolaridad compleja. Supone ampliar el concepto de polos —tradicionalmente circunscrito a los Estados— a actores de diversa naturaleza —tradicionalmente denominados centros de poder— y admitir un equilibrio de poder mucho más complejo que el de la multipolaridad clásica”. GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70, p. 50.

1.2.1. LOS NUEVOS PODERES PÚBLICOS TRANSNACIONALES

El Estado es un epicentro del poder, pero no el único¹⁰⁶. El primer fenómeno que amenaza con hacer del Estado una realidad obsoleta es el surgimiento y la proliferación de nuevos poderes transnacionales con una naturaleza eminentemente pública. Ello no deja de resultar paradójico: finalmente, fueron en primer lugar los Estados quienes emprendieron la construcción de una comunidad internacional y de una serie de organizaciones multilaterales a las que paulatinamente han cedido porciones importantes de soberanía para lograr afrontar problemáticas que no reconocen jurisdicciones, competencias ni fronteras, y que por sí solos son incapaces de resolver¹⁰⁷. En otras palabras, el primer artífice de la obsolescencia estatal es el Estado mismo.

Todo ello implica por parte de los Estados un reconocimiento tácito de su propio anacronismo e incapacidad, y su efecto tiene una importancia histórica inobjetable. En efecto, de no aceptar que el Estado está en vía de extinción, debe por lo menos aceptarse que su rol, alguna vez protagónico, se torna cada vez menos importante dentro del esquema del poder global: se asiste a la lenta consolidación de un nuevo *statu quo*, en el que el Estado es relegado al papel de mero intermediario entre la población y un aparato global de poder en el que, por demás, existe un déficit democrático dada la escasa representatividad de los intereses individuales¹⁰⁸.

¹⁰⁶ "States are certain loci of power, but the state is not all that there is of power". BUTLER, J., SPIVAK, G.C. *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*. Oxford: Seagull, 2007, p. 1.

¹⁰⁷ "Pero aun en épocas anteriores, en que los países decidieron construir la comunidad internacional, debieron ceder parte de sus atributos de decisión de última instancia a entidades internacionales. Desde aquel momento, parecía anunciarse que la necesidad de cooperar con otras naciones se volvía la constante que Europa iba a seguir, a tal grado que un Estado ya no podría desligarse unilateralmente de tales compromisos". TORTOLERO CERVANTES, F. Reseña de *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público y casos prácticos de Derecho Internacional* (LÓPEZ-BASSOLS, H.). En: *Foro Internacional*. México D.F.: El Colegio de México, enero-marzo 2009, Vol. 49, No. 1 (195), pp. 203-210, p. 207.

¹⁰⁸ "Los Estados han iniciado la construcción de instituciones políticas o parapolíticas supranacionales que correspondan al ámbito de operación global de los flujos financieros y las empresas multinacionales, como son el caso de la UE, o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El reconocimiento por parte de los Estados nacionales de su incapacidad de resolver por sí solos los problemas esenciales de la economía y de las relaciones políticas internacionales vacía cada vez más de contenido a las instituciones nacionales, convirtiéndolas en mecanismos intermedios de una maquinaria más compleja y de ámbito superior, alejándolas por tanto de su función de representación directa de los ciudadanos de sus territorios". VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 119.

Ese déficit se debe acaso a que dicho aparato global no se caracteriza por una estructura jerárquica en la que una serie de individuos estén jurídicamente sometidos a otro, sino precisamente por la ausencia de una única instancia superior que los aglutine y represente, un único aparato de concentración del poder¹⁰⁹. Es posible que se trate de un incompleto modelo arborescente¹¹⁰: tal como el Estado se produjo a partir de una serie de etapas históricas, puede que estemos asistiendo al nacimiento de una estructura de poder omnicompreensiva y total —un súper-Estado—, que sería simplemente una extrapolación global del esquema estatal moderno, a la manera de un fractal, una “[e]structura iterativa que tiene la propiedad de que su aspecto y distribución estadística no cambian cualquiera que sea la escala con que se observe”¹¹¹: tal como la tripartición funcional del poder en el orden central se itera en los ámbitos territoriales —dentro de los Estados unitarios—, o tal como estructuras orgánica y funcionalmente similares pueden encontrarse a nivel tanto estatal como federal —dentro de los Estados federales—, así puede que ese súper-Estado conjetural no sea sino la iteración a escala global de los esquemas clásicos del Estado. Por otro lado, y esto es quizás más probable, puede que se trate de un modelo rizomático, simplemente diferente, acéfalo y desprovisto de subordinación jerárquica.

En cualquier caso, lo cierto es el esquema westfaliano, en el que los aparatos estatales eran los protagonistas, está en crisis. Ello ha permitido que se hable incluso de un esquema worldfaliano¹¹², caracterizado fundamentalmente por la conformación de un ordenamiento

¹⁰⁹ “Proprio in quanto gli enti di base della società internazionale sono Stati sovrani e indipendenti, la società internazionale si distingue dalle società nazionali, che sono società di individui gerarchicamente organizzate, per l’assenza di un’organizzazione di governo superiore ai suoi membri: essa assomiglia, perciò, ad una società primitiva e un po’ “anarchica”.

È vero che, [a] partire dal secolo XIX, gli Stati hanno dato vita a delle associazioni, a livello sia regionale che mondiale, per imprimere stabilità alla propria cooperazione e che, in molti casi, tali associazioni si sono tradotte nella nascita di vere e proprie organizzazioni internazionali che, come si è accennato, si sono affermate, accanto agli Stati sovrani e indipendenti, come protagonisti della vita di relazione internazionale: si può anzi affermare che ciò che maggiormente caratterizza l’odierna società internazionale rispetto a quella delle origini è proprio la presenza di un numero ormai cospicuo di organizzazioni internazionali cui gli Stati membri hanno affidato l’esercizio di determinate funzioni nell’interesse comune”. GIOIA, A. *Manuale breve di diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 6-7.

¹¹⁰ En el segundo volumen de *Capitalismo y esquizofrenia*, Gilles Deleuze y Félix Guattari establecen una diferencia entre estructuras jerarquizadas y estructuras con forma de red, desprovistas de jerarquía lineal. El modelo epistemológico puede ser aplicado en muchos ámbitos y está basado en la botánica: arborescente será cualquier estructura semejante a un árbol: dotada de raíces, tronco y copa; una estructura será rizomática cuando se asemeje a una raíz y, por tanto, a una red. Aplicado al tema, puede afirmarse que el Estado tradicionalmente concebido es una estructura arborescente mientras que el ámbito transnacional resulta hoy por hoy decididamente rizomático. Cfr. DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *Mil mesetas*. Valencia: Pre-Textos, 2004, pp. 9-32.

¹¹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

¹¹² “Utilizamos *Worldfalia* para referirnos al «nuevo modelo de orden internacional, que aún no existe como tal, pero que se deja entrever en la evolución de algunos debates normativos de la sociedad internacional». Coincide parcialmente con la última fase en la evolución del proyecto liberal identificada por John Ikenberry,

normativo transnacional que pone en riesgo el equilibrio de poder westfaliano¹¹³, y por la relegación de los Estados a un segundo plano a partir del advenimiento de nuevos actores, cuya naturaleza puede ser calificada como pública en la medida en que derivan su legitimidad y poder precisamente de las cesiones de soberanía por parte de los Estados mismos. Tal como cada uno de los distintos paradigmas en el desarrollo del Estado implicó no una suplantación del anterior paradigma sino su decantación, así parece que el nuevo esquema incorpora ciertos visos westfalianos, pues como es natural¹¹⁴ los Estados se resisten en todo caso a desaparecer¹¹⁵.

Esos nuevos actores son las organizaciones internacionales, es decir, instituciones derivadas, creadas por Estados originarios para facilitar la cooperación entre ellos o para integrarlos, desprovistas de territorialidad propia y profundamente condicionadas por la función para la que fueron instauradas¹¹⁶. Entre ellas, llaman particularmente la atención aquellas que tienen por finalidad la integración de varios Estados porque suponen una limitación de soberanía a través de la transferencia competencial. En otras palabras, las organizaciones internacionales de integración usurpan ámbitos funcionales que

caracterizada por la adopción de una agenda de defensa de los derechos humanos, representada por la norma emergente de la Responsabilidad de Proteger (RdP). La deriva cosmopolita de *Worldfalia* está liderada sobre todo por algunas organizaciones internacionales y por actores de la sociedad civil global, mientras que los Estados responden a las presiones de los actores líderes articulando una narrativa cosmopolita. Sin embargo, en la práctica permanecen anclados en *Westfalia* y, mayoritariamente, se resisten a formalizar sus compromisos en normas e instituciones de carácter vinculante". GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70, p. 47.

¹¹³ "Muchas de [las potencias occidentales] han asumido discursivamente las normas de inspiración cosmopolita impulsadas y generadas por organizaciones internacionales y actores de la sociedad civil global. Estas normas conformarían un nuevo orden (*Worldfalia*) que desafiaría algunos principios y normas de *Westfalia*". GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70, p. 52.

¹¹⁴ "Spinoza entendió que todas las cosas quieren perseverar en su ser". BORGES, J.L. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974, p. 808.

¹¹⁵ "El orden internacional contemporáneo evoluciona, muy lentamente, hacia un orden global –*Worldfalia*– que, bajo la presión de actores y autoridades transnacionales, incorpora normas de espíritu cosmopolita. Los Estados las asumen a la vez que las frenan, pero no las rechazan abiertamente. Esta tensión cosmopolitismo-comunitarismo afecta a todos los Estados, sean o no potencias, sean estas nuevas o tradicionales. Las potencias emergentes no rechazan las instituciones y normas del orden internacional *westfaliano* –las adaptan– ni las del proyecto *worldfaliano* –las intentan limitar–". GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70, pp. 68-69.

¹¹⁶ Cfr. GIOIA, A. *Manuale breve di diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 263-289.

tradicionalmente eran monopolios de los Estados, y ello repercute sin duda alguna en la vigencia de éstos como esquemas asociativos.

Como se dijo, la cesión de competencias por parte de los Estados a favor de las organizaciones por ellos instituidas no es gratuita: obedece a la necesidad de afrontar una serie de problemáticas que, de no actuar de manera conjunta y orquestada a través de organismos multilaterales dotados de suficientes facultades, no podrían afrontar. La tendencia hacia la integración es creciente: cada vez se ceden más competencias, y con ellas soberanía, y los Estados se están viendo redefinidos en su estructura y función por las fuerzas externas que ellos mismos se ven obligados a proyectar para responder a las circunstancias¹¹⁷.

Todo ello tiene repercusiones muy delicadas desde el punto de vista político: uno de los principios fundamentales del sistema democrático consiste en que los destinatarios de las normas y de las decisiones que los afectan deben tener una instancia de participación en su formación. En el caso de los Estados modernos ese principio se atempera desde la lógica de la democracia representativa, con el argumento de la practicidad y de la demografía: es prácticamente imposible una democracia directa en un contexto histórico como el actual, y ello crea un mal necesario: la brecha entre la voluntad del ciudadano y el ordenamiento jurídico. En el caso de las organizaciones internacionales esa brecha se dilata ostensiblemente porque existe todavía más distancia entre el ciudadano y las estructuras de poder con la competencia para tomar decisiones que lo afectan. Ello se aprecia incluso en el caso de la Unión Europea, que representa por ahora el experimento de integración más avanzado y exitoso del mundo: la instancia de representación de los ciudadanos en el proceso legislativo se limita a la elección de los miembros del Parlamento europeo y a la elección de sus respectivos Gobiernos nacionales, que integran el Consejo de Europa. El poder legislativo europeo está por tanto contaminado por el poder ejecutivo de los Estados miembros, y el hecho de que en el proceso de producción normativa participen los dos órganos citados no resuelve del todo el déficit democrático¹¹⁸.

¹¹⁷ “En el contexto de un orden global altamente interconectado, muchos de los dominios tradicionales de actividad y responsabilidad estatal –defensa, gestión, comunicación, sistemas administrativos y legales– no pueden ser regidos sin recurrir a formas internacionales de cooperación. Los Estados han debido aumentar el nivel de integración política con otros Estados –las redes regionales como la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos. La nueva política global –que implica, entre otras cosas, procesos de toma de decisiones multiburocráticos entre y dentro de las gestiones gubernamentales e internacionales, políticas inducidas por agencias y fuerzas internacionales y nuevas formas de integración multinacional entre los Estados– ha creado un marco dentro y a partir del cual se redefinieron los derechos y las obligaciones, los poderes y las capacidades de los Estados”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 112.

¹¹⁸ Cfr. CALAMIA, A.M. y VIGIAK, V. *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2015.

En conclusión, el advenimiento de nuevos poderes públicos transnacionales repercute de dos maneras, que se relacionan entre sí tanto en la teoría como en la práctica: por un lado, implica la pérdida de autonomía y soberanía en beneficio de estructuras de poder cada vez más facultadas para ejercer competencias que originalmente eran del Estado¹¹⁹; por el otro, supone que los individuos están siendo afectados por decisiones contra las que tienen poca o nula posibilidad de contradicción y que emanan de entidades cuya legitimidad democrática resulta cuando menos cuestionable. La participación del ciudadano en los procesos de toma de decisiones está siendo afectada por la pérdida de autonomía y soberanía descrita.

1.2.2. LOS NUEVOS PODERES PÚBLICOS NACIONALES

En estricto sentido no es técnicamente correcto hablar de nuevos poderes públicos nacionales, porque dentro de los Estados el ordenamiento de la autoridad sigue ciñéndose a un esquema ortodoxo. Se trata, mejor, de un cambio en el orden de importancia de los elementos que configuran el aparato estatal, y no del surgimiento de poderes paraestatales propiamente dichos. Se asiste pues a la inversión de la regla: el ordenamiento territorial se concibe cada vez menos como un árbol, dominado por un poder central, y cada vez más como un rizoma, en el que los distintos nodos locales de la red adquieren más autonomía e importancia.

Este fenómeno, que se desprende y depende de la globalización¹²⁰, ha sido denominado por algunos glocalización. Su raigambre conceptual es japonesa¹²¹, y consiste en la irrupción

¹¹⁹ “La actuación de los Estados en sistemas regionales y globales cada vez más complejos afecta tanto su *autonomía* –al alterar los costos y los beneficios de las políticas y al influir en los programas institucionales– como su *soberanía* –al cambiar el equilibrio entre las estructuras jurídicas y las prácticas administrativas nacionales, regionales e internacionales”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 126.

¹²⁰ “(...) globalization or glocalization should be seen as an interdependent process”. KHONDKER, H.H. Glocalization as Globalization: Evolution of a Sociological Concept. En: *Bangladesh e-Journal of Sociology*. Bangladesh: Bangladesh Sociological Society, July 2004, Vol. 1, No. 2, pp. 12-20, p. 15.

¹²¹ “According to *The Oxford Dictionary of New Words* the term ‘glocal’ and the process noun ‘glocalization’ are ‘formed by telescoping global and local to make a blend’. Also according to the *Dictionary* that idea has been ‘modelled on Japanese *dochakuka* (deriving from *dochaku* “living on one’s own land”), originally the agricultural principle of adapting one’s farming techniques to local conditions, but also adopted in Japanese business for *global localization*, a global outlook adapted to local conditions’. More specifically, the terms ‘glocal’ and ‘glocalization’ became aspects of business jargon during the 1980s, but their major locus of origin was in fact Japan, a country which has for a very long time strongly cultivated the spatio-cultural significance of Japan itself and where the general issue of the relationship between the particular and the universal has historically received almost obsessive attention”. ROBERTSON, R. Glocalization: Time-Space and

en escena de realidades locales, esto es, infra-estatales, como actores cada vez más relevantes dentro del contexto de lo nacional y de lo transnacional. De hecho, para cierto sector de la sociología el fenómeno en marcha de la globalización requiere para su operatividad de una creciente participación de lo local¹²². De ser así, la glocalización pasaría por la globalización, lo global se expresaría en lo local y lo local particularizaría lo global¹²³. A juicio de algunos, el concepto permitiría desterrar los miedos que el proceso de globalización trae consigo, pues la pesadilla de la homogeneidad cultural no podría verificarse si, precisamente, uno de los presupuestos de ese proceso fuera la irrupción en escena de las autonomías locales¹²⁴ como interlocutores válidos del orden transnacional¹²⁵.

Se trata de un síntoma más de la obsolescencia estatal porque implica una ruptura del orden westfaliano, ya no desde el exterior de las fronteras estatales, es decir, desde el espacio de

Homogeneity-Heterogeneity. En FEATHERSTONE, M., LASH, S. y ROBERTSON, R. (ed.) *Global Modernities*. London: Sage, 1997, p. 28.

¹²² "(...) no matter how much we may speak of global disorder, uncertainty and the like, generalizations and theorizations of such are inevitable. We should not entirely conflate the empirical issues with the interpretative-analytical ones. Speaking in the latter vein we can conclude that the form of globalization is currently being reflexively reshaped in such a way as to increasingly make projects of glocalization the constitutive features of contemporary globalization" ROBERTSON, R. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. En FEATHERSTONE, M., LASH, S. y ROBERTSON, R. (ed.) *Global Modernities*. London: Sage, 1997, p. 41.

¹²³ "Modernization temporalized its universalism: eventually all would/could become modern. Globalization spatializes it: the local has to come to terms with the global. It (re)constitutes itself in the way that it does this. The reverse side of this mutual relation is that the global cannot be global except as plural versions of the local. Hence globalization is always also *glocalization*, the global expressed in the local and the local as the particularization of the global". BEYER, P. Globalization and Glocalization. En BECKFORD, J.A. y DEMERATH III, N.J., (ed.) *The SAGE Handbook of the Sociology of Religion*. London: Sage, 2007, p. 98.

¹²⁴ "Glocalization is the notion that removes the fear from many that globalization is like a tidal wave erasing all the differences. A number of books and articles on the subject of globalization give the impression that it is a force that creates a uniform world, a world where barriers disappear and cultures become amalgamated into a global whole. The tensions and conflicts between cultures are nothing but the problems of a transitory phase. Ironically, the phase of transition has been around for a long period of time. And as we have entered the third millennium many of the age-old problems of differences of cultures and religion remain. Glocalization does not promise a world free from conflicts and tensions but a more historically grounded understanding of the complicated – yet, pragmatic view of the world". KHONDKER, H.H. Glocalization as Globalization: Evolution of a Sociological Concept. En: *Bangladesh e-Journal of Sociology*. Bangladesh: Bangladesh Sociological Society, July 2004, Vol. 1, No. 2, pp. 12-20, p. 16.

¹²⁵ "Per comprendere questo fenomeno di "perforazione" dello Stato bisogna tener conto non solo che si è sviluppato un Sistema in cui gli Stati si organizzano al di sopra dell'area statale, ma anche che si sono organizzate in rete le entità sub-nazionali, che si collegano con entità sovranazionali, scavalcando — per così dire — gli stessi Stati (basti pensare al Comitato delle regioni, istituito dal Trattato di Maastricht nella Unione Europea)". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 469.

lo transnacional, sino desde su interior¹²⁶, a partir de la hibridación de identidades¹²⁷ y de la concentración de funciones y competencias en células que, aun cuando formalmente hagan parte de la estructura estatal, escapan a la tradicional lógica monolítica propia del Estado.

En el ámbito jurídico la glocalización se aprecia en mayor medida mediante la reivindicación de espacios de autonomía territorial por parte de realidades locales, y ello se verifica por lo menos de dos maneras diversas: por un lado, las poblaciones de los Estados reclaman un derecho de autonomía sobre los procesos de toma de decisiones que las afectan directamente¹²⁸. Por otro lado, las poblaciones originarias también han comenzado a reclamar más y mayores espacios de autonomía territorial, acaso como respuesta natural a los procesos imbricados del colonialismo, la descolonización y el neocolonialismo¹²⁹.

1.2.3. LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS TRANSNACIONALES

Además del surgimiento de nuevos poderes de naturaleza pública, en ámbitos transnacionales y nacionales, es necesario pasar revista a la irrupción de nuevos poderes de naturaleza eminentemente privada, que tienen un alcance transnacional y que ponen en jaque la soberanía y el protagonismo estatal en el equilibrio mundial inaugurado con la Paz de Westfalia. Sin perjuicio de que la lista esté incompleta, aquí se ha querido presentar los que se consideran más prominentes entre tales nuevos actores.

¹²⁶ “Nessuno infatti può illudersi che si possa tornare al «sistema Vestfalia», ad una nuova territorializzazione su basi nazionali. Semmai si assiste, in parallelo al prevalere della globalizzazione, all’emergere, con sempre maggior forza, di istanze autonomistiche di comunità sub-nazionali. Qualcuno ha parlato, con orribile neologismo di origine sociologica, di «glocalization». SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, n. 4, pp. 905-919, p. 916.

¹²⁷ “Moreover, the sheer operationalization of the cosmopolitan–local relationship in terms of a continuum does not negate the possibility of glocalized cosmopolitanism, whereby individuals can combine both global and local forms of identity. In such a case, the dimensions of the continuum will not cluster along the two ends, but they would vary solely based upon regional or state-specific factors”. ROUDOMETOF, V. Transnationalism, Cosmopolitanism and Glocalization. En: *Current Sociology*. Madrid: Sage, January 2005, Vol. 53, No. 1, pp. 113-135, p. 127.

¹²⁸ Es el caso, por ejemplo, del modelo de ordenamiento territorial instaurado en Colombia a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991: contra el esquema centralista que imperaba en la Carta de 1886, el Constituyente colombiano optó por dar primacía a una morfología territorial en la que el municipio, es decir, la célula más reducida dentro del ordenamiento, constituye la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. Cfr. ROBLEDO SILVA, P. *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.

¹²⁹ Cfr. BAENA CARRILLO, S. *La autonomía reforzada: una solución pragmática al colonialismo estructural en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado, 2016 y Cfr. BAENA CARRILLO, S. La autonomía de las entidades territoriales indígenas. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 99-133.

En orden de importancia e impacto, habría que mencionar en primer término a las corporaciones transnacionales. Soslayar aquí su existencia representaría un profundo error analítico porque es quizás su inmenso poder el que en mayor medida lleva a cuestionar seriamente la vigencia del Estado¹³⁰, y porque es precisamente el protagonismo de estos nuevos agentes en la distribución del poder en el ámbito transnacional lo que suele ausentarse en estudios como el que aquí se presenta¹³¹.

Se trata de estructuras integradas globalmente para la generación de capital, capaces de desagregar su actividad productiva en segmentos que se ubican estratégicamente en distintos lugares del planeta, de acuerdo con un criterio que maximiza el beneficio, minimiza los costos y aumenta la eficiencia¹³². Las corporaciones transnacionales sirven como puente entre dos procesos: la movilidad de bienes, servicios y capital, por un lado, y la movilidad de la mano de obra, por el otro¹³³. Su surgimiento ha implicado un giro radical

¹³⁰ “En verdad, la escena cambia en relación a los actores que consideremos. Uno de los pecados capitales de los análisis sobre los procesos recientes de internacionalización es que se considera como únicos actores del drama histórico de la nación, por un lado, a los estados nacionales y, por el otro, a los grupos de interés, ya constituidos en minorías o luchando por constituirse. Dentro de este modelo de análisis, las relaciones –que mejor llamaríamos tensiones– centrales vienen ocurriendo históricamente entre los estados nacionales y esos grupos. Con el establecimiento del “nuevo orden mundial” (...) se deflagraría un debilitamiento de las soberanías de los estados nacionales y, con esto, el enfrentamiento pasaría a darse entre grupos y corporaciones transnacionales”. SEGATO, R.L. *La Nación y sus Otros: Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.

¹³¹ “Todas las fórmulas híbridas que han sido propuestas para describir la nueva configuración del poder interestatal, aun teniendo mayor o menor valor explicativo, son problemáticas porque adolecen de ciertas carencias: se centran en los reequilibrios del poder interestatal, obviando el poder disputado por actores no estatales”. GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70, p. 50.

¹³² “Para valorar esta posibilidad hay que tener en cuenta que las propias corporaciones transnacionales se hallan inmersas en un proceso de reestructuración. Ya no son un mero agregado de filiales nacionales, sino que han pasado a funcionar como sistemas integrados globalmente, de forma que localizan cada una de las actividades que desarrollan allí donde los costes son menores y la eficiencia es superior”. ALBERTOS PUEBLA, J.M. El papel de las corporaciones transnacionales en el proceso de globalización: ¿nuevas oportunidades de desarrollo para regiones atrasadas? En: *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*. Madrid, 1997, No. 24, pp. 169-186, pp. 175-176.

¹³³ “Podría decirse, desde una perspectiva amplia, que la integración mundial tiene sus dos pilares fundamentales en la creciente movilidad de bienes y de capitales, mientras que la movilidad del trabajo, a través de las migraciones internacionales, se halla mucho más restringida. Integración comercial y flujos internacionales de inversión son, en realidad, las dos caras de un mismo proceso, puesto que, en buena medida, es la inversión directa extranjera la que está determinando la especialización productiva de cada área y los flujos comerciales derivados de ésta. Como señala John Dunning, las empresas transnacionales constituyen el nexo de unión entre ambos procesos: por un lado, son los principales agentes de la inversión directa extranjera y, por otro, canalizan buena parte de los intercambios internacionales”. ALBERTOS PUEBLA, J.M. El papel de las corporaciones transnacionales en el proceso de globalización: ¿nuevas oportunidades de

en la economía, que ya no es dominada por los mercados nacionales ni dirigida por los Estados mismos, sino por las leyes del mercado transnacional y por sus actores, que cada vez concentran más poder¹³⁴.

El surgimiento de un poder de tal naturaleza se debe entonces a transformaciones profundas en el sistema económico, marcado por la internacionalización de procesos de producción cuyas etapas se desarrollan ahora en puntos geográficos remotos, y de un capital cuyo flujo escapa fácilmente al control por parte de los gobiernos singulares. Estas dinámicas producen inevitablemente un sistema económico global que opera como una red de relaciones inaprensibles para los Estados individualmente considerados, cuya acción está fuertemente limitada por el principio de legalidad, las fronteras, las competencias y la soberanía de otros Estados¹³⁵.

Los territorios estatales no representan ya espacios que delimitan la producción y el consumo de bienes y servicios. El nuevo orden económico recuerda, en realidad, una idea antigua: la independencia creciente del mercado respecto del poder político y su autorregulación espontánea a partir del libre juego entre oferta y demanda, como lo postuló el liberalismo clásico. No obstante, lo sorprendente es que la regla se invierte: el destino político y democrático de los Estados hoy parece supeditado a los vaivenes de capital en el espacio transnacional. El papel estatal parece nuevamente restringirse al de observador pasivo, pero en esta ocasión ello no se debe a una economía política que abogue por la no intervención, sino a la impotencia práctica que supone la sujeción al derecho

desarrollo para regiones atrasadas? En: *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*. Madrid, 1997, No. 24, pp. 169-186, p. 171.

¹³⁴ “Estos hechos revelan un cambio cualitativo. Partiendo de una situación dominada por los mercados nacionales, y en la que las coyunturas de crisis son enfrentadas dentro de los estrechos límites del mercado nacional, se llega a otra dominada por la consolidación definitiva de un mercado mundial, en el que es posible encontrar oportunidades de comercio provechoso incluso en épocas de recesión”. ALBERTOS PUEBLA, J.M. El papel de las corporaciones transnacionales en el proceso de globalización: ¿nuevas oportunidades de desarrollo para regiones atrasadas? En: *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*. Madrid, 1997, No. 24, pp. 169-186, p. 171-172.

¹³⁵ “La internacionalización de la producción, las finanzas y otros recursos económicos erosionan inexorablemente la capacidad de un Estado nacional para controlar su propio futuro democrático: se registra una brecha entre la idea de la comunidad política que determina su propio futuro y la dinámica de la economía política contemporánea. Resulta significativamente paradójico que en estos momentos la democracia formal se haya extendido ampliamente en el mundo y tenga una fuerte legitimidad, mientras que por otro lado el Estado-nación parece cada vez estar más maniatado por las fuerzas del capital transnacional y las redes de interconexión global que ponen en entredicho su capacidad para llevar acabo la conducción de la política económica y el desarrollo nacional”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 127.

cuando se trata de controlar sujetos y conductas que eluden la aplicabilidad de los ordenamientos jurídicos nacionales¹³⁶.

Precisamente una de las mayores dificultades que plantea la nueva realidad económica planetaria tiene que ver con el derecho: el mercado integrado y extendido por todo el globo resta protagonismo a los Estados¹³⁷ y a sus respectivos ordenamientos jurídicos en el escenario de la protección del individuo y de la tutela de sus derechos, incluso aquellos fundamentales. Bajo el perfil ortodoxo del derecho internacional las corporaciones transnacionales no tienen la entidad necesaria para ser destinatarios de normas jurídicas en materia de derechos humanos ni para ser responsables por su violación. Esa aproximación tradicional ya no se acompasa con una realidad práctica en la que los nuevos actores efectivamente participan de una manera activa en el espacio transnacional, como sujetos de derecho que contraen obligaciones y que vulneran garantías individuales y colectivas¹³⁸.

La nueva dinámica despoja de soberanía a los Estados y conduce al progresivo nacimiento y afianzamiento de un ordenamiento jurídico transnacional: los nuevos actores evaden con facilidad el ámbito de aplicación de las normas nacionales y la jurisdicción de los funcionarios encargados de imponerlas. Las relaciones entre los individuos y los grandes

¹³⁶ “La globalización de la economía hace depender la riqueza de las naciones, empresas e individuos, de movimientos de capital, de cadenas de producción y distribución que se interrelacionan en el conjunto del planeta, socavando por tanto la especificidad de un determinado territorio como unidad de producción y consumo. (...) Las empresas transnacionales ya no tienen que limitarse a recurrir a los conjuntos de recursos cercanos a su país de origen. Tampoco tienen que limitarse a depender de los esfuerzos de los gobiernos para atraer recursos de otros lugares del mundo y canalizarlos hacia los usuarios finales. Como los mercados mundiales funcionan por su cuenta, los Estados-nación ya no tienen que desempeñar el papel de creadores de mercado”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 127.

¹³⁷ “(...) han emergido últimamente flamantes actores en el nuevo orden global: los estados ya no son los actores principales; otras entidades, como las firmas multinacionales, se han incorporado a la escena con un sistema de producción y mercado integrados”. TARDIF, E. Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, Año XVI, pp. 307-322, pp. 317-318.

¹³⁸ “Under the orthodox view of international law, commercial corporations do not possess international legal personality and therefore may neither be the direct addressees of international human rights norms nor the direct bearers of international responsibility for their breach. Although this view may largely reflect the reality of an international legal system still modelled on sovereign states, empirical observation of the practice shows that more and more corporations participate in international life besides and together with states and that today they can assert rights and bear duties directly under international law”. FRANCONI, F. Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations. En BENEDEK, W., DE FEYTER, K. y MARRELLA, F. (ed.) *Economic Globalisation and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 254.

productores de bienes y prestadores de servicios están completamente afectadas por un desequilibrio inherente, que redundará de manera inexorable en perjuicio del consumidor y sus derechos¹³⁹, y en la creación de normas de alcance transnacional con posibilidades coercitivas inciertas.

Las conquistas en materia de derechos individuales que fueron posibles gracias al sometimiento del Estado al derecho se diluyen paulatinamente, porque ya no es el poder público aquel que en mayor medida amenaza a la persona. De cara a la internacionalización e integración de los mercados y sistemas de producción, se verifican nuevamente las situaciones de precariedad laboral que reformularon el Estado liberal a partir de consideraciones de inspiración social¹⁴⁰. El poder privado es el que en mayor medida afecta los derechos individuales en el nuevo orden mundial, conquistando gradualmente espacios de auténtica soberanía económica, eclipsando en términos financieros a los aparatos estatales, eludiendo todo esfuerzo racional por delimitar teórica y prácticamente su poder

¹³⁹ “Fenómenos como la globalización de la economía, la adhesión a tratados internacionales y a jurisdicciones internacionales y el crecimiento de empresas transnacionales, disminuyen, obviamente, la soberanía judicial de cada país e impulsan el estudio y el desarrollo de un derecho supranacional que, como el de las telecomunicaciones, está afectando la relación de sus usuarios con su entorno y la de éste con los valores que lo nutren: derecho a la intimidad, derecho a la privacidad, medio ambiente, disciplina social, etc. Razón le cabe al tratadista Gordillo cuando afirma: ‘no hay más poderes nacionales ilimitados, en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual, y menos aún los habrá en el futuro’”. MARÍN, C.E. *El Derecho Administrativo entre la modernidad y la globalización*. En: RESTREPO, M.A. (ed.) *Retos y perspectivas del derecho administrativo – Segunda parte*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 53.

¹⁴⁰ “El crecimiento en el desempleo continuará contaminando la economía global, vulnerando la capacidad de los Estados nacionales para gestionar, de forma efectiva, sus propios asuntos domésticos. La informatización de la producción ha tendido a liberar al capital de toda limitación territorial, de negociación y compromiso con una determinada población y su respectivo gobierno. Por lo tanto, ante la debilidad del Estado nacional frente al creciente poder de las empresas transnacionales se corre el riesgo de que se desarrollen situaciones de empleo cada vez más precarias. Una vez que se debilita la posición de la fuerza laboral, la producción en red puede volver a aplicar antiguas formas de trabajo no garantizado, repercutiendo también en la calidad de nuestras democracias”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. *Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización*. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 127.

omnímmodo¹⁴¹, e influyendo sin mayor oposición en los procesos de toma de decisiones al interior de los Estados¹⁴².

Quizás es este escenario de inseguridad para los derechos a nivel mundial lo que propició el nacimiento de otro tipo de actores en el escenario transnacional, a saber, las organizaciones no gubernamentales: terceros que hacen las veces de intermediarios en situaciones sociales problemáticas, en las que se pueden ver enfrentados los Estados mismos, las corporaciones transnacionales, los individuos y las comunidades¹⁴³. Hay quien considera las organizaciones no gubernamentales como la cara amable del capitalismo, agentes que vehiculan los designios del mundo desarrollado en la periferia global con la excusa de la solidaridad internacional¹⁴⁴.

¹⁴¹ “Lo Stato, in misura e con velocità diversa da luogo a luogo, è oggetto di logoramento, se non di detronizzazione, come pensano coloro che parlano ormai di «morte dello Stato». La sua sovranità politica si trova a fare i conti con un'altra sovranità che si va affermando, a prima vista irresistibilmente, anche perché su scala mondiale: è la sovranità dell'economia volatilizzata che viaggia sulle ali della finanza, che non si sa dove sia e, quindi, ancor meno, si sa come afferrare. Che ci sia, ciascun lo dice; dove sia, nessun lo sa. Essa ha i suoi sudditi-cittadini, le sue istituzioni e la sua forza: non una forza definibile come politica secondo le categorie tradizionali ma, non per questo, meno efficace nel condizionare la vita dei popoli. In questo stadio di transizione e di sospensione dell'esperienza politica organizzata attraverso lo Stato, poli politici nuovi e alternativi ancora tardano a mostrarsi in modo definito”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, pp. 84-85.

¹⁴² “(...) las nuevas relaciones de producción y su relación con las fuerzas productivas han cambiado; evidentemente los avances tecnológicos han dado un giro a las relaciones entre Estados soberanos, pues existen nuevos sujetos que parecería tienen [sic] un mayor poder —por lo menos económico— frente a varios Estados; como por ejemplo tenemos a empresas como Ford o Coca Cola, o muchas otras que tienen presencia en casi todos los Estados, que además tienen el poder de cabildear e influir en ciertas decisiones para beneficiarse (...)”. BECERRA RAMÍREZ, M., POVEDANO AMEZOLA, A. y TÉLLEZ CARVAJAL, E. La soberanía en la era de la globalización. En: MÜELLER UHLENBROCK, K.T. y BECERRA RAMÍREZ, M. (co.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 62.

¹⁴³ “Las organizaciones no gubernamentales (ONGs) son mediadoras entre situaciones sociales concretas, movimientos sociales y organizaciones de base, y los gobiernos y las agencias internacionales. Son organizaciones intermediarias que, por no tener fines de lucro y distinguirse del Estado, pertenecen tanto al campo de la sociedad civil como al tercer sector. Se dedican particularmente a actividades de asesoramiento, capacitación y elaboración de proyectos, donde buscan asociaciones, actuando como eslabones de conexión entre lo local y lo global, como traductores de los anhelos de las realidades de base”. DE MELO LISBOA, A. Organizaciones no gubernamentales. En CATTANI, A.D. (org.) *La otra economía*. Buenos Aires: Altamira, 2004, p. 339.

¹⁴⁴ “Dado que son agentes de la modernidad, ellas son entendidas por Negri y Hardt como el frente de la intervención imperial. Para Petras, las ONGs son la cara comunitaria del neoliberalismo, son una forma de neoliberalismo que viene desde abajo y desde adentro, que despolitiza amplios segmentos de la población. Dado que sus programas no son de responsabilidad de los vecinos locales, sino de los donantes extranjeros, solapan las bases de la democracia. Es más, el crecimiento de las ONGs y del tercer sector en los años 90 coincide, no por casualidad, con el ascenso del neoliberalismo y con el agravamiento de la pobreza, surgiendo de un contexto de retracción, y no de avance, de las luchas sociales”. DE MELO LISBOA, A. Organizaciones no gubernamentales. En CATTANI, A.D. (org.) *La otra economía*. Buenos Aires: Altamira, 2004, p. 341-342.

La importancia de estos nuevos poderes transnacionales radica fundamentalmente en el hecho de que, dada la creciente incapacidad de ciertos aparatos estatales para garantizar determinados derechos dentro de sus propias fronteras, las organizaciones no gubernamentales han comenzado a suplir esos vacíos dejados por el Estado, desplazándolo y a veces subrogándolo en su papel de único proveedor y garante de derechos.

En tercer lugar vale mencionar las llamadas agencias calificadoras, instituciones independientes que se ocupan de medir mediante índices determinados aspectos relevantes para el proceso de globalización y su proyecto de desarrollo. Son importantes y representan un nuevo poder privado transnacional porque de las calificaciones que emiten dependen ciertas decisiones al interior de los Estados y, por ende, las condiciones de vida de sus poblaciones¹⁴⁵, lo cual resulta particularmente delicado en el caso de países en vía de desarrollo como Colombia¹⁴⁶.

Finalmente, la cuarta categoría de nuevo poder privado transnacional que vale la pena mencionar en este contexto de investigación es el individuo. En efecto, por contradictorio que pueda parecer, también las personas individuales se asoman al espacio transnacional y cobran cada vez más importancia. La soberanía estatal ha tenido que reconocer progresivamente una soberanía individual, con la que está obligada a dialogar en pie de igualdad en ámbitos que superan sus delimitaciones territoriales¹⁴⁷. Ello es particularmente interesante en el caso de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, que han visto enfrentarse individuos contra aparatos estatales enteros, pero también en el caso de los procesos regionales de integración, que se revelan como instancias cada vez más

¹⁴⁵ “[l]a presenza aggressiva della speculazione finanziaria ha trovato attiva cooperazione nelle agenzie di *rating*, che non si limitano ad esprimere opinioni —come ideologicamente si tenta di far credere— ma influenzano le decisioni degli Stati e le stesse condizioni di vita di milioni di persone. Ci troviamo di fronte a poderosi poteri *de facto*, che incidono però sulla consistenza dei diritti, mentre non esistono rimedi giuridici adeguati. Con l’ enfasi dell’ invettiva morale, più adatta ad un linguaggio letterario che scientifico, ma di grande efficacia espressiva, Luis Sepúlveda ha scritto che l’ 1 per cento dell’ umanità si è appropriato del 99 per cento della ricchezza del pianeta: quest’ uno per cento è stato chiamato «mercato». SILVESTRI, G. *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, n. 4, pp. 905-919, pp. 912-913.

¹⁴⁶ Cfr. ALVIAR GARCÍA, H. *What indexes leave behind: measuring law in Colombia*. En: GRAZIADEI, M. (ed.) *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 171-194.

¹⁴⁷ “En el discurso de apertura de la 54.ª Asamblea general de la ONU, en 1999, el entonces secretario general, Kofi Annan, planteó ante los representantes de la comunidad de naciones que el concepto jurídico clásico de soberanía del Estado puede a veces ser llamado a desvanecerse, en algunas circunstancias, ante la “soberanía del individuo””. TARDIF, E. *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, Año XVI, pp. 307-322, p. 315.

eficaces para la protección de los intereses individuales¹⁴⁸. Asimismo, llama la atención el papel del ciudadano en el caso de la Unión Europea, que ostenta una importancia cada vez más pronunciada¹⁴⁹.

1.2.4. LOS NUEVOS PODERES PRIVADOS NACIONALES

Tal como ocurre en el caso de los nuevos poderes públicos nacionales, en estricto sentido no resulta del todo correcto plantear el surgimiento de nuevos poderes privados nacionales. Ello se debe fundamentalmente a que estos actores en realidad no tienen mucho de nuevo si se tiene en cuenta que su origen se remonta a la primera mitad del siglo XX¹⁵⁰: se hace referencia a la irrupción de los particulares en tareas que tradicionalmente estaban a cargo del Estado y, más precisamente, de la administración pública. Este tipo de actividades revisten una importancia mayúscula en la historia del Estado, pero especialmente del derecho administrativo: se trata de los servicios públicos. Esta incursión funcional — usurpación, si se quiere— se dio por primera vez en Francia¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cfr. ROBAYO GALVIS, W. Los actores privados internacionales: un gran desafío para la integración en América Latina. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 233-260.

¹⁴⁹ “De la letra del artículo 1 del Tratado de Maastricht se puede presenciar un cambio, que implica la puesta en escena de un nuevo actor principal que hasta ese momento era considerado secundario: el ciudadano de la Unión, no se trata ya de un mero espectador en el contexto de la integración sino de un sujeto político y jurídico que tiene cabida, voz y voto, situándose como un igual al lado de los Estados miembros, siendo este un evento que obliga a mirar a la noción de Estado-Soberanía, ante la nueva manera de plantearse las reglas del juego, donde es el ciudadano de la unión quien toma las decisiones que conciernen al destino de la misma”. FIGUEREDO, E.V. La unión europea y el estado moderno. En: *Revista Memoria Política*. Carabobo: Universidad de Carabobo, 2008, No. 12, pp. 71-106, pp. 83-84.

¹⁵⁰ “En el derecho francés el primer reconocimiento histórico que se hizo de la gestión de un servicio público por parte de un organismo privado fue en la sentencia C. E. Ass. del 13 de mayo de 1938, *caisse primaire “Aide et Protection”*, Rec. 417. Ratificaba aspectos ya presentados con la sentencia C. E. Ass. del 20 de diciembre de 1935, *Etablissements Vezia*, Rec. 1211”. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, p. 156.

¹⁵¹ Eso le confiere una relevancia acentuada al fenómeno de cara al caso colombiano, porque nuestro derecho administrativo se construyó sobre la base del modelo francés, aunque haya tenido evoluciones distintas: “Pese a tratarse de una disciplina jurídica joven, el derecho administrativo se ha transformado de modo considerable. Los diferentes Estados recibieron esta disciplina de su formación originaria (francesa), pero en un estudio ya evolucionado. Después, no ha dejado de transformarse, tanto a partir de los elementos propios y originales de cada uno de ellos, como de aquellos cambios concretos que se han sucedido en el Estado francés, y que continúan ejerciendo influencia y, por qué no, determinando la realidad concreta de muchos subsistemas normativos”. Nota 11: “Como es obvio, no todos los Estados con derecho administrativo han recibido con la misma intensidad las transformaciones de las diferentes instituciones jurídico-administrativas del derecho francés. En el caso colombiano, ésta ha sido muy fuerte desde distintos puntos de vista, incluso con la institución del Consejo de Estado”. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, p. 122.

Aun cuando la noción de *service public* sea anterior, puede señalarse al fallo Blanco de 1873 como el antecedente primigenio de la relación entre dicho concepto y el subsistema de derecho administrativo. La introducción inicial de la noción de servicio público como dispositivo dogmático capaz de resolver conflictos de competencia negativos entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa fue, en realidad, una yuxtaposición teórica sobre otro concepto, cual era el de *puissance publique*. El contenido dogmático que el concepto llegaría a tener de la mano de la escuela de Bordeaux y gracias a la ingente labor de la jurisprudencia francesa —fallos Terrier, Feutry, Societé des Granits Porphyroïdes des Vosges y Bac D'Eloka—, tendría aún que esperar. En todo caso, precisamente por la existencia previa de la prerrogativa pública como criterio identificador puede concluirse que con el fallo Blanco no nació el derecho administrativo, pero sí se consolidó como subsistema autónomo de reglas aplicables a la administración¹⁵².

Gracias a la escuela de Bordeaux el contenido material del concepto de servicio público conocería una profundización: fueron principalmente León Duguit —ya mencionado en la evolución del paradigma social—, y Gaston Jèze (1869-1953), entre otros, quienes lograron una superación dogmática de la prerrogativa pública como único elemento justificador del tratamiento jurídico diferenciado por parte del ordenamiento a la administración pública. Dicha superación se dio de la mano de las mismas circunstancias económicas que propiciaron el advenimiento del modelo social de Estado, y a partir del desarrollo material de la noción de servicio público. El sueño liberal de un Estado sometido al derecho, puesto en duda como lo señaló Albert Venn Dicey (1835-1922) por la existencia de reglas especiales que tratan de manera distinta al detentador del poder —identificadas por Louis-Antoine Macarel (1790-1851) mediante su célebre esfuerzo de inventario—, se cumple solo con una administración sometida a un subsistema normativo que no se focalice en la exorbitancia —*puissance*—, sino en la satisfacción del interés general —*service*—, estableciendo una relación instrumental entre ambos conceptos: el poder de la administración como medio idóneo para alcanzar su fin más legítimo: servir¹⁵³.

Ahora bien, el concepto de servicio público conoció a partir de la segunda mitad del siglo XX una crisis, debida, por un lado, a la introducción de la categoría específica de servicios públicos industriales y comerciales en la dogmática jurídico administrativa¹⁵⁴, y, por el otro,

¹⁵² Cfr. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, pp. 126-135.

¹⁵³ Cfr. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, pp. 126-135.

¹⁵⁴ “La consideración de unos “servicios públicos industriales y comerciales” no es otra cosa que (...) la consiguiente necesidad de la doctrina de desarrollar una categoría que logre explicar la participación de la Administración Pública en actividades que no corresponden a la esencia material del concepto de servicios

a la incursión del particular en la actividad de servicio público¹⁵⁵. Precisamente este segundo factor de la crisis conceptual es el que aquí interesa, porque significa un redimensionamiento más estricto de la concepción de los servicios públicos, que provoca una ruptura de la identidad estricta entre servicio, administración y derecho administrativo, y que da cuenta de una realidad: el Estado no es el único capaz de desplegar actividades dirigidas a la satisfacción del interés general y, aunque la responsabilidad última de su prestación sea siempre estatal¹⁵⁶, el particular sí está capacitado para prestar servicios públicos, con independencia de los fines —egoístas o no— que lo motiven. Pueden encontrarse antecedentes remotos de la incursión del particular en la función administrativa, pero es posible afirmar que la tendencia cobra particular importancia con la desestatización de funciones propia del Estado regulador, explicado en el Capítulo I, a través de las estrategias concurrentes de contractualización, liberalización, privatización y fomento.

En conclusión, otro de los factores que ponen en duda la vigencia del Estado es la creciente participación del particular en la prestación del servicio público. Prueba de ello es la insuficiencia de la concepción subjetiva del servicio para dar cuenta del fenómeno administrativo, y el consiguiente protagonismo de una concepción objetiva del mismo: no todo lo que hace el Estado está encaminado a la satisfacción del interés general, y, a su

públicos propio de la *école de Bordeaux* (...) Justamente esta perspectiva (subjetiva) que alcanza el servicio público y la imposibilidad —así sea moderada— de concebir la actividad de la Administración Pública como una permanente manifestación de autoridad (*puissance publique*), bajo los presupuestos del Estado de derecho, ocasionan la denominada “crisis del servicio público” y la consiguiente búsqueda de un concepto con contenido material que dé respuesta a la especificidad del derecho administrativo”. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, p. 141.

¹⁵⁵ “Para sintetizar algunas de las reflexiones ya presentadas con ulteriores consideraciones, las razones que han motivado la crisis de la noción de servicio público lograda con la experiencia jurisprudencial francesa y las contribuciones de la *école de Bordeaux* (con la consiguiente necesidad de redimensionar los alcances del concepto) son: el nacimiento de un sector considerado de servicios públicos que obedecía a estrictos presupuestos económicos y en consecuencia tenía una actividad asimilable a la desarrollada por los particulares; la resultante inserción de normas pertenecientes al derecho común para regular estas y otras situaciones relacionadas con el concepto; la aparición del particular como prestador de servicios públicos y la respectiva revalorización de diferentes medios de gestión distintos a la prestación directa (pública) y la concesión. Todas estas razones están en el marco de una normatividad que, de manera coherente con una realidad política e internacional, va orientada a garantizar la iniciativa privada y por consiguiente se caracteriza por disposiciones abiertamente contrarias a políticas de nacionalizaciones, monopolios y conservación de posiciones dominantes, así como a asegurar una libre competencia”. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, p. 154.

¹⁵⁶ “En todo este panorama los servicios públicos no se encuentran perdidos; ellos no son identificables con la totalidad de las actividades que despliega la Administración Pública, pero sí con buena parte de ellas; a su vez, sí se identifican con un gran número de actividades cumplidas en la actualidad por los particulares, y respecto de las cuales, aun cuando no esté presente la Administración Pública directa o indirectamente en su desarrollo, ésta es responsable de su realización”. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, p. 163.

turno, el interés general no es monopolio exclusivo del Estado¹⁵⁷. Sin embargo, no debe caerse en el error de considerar que la crisis del concepto de servicio público se da con ocasión de la incapacidad del Estado para ejecutar tal o cual tarea. De hecho, se debe justamente a la razón contraria: no solo está capacitado para hacerlo, sino que incluso puede inmiscuirse en actividades que extravasan en sentido estricto aquello que está relacionado con el interés general, que es su finalidad primordial. Sin embargo, la realidad demuestra que, aun siendo capaz de afrontar la actividad de servicio junto con otras, el aparato estatal está dispuesto a permitir la colaboración de los particulares. El servicio público, que llegó a justificar la existencia misma del Estado, es dogmática y pragmáticamente incapaz de hacerlo hoy en día porque otros sujetos intervienen activa y exitosamente en su prestación, sirviendo como actores paralelos del drama interno estatal¹⁵⁸.

1.2.5. LOS NUEVOS PROBLEMAS TRANSNACIONALES

Hasta ahora se ha hecho mención de los nuevos sujetos que delatan o que directamente causan la obsolescencia del Estado. Resta únicamente llamar la atención sobre el conjunto de nuevas problemáticas de alcance transnacional, que se verifican a causa del surgimiento de esos nuevos poderes o que explican su existencia. Como debe ser bastante obvio para este punto, lo que tienen en común los nuevos actores del poder público y privado afuera y al interior de los Estados es el proceso de globalización.

El origen de las nuevas problemáticas es, pues, la evanescente distinción entre asuntos internos y externos que, curiosamente o no, se producen a partir de causas eminentemente humanas: el calentamiento global¹⁵⁹, el narcotráfico, las crisis financieras, los movimientos migratorios, la proliferación de armas de destrucción masiva, las crisis ambientales, el terrorismo y las epidemias. Tales problemáticas demandan por parte de los Estados un esfuerzo descomunal de coordinación de políticas públicas e incluso de producción de

¹⁵⁷ Cfr. MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002, pp. 166-180.

¹⁵⁸ "The state signifies the legal and institutional structures that delimit a certain territory (although not all of those institutional structures belong to the apparatus of the state)". BUTLER, J., SPIVAK, G.C. *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*. Oxford: Seagull, 2007, p. 3.

¹⁵⁹ "Por el contrario, otros factores, como la crisis ecológica –que es de carácter mundial y no estatal–, también inclinan a pensar que las fronteras son una construcción obsoleta. Ciertamente problemas como el calentamiento de la atmósfera, el agujero de ozono o la contaminación radioactiva no respetan ningún límite de soberanía en sus efectos letales a largo plazo". CAIRO CAROU, H. Territorialidad y fronteras del estado-nación: Las condiciones de la política en un mundo fragmentado. En: *Política y Sociedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001, No. 36, pp. 29-38, p. 36.

marcos normativos transnacionales, dada la facilidad con la que atraviesan fronteras y con la cual, por ende, escapan a las soberanías y a los ordenamientos nacionales¹⁶⁰.

Son precisamente estos problemas los que incentivan –u obligan– a los Estados a ceder soberanía y crear espacios de poder decisorio compartido. La interconexión global llega a tal extremo que la mera cooperación internacional no basta como estrategia para enfrentar los nuevos problemas transnacionales, que eluden la regulación jurídica y el control político tradicional¹⁶¹.

Es de resaltar el papel que la tecnología juega en este escenario: su progresiva capacidad para conectar áreas remotas del globo en tiempo real implica la estructuración de un paradigma social que hace funcionar a la población planetaria como una enorme red sin mayores limitaciones temporales, en la que nuevas y efímeras relaciones se producen constantemente, facilitando tanto el intercambio de bienes y servicios como la causación de perjuicios¹⁶². Esa evolución exponencial de la realidad social contrasta con el lento e imperceptible progreso de la teoría y la práctica de la ciencia política y del derecho, que como Aquiles a la tortuga¹⁶³ se empeñan por alcanzar la nueva realidad, sin mucha tasa de

¹⁶⁰ “Las distinciones entre aspectos políticos internos y cuestiones externas, preocupaciones soberanas de un Estado-nación y consideraciones internacionales ya no están bien definidas. Los gobiernos se enfrentan a problemas tales como el narcotráfico, el empleo de recursos no renovables, epidemias, la administración de los desechos nucleares, la difusión de armas de destrucción masiva y el calentamiento global, que no se pueden clasificar de una manera significativa en estos términos. De hecho, en todas las áreas principales de la política, la interconexión de las comunidades políticas nacionales en los flujos y procesos regionales y globales las hace tomar parte en una intensiva coordinación y regulación transfronterizas”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 126.

¹⁶¹ “La interconexión regional y global desafía tanto la soberanía como la legitimidad de los Estados. Son un peligro a la soberanía porque la autoridad política de éstos se ve desplazada y comprometida por los sistemas regionales y globales de poder, ya sean políticos, económicos o culturales. Y son un reto a la legitimidad del Estado porque, con la mayor interdependencia regional y global, éstos no pueden suministrar bienes y servicios fundamentales a sus ciudadanos sin la cooperación internacional, y aun esta última puede resultar bastante inadecuada frente a problemas globales –desde el calentamiento global hasta los volátiles movimientos de los mercados financieros– que pueden escapar a la regulación política”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, pp. 112-113.

¹⁶² “Parece claro que en la sociedad de la información lo global condiciona lo local y los flujos electrónicos estructuran la economía a partir de relaciones entre unidades espacialmente distantes”. VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127, p. 127.

¹⁶³ “Aquiles, símbolo de rapidez, tiene que alcanzar la tortuga, símbolo de morosidad. Aquiles corre diez veces más ligero que la tortuga y le da diez metros de ventaja. Aquiles corre esos diez metros, la tortuga corre uno; Aquiles corre ese metro, la tortuga corre un decímetro; Aquiles corre ese decímetro, la tortuga corre un

éxito. Acaso la imposibilidad de alcanzarla por parte de ciencias como la política y el derecho se deba a que sus postulados siguen teniendo como base ideas cuyo origen puede rastrearse hasta el Renacimiento, mientras que los nuevos problemas demuestran una mutabilidad sorprendente, capaz de socavar de manera evidente la soberanía misma de los Estados¹⁶⁴.

El orden inaugurado por la Paz de Westfalia y perfeccionado a lo largo de siglos de experiencia política europea está llegando a su fin, o cuando menos conociendo una crisis que habrá de reconfigurarlo por completo. En la raíz de esas crisis se encuentra la economía planetaria¹⁶⁵. No se trata de una afirmación alarmista ni de una pretensión profética: la academia ha llamado la atención durante años sobre la necesidad de una actualización general del conocimiento científico-social, capaz de dotar de armas teóricas a los Estados, para que puedan combatir con los nuevos enemigos. No obstante, por obsoleto y obsoleto que sea, el Estado sigue existiendo y continúa ocupando un lugar importante en el espacio transnacional¹⁶⁶.

centímetro; Aquiles corre ese centímetro, la tortuga un milímetro; Aquiles el milímetro, la tortuga un décimo de milímetro, y así infinitamente, de modo que Aquiles puede correr para siempre sin alcanzarla. Así la paradoja inmortal". BORGES, J.L. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974, p. 244.

¹⁶⁴ "El tercer factor que contribuye al desgaste del concepto de soberanía del Estado es el revolucionario progreso en las telecomunicaciones y la tecnología, que también se encuentra ligado al tema de los derechos humanos. Estas revoluciones han eliminado los controles que los gobiernos ejercían sobre la disponibilidad y la difusión de la información. Resulta ahora más fácil para un individuo o una organización enterarse de lo que está aconteciendo del otro lado del globo terráqueo". TARDIF, E. Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, Año XVI, pp. 307-322, p. 318.

¹⁶⁵ "In altri termini, «oltre, dietro e accanto» ai confini statali si ergeva, «onnipervasivo lo spazio di un'economia libera, ovvero non statale, che era un'economia mondiale». Quello che era stato il motto europeo che aveva suggellato la pace di Westfalia si trasformava ora nel nuovo motto *Cuius regio eius oeconomia*, che stabiliva diverse misure per la politica e per l'economia". FERRARESE, M.R. *Diritto sconfinato*. Bari: Laterza, 2006, p. 7.

¹⁶⁶ "From the 9/11 tragedy to the global panic engendered by the 2003 outbreak of SARS to the bird flu in 2005, the interdependence of our globalized world has become painfully evident in recent years. National governments alone cannot address a range of critical issues, including terrorism, trade liberalization, economic integration, infectious diseases, and worldwide environmental issues such as climate change. Scholars have highlighted the need for international policymaking for years, and the theoretical logic of organizing collective action on a scale proportional to these threats is well understood. Yet the nation-state remains the dominant structure in international relations, and skepticism about "global governance" runs deep, particularly in the United States. Distrust of international institutions is a hallmark of neoconservative and sovereigntist thinking, and parallel degree of skepticism about global-scale policymaking can also be found on the political Left. Many consumer advocates, environmentalists, and antiglobalization activists decry the 'faceless bureaucrats' at the World Trade Organization (WTO) in Geneva, whom they see as undermining American democracy, sovereignty, and regulatory autonomy". ESTY, D.C. Good Governance at the Supernational Scale: Globalizing Administrative Law. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562, pp. 1493-1494.

1.3. LA CRISIS Y EL ESTADO: EL HUEVO Y LA GALLINA

Llegado este punto es evidente que el Estado está siendo amenazado desde afuera y desde adentro, atrapado en el fuego cruzado de los nuevos poderes transnacionales y nacionales, obligado a recurrir precisamente a esos nuevos actores para hacer frente a nuevas problemáticas que cuestionan su capacidad y vigencia. En definitiva, rasgadas sus fronteras por dentro y por fuera, el Estado está en crisis. Lo que tienen en común los factores subjetivos y objetivos que traen aparejada su obsolescencia es la globalización¹⁶⁷. Cabe ahora preguntarse si realmente puede hablarse de una crisis a partir de estos fenómenos, o si se trata de una paradoja como aquella que hace debatirse entre reconocer como ente originario al huevo o a la gallina.

La historia de la humanidad es en gran medida la historia de sucesivos desplazamientos, conquistas y migraciones a lo largo y ancho del planeta. Aun cuando no sean enteramente reductibles a esas vicisitudes, las etapas de la historia humana sí han tenido como denominador común la constante modificación de las fronteras. En la antigüedad, ese movimiento se verificaba ante todo en el plano geográfico: tal o cual imperio anexaba a su territorio una porción geográfica cuyos habitantes no habían sabido defender su frontera; determinado pueblo se veía en la necesidad de trasladarse por el agotamiento de los recursos naturales o por la amenaza de conquista; los intereses económicos de cierta nación implicaban el desplazamiento de la totalidad o de una parte de su población a otras tierras. En las etapas más recientes de la historia, y particularmente en nuestros días, la movilización no ha dejado de ser geográfica, pues sus causas y efectos aún se verifican sobre las fronteras que dividen los distintos territorios, pero también han empezado a manifestarse con mayor intensidad sobre las fronteras invisibles de la cultura y el mercado. El factor que siempre ha estado presente en estas dinámicas ha sido, sin duda, la globalización.

¹⁶⁷ “Queste considerazioni introducono a quella nebulosa nozione di confuse realtà e intricati problemi che si denomina «globalizzazione». In generale, ciò che si indica con questa parola è un fenomeno di connessione casuale, tale che situazioni di un luogo sono influenzate da accadimenti in altri luoghi, la cui distanza supera, anzi ignora, i confini d’un tempo. La globalizzazione non è, dunque, soltanto un fenomeno di ampliamento delle dimensioni spaziali dei fenomeni sociali (delocalizzazione dei fattori produttivi; circolazione illimitata di capitali finanziari, tecnologie, informazioni; mescolamento di etnie e culture; diffusione di malattie, epidemie, pandemie; deperimento delle risorse dell’ecosistema, ecc.), ampliamento che tende a superare ogni confine territoriale e ad abbracciare in un’unica dinamica d’interdipendenze i popoli della terra. Se si considera che gli Stati moderni sono sorti, precisamente, nel XVII secolo, come rottura dell’universalismo dell’impero cristiano medievale, in conseguenza dell’orgogliosa proclamazione della loro propria sovrana autosufficienza, si comprende l’effetto destrutturante della globalizzazione nel mondo”. ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018, p. 82.

Ahora bien, cuando se hace referencia a la globalización suele pensarse en un fenómeno de ocurrencia reciente, y es probable que ello obedezca al hecho de que sus alcances efectivamente se intensificaron y multiplicaron de manera exponencial durante la segunda mitad del siglo XX, convirtiéndose en una realidad incontestable durante los primeros decenios del siglo XXI, o probablemente al hecho de que no deja de representar una relativa novedad terminológica¹⁶⁸. En los días que corren se atiende a una inusitada avalancha de adelantos tecnológicos que facilitan el intercambio y la comunicación entre los pueblos y los individuos, y en este contexto ello cumple un doble papel: por un lado, exacerba los efectos del fenómeno y, por el otro, los hace todavía más visibles. En cualquier caso, a pesar de la indiscutible aceleración del proceso en tiempos recientes, no debe caerse en el error de fechar allí su nacimiento, pues es posible rastrear el fenómeno globalizador a tiempos mucho más remotos¹⁶⁹.

La historia de la globalización podría fragmentarse en seis períodos: una primera etapa, cuya fecha de inicio se pierde en la prehistoria, sería aquella durante la cual el ser humano empieza a apoderarse del orbe sin asentarse en un único territorio, favoreciendo el progreso de la especie mediante la exploración. Una segunda etapa correspondería a la sedentarización de las poblaciones gracias al descubrimiento y desarrollo de la agricultura, que habría dado origen a las ciudades. La tercera etapa podría concebirse como aquel momento en el que, a partir de ciudades-Estado, los pueblos emprenden la construcción y consolidación de los grandes imperios de la antigüedad, que acaso por una expansión excesiva precipitan el advenimiento del feudalismo. La cuarta etapa podría ser aquella que vio surgir en Europa los grandes reinos, que se desarrollaron hasta afianzarse como las monarquías absolutas que dieron origen a la modernidad mediante grandes empresas de exploración y colonización del globo terráqueo¹⁷⁰. La diferencia fundamental entre esta

¹⁶⁸ "Globalization is a relatively recent term. It appeared in English-language usage only in the 1960s, albeit without the heavy connotations that it began to carry in the 1990s. (...) [T]he evaluation of globalization oscillates uneasily between utopian promise and dystopian menace. (...) The global in globalization refers both to a geographic limit, the earth as a physical place, and to an encompassing range of influence, namely that all contemporary social reality is supposedly conditioned or even determined by it". BEYER, P. *Globalization and Glocalization*. En BECKFORD, J.A. y DEMERATH III, N.J., (ed.) *The SAGE Handbook of the Sociology of Religion*. London: Sage, 2007, p. 98.

¹⁶⁹ "Per migliaia di anni, la globalizzazione ha contribuito al progresso del mondo attraverso i viaggi, il commercio, le migrazioni, la diffusione delle culture, la disseminazione del sapere (inclusi quello scientifico e tecnologico) e della conoscenza reciproca. Il movimento delle influenze ha preso direzioni di volta in volta diverse. Ad esempio, nella parte finale del millennio appena trascorso il flusso è stato in larga misura dall'Occidente verso l'Oriente, ma al suo inizio (attorno all'anno Mille) l'Europa stava assimilando la scienza e la tecnologia cinesi e la matematica indiana e araba. Queste interazioni sono un'eredità mondiale, e la tendenza contemporanea è coerente con questo sviluppo storico". SEN, A. *Globalizzazione e libertà*. Milano: Mondadori, 2003, p. 4.

¹⁷⁰ "[La modernidad] también alude al vuelco de la cultura europea hacia el exterior del continente, mediante un proceso de conquista y colonización del mundo, que sobreviene como secuela de los descubrimientos

última etapa y las anteriores consistiría en que mientras antes de 1492 los movimientos migratorios y de exploración del globo se daban con cierto automatismo, animados casi siempre por circunstancias azarosas, desde el mal llamado *descubrimiento* de América esa misma expansión da cuenta de un designio imperial y de un ímpetu de apropiación que empiezan a formar parte de la idiosincrasia cultural europea. Como eco de esa identidad nacería posteriormente el colonialismo y, con él, un nuevo orden dividiría el mundo en dos grandes bloques: el de las grandes potencias y el de los territorios coloniales. Finalmente, la última etapa correspondería a las décadas recientes, marcada por una realidad posterior a la Guerra Fría e impulsada por los adelantos tecnológicos y las explosiones demográficas que progresivamente pueblan y reducen espacialmente el planeta.

Resulta interesante el hecho de que la globalización, que parece reñir con la idea abstracta de Estado en tanto disuelve las fronteras que éste presupone, tenga precisamente un nacimiento anterior al Estado mismo. Como se tuvo oportunidad de constatar, éste es el resultado de una serie de procesos históricos que se sucedieron en Europa a lo largo de los últimos siglos y su forma actual es en realidad muy reciente¹⁷¹, mientras que la dinámica de la globalización parece no solo ser anterior, sino incluso ser un factor que contribuyó a la difusión del Estado como modelo de organización política, jurídica y administrativa. Desde una perspectiva histórica, en suma, no es la globalización lo que niega el Estado, sino el Estado lo que niega la globalización, cada vez con menos éxito. Eso explica que surjan dinámicas aglutinantes que obligan a los distintos Estados a asociarse e impulsar procesos de integración de diversa naturaleza para hacer frente a los nuevos retos, haciendo

geográficos. Esta etapa histórica parece corresponder a un proceso de incipiente occidentalización del planeta, a punto quizá de completarse por estos días finales del siglo XX, cuando presenciamos una marcada tendencia hacia la universalización de los valores esenciales y característicos de la sociedad de Occidente". HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997, p. 178

¹⁷¹ "Lo stato è una forma di potere pubblico sviluppatasi lentamente in un arco di più di cinque secoli. Alcuni stati sono nati molto prima, altri dopo circa tre secoli: Italia e Germania, per esempio, sono tra i «late comers» [sic].

Oggi, nella fase del suo pieno sviluppo, la forma statale sembra prevalere su scala mondiale: l'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) è formalmente composta di 193 Stati. Sono denominati tali tutti i tipi di reggimenti politici («polities»). Nell'ONU, tutti gli Stati sono formalmente simili, indipendentemente dalle dimensioni, dalla ricchezza, dal peso politico.

Nonostante questo straordinario sviluppo, lo Stato non è per niente un istituto generale. Si è sviluppato dapprima in un'area limitata del mondo, l'Europa, si è esteso poi anche in aree dove prevalevano altri tipi di reggimenti politici; qui, però, le formazioni statali hanno un valore simbolico, e spesso sono superfetazioni.

In Europa, lo Stato è stato il frutto di molte modificazioni dei reggimenti politici preesistenti. Si consideri che questi sono passati attraverso un processo di aggregazione e di disaggregazione, nel corso della storia. In Europa, da 1000 nel XIV secolo, a 500 nel XVI secolo. Sono diminuiti poi ulteriormente fino a 350 alla fine del XVIII secolo". CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204, pp. 184-185.

insufficiente la prospettiva unidimensionale della scienza giuridica¹⁷², e spiega anche che i paesi sono sempre meno come entità isolate e sempre più come gli organi di un grande e complesso sistema¹⁷³.

En el medio de la dialéctica entre globalización y Estado se encuentra el problema de la soberanía: mientras los Estados se preocupan por conservarla en la mayor medida de lo posible, el proceso globalizador demanda cada vez más cesiones de su parte. La progresiva pérdida de soberanía encuentra su explicación en el hecho de que los problemas planteados por la globalización exigen soluciones globales. En este sentido, el proceso globalizador se revela como una enfermedad, pero también como su propia cura: da lugar a fenómenos que amenazan la soberanía y autonomía estatales, y a su tiempo les permite a los Estados la creación de instancias y tecnologías de poder capaces de ejercer un grado de control sobre dichos fenómenos. En este panorama, la soberanía que alguna vez constituyó la fuerza impulsora del desarrollo político, administrativo y jurídico del Estado¹⁷⁴ hoy parece

¹⁷² “Con questa nuova realtà devono fare i conti quelle discipline che s’interessano dello Stato, storia, scienze politiche e sociali, giurisprudenza, antropologia, sociologia.

Queste si stanno interessando delle fasi di transizioni e, in particolare, delle origini storiche delle istituzioni politiche e dei processi di decadenza. Sono andate alla ricerca di un duplice ordine di fenomeni, quello delle società senza Stato, o con Stati deboli, «Stati ombra»; quello delle organizzazioni composite, ultrastatali, come gli imperi. Quindi, hanno indagato i divari tra «stateness» (statalità) e «statehood» (senso dello Stato, o attaccamento allo Stato). E stanno rivisitando la storia degli imperi, come ordinamenti composti, distinguendo imperi di colonizzatori (spagnolo, britannico, francese) da imperi di eguali (sacro romano, germanico, ottomano, austro-ungarico)”. CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204, p. 188.

¹⁷³ “Se —come è ormai evidente— gli Stati non dominano, ma sono dominati dai fenomeni economici, sociali e naturali (crisi finanziaria ed economiche, migrazioni, terrorismo, riscaldamento del globo), il modo per essi di cercare di tenerli sotto controllo è quello di riunire le loro forze. Di qui i circa duemila sistemi regolatori globali. Questi debbono ridurre l’incertezza e l’imprevedibilità attraverso la definizione di standard o regole, l’introduzione di controlli, la scelta di indicatori adatti a misurare enti, condotte, affidabilità.

Tutto questo produce molti effetti sugli Stati: ne limita l’azione, ma amplia anche la sua portata. Gli Stati non possono più prendere alcune decisioni da soli (dove l’espressione «sovranità condivisa», che è un ossimoro); ma le decisioni collettive globali consentono loro di agire in campi e non dimensioni prima sconosciuti. La legittimazione statale, che prima si misurava solo secondo un criterio verticale (governanti-governati), si misura ora anche secondo un criterio orizzontale (governanti di un Paese – governanti di altri Paesi). La prima è una legittimazione democratica, la seconda una legittimazione contrattuale.

In questo nuovo e più ampio contesto, gli Stati debbono, da un lato, riconoscere a loro formale eguaglianza, dall’altro tener conto della maggiore o minore fragilità di alcuni di essi. E debbono cercare di porre rimedio a tale fragilità. L’azione congiunta si sdoppia. Una parte è rivolta a risolvere i comuni problemi globali (terrorismo globale, «global warming», crisi economica). Un’altra parte è rivolta a tenere sotto controllo e rafforzare l’azione di alcuni dei membri di una comunità tanto diseguale, divisa e conflittuale, come quella mondiale. (...)”. CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204, pp. 187-188.

¹⁷⁴ “Molti di noi, costituzionalisti formati mentre si formava l’Europa unita, nutrono un sentimento misto nei confronti della sovranità dello Stato.

Siamo ben consapevoli che essa fu essenziale a far nascere lo Stato moderno. Ne smarcò il fondamento e i poteri dalla legittimazione esterna e, grazie al suo coesistente requisito della esclusività, ne allargò la

revelarse como uno de sus obstáculos, aunque desde cierta perspectiva lo haya sido siempre¹⁷⁵.

En cualquier caso, los efectos de la sumisión de los Estados y las nuevas lecturas de la soberanía no siempre han estado bajo control ni han sido absolutamente favorables. En el escenario transnacional éstos ya no son los personajes principales: el fin de la Guerra Fría y el triunfo del neoliberalismo y los valores occidentales tuvieron como correlato el surgimiento de poderes e intereses económicos de gran envergadura¹⁷⁶. Si el reto de la modernidad fue imponer límites reales al Estado, quizá el de la posmodernidad sea el de imponer límites reales a los poderes privados. Si el derecho y las normas jurídicas siguen siendo o no mecanismos de control eficaces en nuestros días y de cara a las nuevas estructuras de poder, es algo sobre lo cual simplemente no se puede tener certeza, pero por ahora las armas de la juridicidad no parecen estar ganando la batalla. Ello puede deberse precisamente al hecho de que el poderío de las normas está supeditado al funcionamiento de aparatos de producción normativa que operan dentro de las fronteras nacionales, mientras que los nuevos poderes privados parecieran definirse por su capacidad de traspasar fronteras sin mayores dificultades, convirtiéndose en sujetos supremamente elusivos.

giurisdizione, erodendo i poteri frammentati e frammentanti che aveva sotto di sé. Ciò andò certo a beneficio delle casse del sovrano e quindi del rafforzamento della sua burocrazia e del suo esercito, ma creò anche condizioni migliori per lo sviluppo dell'economia e dei commerci e quindi per la formazione di tessuti sociali, politici e por istituzionali che portarono all'assoggettamento dei poteri statali alla *rule of law* ed infine ai principi e agli assetti della democrazia. E questo conta molto per noi, conta che lo Stato, pur fra alterne vicende, abbia fornito l'habitat della formazione e del consolidamento delle nostre democrazie". AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8, p. 1.

¹⁷⁵ "Sappiamo anche però che l'erosione del pluralismo delle fonti e la centralizzazione del diritto ha avuto dei prezzi, che non è il solo Paolo Grossi a ritenere elevati. E sappiamo soprattutto che fu proprio l'esclusività della sovranità statale alla radice dei conflitti interstatali che segnarono per secoli la vita europea, sino a quando, dopo la intollerabile vergogna di due guerre mondiali scaturite da quei conflitti a distanza di pochi decenni l'una dall'altra, la limitazione delle sovranità nazionali in nome di una più alta unità europea parve addirittura una salvifica necessità". AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8, pp. 1-2.

¹⁷⁶ "Che cosa però è venuto accadendo? Che il ridimensionamento della sovranità statale è avvenuto a beneficio non solo dell'Europa ma anche di altri beneficiari e che soprattutto nel secondo caso, ma in parte anche nel primo, siamo approdati a risultati che ci hanno portato a rimpiangere i vecchi tempi. Non a caso è sempre più frequente, nelle valutazioni degli analisti e nella stessa opinione pubblica, che la perdita di sovranità sia presentata non come un proficuo progresso verso un governo più esteso e per ciò stesso più adeguato ai tempi nuovi, ma come una autentica spoliazione ad opera di poteri che spadroneggiano su di noi da un mondo che ci sovrasta: o perché si tratta di poteri privati che producono effetti a volte addirittura devastanti sulle nostre vite, senza essere né legittimati, né contrastati; o perché si tratta di poteri pubblici che percepiamo essi stessi come non legittimati, in quanto figli di un diritto molte volte non rispettoso della *rule of law* e sempre lontano dai principi democratici". AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8, p. 2.

El panorama desalentador no debe, sin embargo, prestarse al pesimismo. Finalmente, como se dijo, la globalización es una realidad anterior al Estado, y éste, a su turno, una realidad que nace dentro de un contexto en el que ya existían tendencias globalizantes¹⁷⁷ y que, en todo caso, conserva aún mucho poder¹⁷⁸. Ello significa que la antítesis que puede existir entre ambos no es insoluble, y prueba de ello es la construcción progresiva de un espacio transnacional en el que intereses estatales y globalizadores se dan cita y se articulan. Es sobre esa sinergia que deberían concentrarse los esfuerzos, y no sobre posiciones que demonicen¹⁷⁹ o vindiquen totalmente el fenómeno¹⁸⁰.

¹⁷⁷ “Da un lato non possiamo dimenticare che molti dei poteri non legittimati che ci sentiamo addosso (...) erano già usciti dal controllo statale. Se almeno in parte abbiamo preso ad imbrigliarli, lo dobbiamo proprio alle sedi istituzionali che abbiamo creato al di sopra degli Stati”. AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8, p. 3.

¹⁷⁸ “Dall’altro lato, non possiamo neppure dare per scontata una impotenza degli Stati, che è invece tutt’altro che totale. Intanto il tubetto piccolo non sempre è così piccolo e, oggi come in passato, gli Stati più grandi sono protagonisti tutt’altro che marginalizzati o sovrastati della stessa arena globale. Sono le ex grandi potenze europee ad essere diventate, in termini relativi, piccole ed infatti non a caso è per esse che l’Europa, oltre ad essere valsa come antidoto contro i loro bollenti spiriti, vale anche come dimensione necessaria per equilibrare il peso degli Stati grandi extraeuropei.

C’è poi un ruolo che lo Stato, e solo lo Stato, può ancora oggi assolvere nella arena globale. Sappiamo che su di essa si presentano ormai attori pubblici e attori privati e che, ciascuno a suo modo, hanno tutti voce in capitolo. Ma è proprio qui che notiamo la forte disegualianza fra gli interessi privati dotati della forza di autorappresentarsi, e quindi di farsi valere sulla scena globale, e quelli che invece non hanno alcun modo di far sentire direttamente, ma soprattutto di far pesare la loro voce (...). Ebbene —come ha scritto Tony Judt— sia benedetto lo Stato, che è l’unico canale attraverso il quale, laddove le democrazie statali funzionano, gli interessi deboli possono avere una rappresentanza al tavolo globale”. AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8, p. 3.

¹⁷⁹ “Le osservazioni che precedono non conducono tuttavia necessariamente a presentare visioni demonizzatrici della globalizzazione. Dal punto di vista delle condizioni di vita delle persone del mondo meno sviluppato, il fenomeno presenta due facce. Joseph E. Stiglitz ricorda, ad esempio, che l’apertura del mercato del latte giamaicano alle importazioni dagli Stati Uniti ha danneggiato gli allevatori di bovini locali, ma ha consentito ai bambini poveri di usufruire di latte a prezzi inferiori. Dal punto di vista del costituzionalismo, si deve osservare che l’incidenza di organismi internazionali, privi di controllo democratico —come, ad esempio, il Fondo monetario internazionale— sulla determinazione del carico fiscale imposto dagli Stati ha creato un sistema di *taxation without representation*, esatto contrario di uno dei più antichi principi della democrazia rappresentativa.

L’ambivalenza della globalizzazione rende dunque ingiustificato un pessimismo puramente recriminatorio, come pure ogni ingenuo ottimismo. Se sono da evitare semplificazioni o indebite generalizzazioni di particolari situazioni o esperienze, si deve tuttavia guardare con attenzione ad alcuni fenomeni che caratterizzano il governo giuridico di specifiche realtà operanti nello spazio globale”. SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 4, pp. 905-919, p. 910.

¹⁸⁰ “Generalmente si concorda sull’individuazione delle principali cause della globalizzazione contemporanea: a) il mercato globale; b) l’emigrazione e l’immigrazione; c) il multiculturalismo.

Se queste sono le cause, si deve ribadire —contro confusi ideologismi— che la globalizzazione non è un male, né un bene in assoluto, ma un «fatto» con effetti in gran parte irreversibili. Appare irrealistico l’auspicio di tornare indietro rispetto ad un fenomeno dovuto a processi che stanno fuori della portata dei governi e delle decisioni politiche. Più che tentare de «rimettere il dentifricio nel tubetto» si dovrebbe «rendere più forte,

Más allá de los juicios de valor que puedan formularse contra la globalización, una de las consecuencias que conviene tener presentes en mayor medida es la situación de incertidumbre para la efectividad de los derechos fundamentales de las personas. Esa situación es propiciada por tres factores: en primer lugar, la imposibilidad o extrema dificultad de incidencia sobre los procedimientos de formación normativa¹⁸¹; en segundo término, el llamado déficit democrático que existe en el espacio transnacional, que puede abarcar el primer factor pero que no se reduce a él: consiste en la poca participación que el individuo tiene en los procesos internacionales de toma de decisiones, cuya gravedad radica en el hecho de que esas decisiones tienen sus mayores repercusiones precisamente en la

con meno buchi e più rispondente alle nostre aspettative, il tubetto più grande con il quale siamo comunque alle prese».

Il primo passo per affrontare in modo realistico la problematica del confronto tra mondo globalizzato e principi del costituzionalismo è riconoscere che —per i suoi contenuti normativi basati sulla libertà, l'eguaglianza e la democrazia— la cittadinanza politica «si è in larga misura disgiunta dall'identità nazionale». S'è aperto un percorso che va dalla «cittadinanza giuridica» ad una forma di «cittadinanza repubblicana», ben più ampia e significativa.

I grandi movimenti migratori portano alla progressiva —anche se difficile e contrastata— integrazione tra soggetti appartenenti ad etnie e culture diverse, tutte reclamanti l'eguale protezione delle leggi sia con riferimento ai diritti individuali sia con riferimento alla loro identità storica e culturale. Nonostante le forti resistenze che continuano a manifestarsi, sia a livello politico che di «società civile», l'apertura delle frontiere dello Stato nazionale ha come conseguenza *la necessità dell'allargamento dei diritti fondamentali ai non-cittadini, nella prospettiva dell'acquisizione, da parte degli stessi, della cittadinanza giuridica, come ultimo atto dell'integrazione.*

Anche dentro i confini degli Stati si fanno dunque sentire, in positivo e in negativo, gli effetti della globalizzazione indotta dai movimenti migratori: in positivo, perché diventa sempre più chiaro che i diritti fondamentali non spettano soltanto ai cittadini, ma alle persone; in negativo perché gli imperativi sistemici provenienti dai mercati globali e dalla concorrenza internazionale producono la «de-responsabilizzazione dei sistemi democratici» e fanno «smarrire ogni ragione e significato al metodo democratico».

Quando si sente ripetere «lo vuole l'Europa», «lo vogliono i mercati», sembra di sentir risuonare il «Dio lo vuole», che giustificava, in secoli lontani, totale sottomissione —la cui rottura implicava guerre e carneficine— con riferimento ad una volontà superiore, imperscrutabile e irresistibile". SILVESTRI, G. *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato.* En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè, 2013, No. 4, pp. 905-919, pp. 907-909.

¹⁸¹ "Il soggetto nello spazio globale è decontestualizzato e isolato, non fa parte di un «popolo» e gode pertanto di tutele relative e precarie. Inoltre lo stesso, come si diceva, non ha alcuna possibilità di incidere sulla formazione delle regole, che gli sono e gli saranno applicate. La caduta della visione «olistica» della costituzione non è solo un dato strutturale-sistemico, da recepire acriticamente, ma anche una connotazione della nuova situazione delle persone e dei gruppi sul piano della garanzia dei diritti fondamentali. Non bisogna mai dimenticare infatti che la tutela dei diritti fondamentali non può essere disgiunta dal mantenimento dell'equilibrio costituzionale (diverso a seconda delle forme di governo) tra democraticità delle decisioni e indipendenza dei controlli di legalità. Quale equilibrio è possibile immaginare nello spazio globale, nell'ambito delle «isole di legalità» che si formano nel seno di formazioni miranti soprattutto a migliorare, anche attraverso l'osservanza delle regole, la propria efficienza e credibilità del mercato?" SILVESTRI, G. *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato.* En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico.* Milano: Giuffrè, 2013, No. 4, pp. 905-919, p. 915.

vida de quienes no tienen voz en su debate y adopción¹⁸²; finalmente, las diferencias culturales obvias que ponen en contraste las diversas concepciones de la persona y los derechos, y que hacen imposible o cuando menos altamente improbable un consenso mínimo sobre el núcleo de garantías con que debe contar el ser humano, en el espacio transnacional y con independencia de su nacionalidad¹⁸³.

Afirmar que el Estado está en crisis resulta, por tanto, una verdad parcial: si ha de admitirse la existencia de una verdadera crisis, ésta estuvo sin duda constituida por el moderado estancamiento del proceso globalizador a causa del surgimiento de un esquema asociativo sumamente eficiente, que Machiavelli llamó Estado y que se remonta a los albores de la modernidad. El momento presente no es, entonces, el de la crisis del aparato estatal a partir

¹⁸² “È fuori discussione il *deficit* di democrazia che si rileva a livello globale. Se è vero che «l’inesistenza di istituzioni elettive globali non può essere considerata espressione di un «deficit democratico», perché non esiste un’autorità superiore nei confronti della quale «difendersi» e sulla quale esercitare un controllo», è pure vero che, nello spazio globale prevalgono accordi e indirizzi, cogenti di fatto, dai quali i destinatari «deboli» sono esclusi. Non viene tanto in rilievo il problema della difesa dall’autorità, quanto la partecipazione, anche minima, dei singoli e di intere popolazioni ai processi di formazione delle decisioni. Se si discute di scarsa democrazia nell’ambito delle istituzioni dell’Unione europea, a maggior ragione si deve ammettere che, nello scenario mondiale, di democrazia non si può proprio parlare. Ciò indebolisce in partenza qualunque tentativo di trasporre il costituzionalismo, *ut sic*, nella dimensione mondiale”. SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 4, pp. 905-919, p. 913.

¹⁸³ “Dalle considerazioni che precedono —che affrontano solo alcuni aspetti del dibattito alimentato da una sterminata letteratura— si può trarre, in una prospettiva deontologica, una prima conclusione: *per poter scorgere, nello spazio globale, forme, anche rudimentali, di costituzionalismo, è necessario abbandonare il fondamento di autorità del potere, per volgersi verso il fondamento di valore.*

A ragione è stata segnalata la ineffettività, o, nella migliore delle ipotesi, la scarsa effettività delle tutele dei diritti nel mondo globalizzato. L’unica prospettiva che si può immaginare per uno sviluppo, nell’era della globalizzazione, di qualcosa di simile al costituzionalismo classico è la prevalenza, a livello planetario, dei valori di fondo che lo caratterizzano. Un «*cosmopolitan constitutionalism*» può porre la struttura concettuale integrata di base per una teoria generale del diritto pubblico in grado di comporre il diritto nazionale e quello internazionale. In altri termini, il «costituzionalismo globale» può essere uno strumento da utilizzare per svolgere un’attività di valutazione critica sulla conformità delle presenti e future condizioni costituzionali in ambito globale rispetto ad alcuni principi di fondo, anche con riferimento a criteri deontologici destinati a diminuire lo scostamento tra teoria e prassi.

Dovrebbe prevalere la consapevolezza che la pace, la dignità umana, il pluralismo possono diventare concrete realtà, senza restare vuote proclamazioni retoriche, se si individuano i meccanismi istituzionali in grado di sorreggere la loro egemonia su scala mondiale. L’ideale verso cui tendere non può essere una unificazione culturale, premessa di un’autorità politica globale omologante, ma, al contrario, una molteplicità di luoghi delle decisioni, fondate sulla collaudata piattaforma del costituzionalismo, che richiede dialogo, collaborazione e pluralismo etico. La forza dei valori non poggia sulla costrizione delle armi o sulla potenza economica, ma sulla loro penetrazione e sedimentazione nella coscienza dei popoli. Pur consapevoli dell’inattualità di un ordine giuridico mondiale fondato sulla giustizia e sul diritto, non dobbiamo rinunciare alla tensione etica e politica verso questo *telos* assiologico. Si tratta di «un’utopia del non-ancora, un ideale la cui realizzazione impegna l’umanità reale sul piano giuridico-morale e verso il quale, per fortuna, siamo già un po’ incamminati». SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 4, pp. 905-919, pp. 918-918.

de un fenómeno nuevo, sino la reanimación de un proceso tan antiguo como el hombre mismo, que implica un cuestionamiento muy serio a las estrategias organizativas inventadas por éste durante el Renacimiento y depuradas en el espacio de algunos siglos que, comparados con la historia del ser humano y su tendencia a la expansión, en realidad no son muchos. Es la globalización la que estuvo en crisis, hasta ahora.

En cualquier caso, preguntarse si la globalización es anterior al Estado o viceversa rinde escasos frutos prácticos y depende finalmente de un discurso de referencia¹⁸⁴, aunque voces muy autorizadas reconozcan las crisis recurrentes del aparato estatal como uno de sus caracteres distintivos¹⁸⁵, e incluso como la dinámica que le ha permitido perfeccionarse a lo largo de la historia¹⁸⁶. Para los estrictos efectos de este estudio, en gracia de discusión, puede tenerse por demostrado que el Estado está en crisis, porque sus elementos

¹⁸⁴ “Discourses may seem to be merely mediums for presenting the world more or less accurately, but there is a second, not secondary task, for discourses: that is constructing the reality. In other words, discourses both describe and ascribe, present and construct the reality. This issue is important since the globalization discourse as presented tends to omit the ‘constructivist’ function of discourses. This stems both from the objectivist and foundationalist convictions of a ‘given world’ out there”. PIKALO, J. Economic Globalisation, Globalist Stories of the State, and Human Rights. En BENEDEK, W., DE FEYTER, K. y MARRELLA, F. (ed.) *Economic Globalisation and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 24.

¹⁸⁵ “Questo organismo potente, pur protetto da una grandiosa costruzione concettuale, opera principale delle culture francese e germanica, ha subito, nel corso del ventesimo secolo, ben tre crisi, tutte superate molto bene. Si scrive spesso della crisi dello Stato, al singolare. Ad essere esatti, bisogna parlare delle crisi dello Stato al plurale.

La prima crisi, del primo decennio del secolo, segnalata in Italia da giuristi come Santi Romano, Orlando, Ranelletti, più tardi Jemolo, oltre che da Gaetano Mosca, fu dovuta alla penetrazione nello Stato, a sèguito del suffragio universale, di interessi organizzati.

La seconda, degli anni successivi alla seconda guerra mondiale, fu causata dall’espansione dei compiti statali e dalla conseguente tensione tra entrate e spese. Venne chiamata crisi fiscale. Si parlò di «Government overloaded» e ci si chiese: «Can Government go bankrupt?».

La terza, degli ultimi decenni del secolo e ancora in corso, è dovuta alla formazione di poteri pubblici ultrastatali: questi, mentre condizionano gli Stati e ne diminuiscono la sovranità, permettono agli Stati di allargare la propria sfera di azione e di influenza”. CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204, p. 186.

¹⁸⁶ “La prima crisi deriva dalla frammentazione dell’unità statale, dallo sviluppo dell’associazionismo e dal pluralismo che penetra nello Stato e si contrappone ad esso. Lo Stato perde la sua sovranità interna. La seconda deriva dalla domanda sociale di servizi e dall’ampliamento dello Stato – Provvidenza o «Welfare State». Lo Stato perde la sua forza finanziaria. La terza, ancora in corso, deriva dalla perdita della sovranità esterna dello Stato, a causa della globalizzazione economica e sociale (integrazione dei mercati, permeabilità delle frontiere, spostamento a livello ultranazionale dei problemi ambientali, e così via), che richiedono la cooperazione tra gli Stati e, quindi, la rinuncia, da parte di essi, a una parte della loro autonomia di scelta.

Tutte le crisi, contrariamente all’impressione che il termine può dare, hanno rafforzato lo Stato. La prima l’ha pluralizzato, ampliandone, però, anche la sfera di attività. La seconda ha indebolito lo Stato, che deve sottomettersi al giudizio delle agenzie di «rating», che ne giudicano la solvibilità, ma ne ha complessivamente rafforzato la capacità di gestione finanziaria (anche lo Stato, come una istituzione finanziaria, deve tener conto dei mercati). La terza ne ha ridotto la sovranità, ma ne ha esteso il raggio d’azione”. CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204, pp. 186-187.

constitutivos son objeto de nuevas lecturas, propiciadas por el surgimiento de nuevos poderes y problemáticas de causas o alcances transnacionales. Si ello ha de implicar su extinción definitiva es una pregunta que no puede abordarse por ahora desde una perspectiva científica, pero las circunstancias actuales sí permiten un pronóstico en ese sentido¹⁸⁷.

Ahora bien, tras haber señalado que de globalización en general se puede hablar incluso con anterioridad al surgimiento del Estado, y una vez presentados de manera muy general los problemas que este proceso presenta en el ámbito general del derecho público, ¿qué podría afirmarse acerca de la globalización jurídica? La pregunta ya no concierne al mero desplazamiento de fronteras territoriales, culturales o económicas, sino a un cúmulo de fenómenos de diverso alcance y contenido que alteran el entendimiento tradicional del derecho, apreciado tanto en sus manifestaciones puramente normativas como en su dimensión científica. Las normas tienen una nueva naturaleza, que se puede apreciar no solo en las instituciones que las producen y que ya no hacen necesariamente parte de la estructura del poder público de países determinados, sino también en su rango de aplicación: los sujetos involucrados no son ya exclusivamente aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentran dentro de determinadas fronteras territoriales. La ciencia jurídica también tiene una nueva naturaleza, porque el molde del ordenamiento interno impuesto por el Estado nación resulta cada vez más estrecho, y porque, habida cuenta de ello, el saber jurídico requiere de una perspectiva cada vez más amplia, capaz de abarcar un objeto de estudio que ya no se limita a las fuentes del derecho nacionales. Pues bien, de globalización jurídica en ese sentido es posible hablar desde tiempos más bien recientes¹⁸⁸,

¹⁸⁷ “En realidad lo que se está produciendo es un hecho muy diferente: en un mundo globalizado y universalizado como el actual, aunque no necesariamente tenga que seguir siendo siempre así, el Estado ya no es la unidad más eficiente para la consecución de objetivos económicos, fiscales, monetarios, sociales, culturales, educativos o incluso militares. El Estado está siendo superado, en cada una de estas parcelas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales, las fuerzas de mercado, todas ellas”. CARRIÓN RODRÍGUEZ, A.J. El derecho internacional a la hora de la globalización. En OLIET PALÁ, A. (coord.) *Globalización, Estado y Democracia*. Málaga: Universidad de Málaga, 2003, p. 276.

¹⁸⁸ “La globalizzazione giuridica (cioè lo sviluppo di ordini giuridici globali, con propri enti, norme, organizzazione, regole, corti) è fenomeno recente. Fino a pochi anni fa, prevaleva nel mondo (accanto ai conflitti), il modello «club», dove le decisioni erano raggiunte attraverso negoziati diplomatici tra i membri, gli Stati. A questo fenomeno recente la scienza giuridica, superando le barriere disciplinari (quelle tra amministrativisti, costituzionalisti, internazionalisti, privatisti) e i confini nazionali, si è dedicata con grande impegno, per cui esiste ormai una letteratura vastissima su quasi ogni aspetto del fenomeno. Una letteratura che è solo in parte nelle varie lingue nazionali, perché, invece, essa è in larga misura in inglese, non potendo un fenomeno globale essere studiato e discusso esclusivamente in lingue locali. È giunto, quindi, il momento degli scritti di sintesi (...)”. CASSESE, S. A proposito di «The Law of Global Governance» di Eyal Benvenisti. *Diritto globale o «polity» globale?* En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, n. 4, pp. 911-915, p. 911.

y se trata de un fenómeno que afecta a todas las ramas del derecho. No obstante, en tanto resulta un campo de estudio de por sí vasto, para los efectos de esta investigación se aspira a estudiar la globalización jurídica en el ámbito del derecho administrativo.

II. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: ENTRE EL OXÍMORON Y LA UTOPIA

El derecho administrativo está en crisis, o cuando menos en estado de acelerada y profunda transformación. La afirmación, sin embargo, resulta algo tautológica. Al fin y al cabo, el subsistema ha estado marcado por una crisis de identidad desde su nacimiento y a lo largo de toda su historia, tan agitada como breve. No es, en suma, una afirmación novedosa. El derecho administrativo está en crisis, como lo ha estado siempre¹⁸⁹, pero ahora existen razones nuevas. Bajo esa lógica y desde una perspectiva necesariamente bidimensional — tanto dogmática como normativa— (2.1.), en este capítulo se pretende, en primer término, identificar y analizar las relaciones entre la crisis del Estado, la crisis del derecho administrativo y la globalización jurídica (2.2.), y, en segundo lugar, estudiar los procesos de regionalización a partir de algunos esquemas institucionales existentes (2.3.) y examinar la globalización en estricto sentido a la luz de los modelos teóricos que han buscado explicarla (2.4.).

¹⁸⁹ “Ciertamente, hablar de reforma y cambio en el Derecho administrativo es tan antiguo como el Derecho administrativo mismo. Con todo, hay tiempos de reforma o ruptura y tiempos de consolidación. La etapa que nos ha tocado se singulariza por cambios profundos en la sociedad y en el Estado”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-ARMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. XXII.

2.1. ACLARACIÓN PRELIMINAR: LA ANFIBOLOGÍA INHERENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA SOLUCIÓN SISTÉMICA DE EBERHARD SCHMIDT-ARSMANN

Una de las sutilezas teóricas frecuentemente soslayadas por la doctrina jurídica es la polisemia inherente en el término 'derecho': no sobra reiterar que el vocablo puede referirse tanto al ordenamiento jurídico positivo como a la ciencia que lo estudia¹⁹⁰. La ambigüedad terminológica es válida para todas las ramificaciones del derecho, y es por ende posible atribuir dos sentidos al término 'derecho administrativo': en primer lugar, en un sentido positivo o normativo, se trata de un conjunto de normas que existen al interior de ciertos ordenamientos jurídicos y que a grandes rasgos se distinguen del resto de disposiciones normativas a partir de dos características: tienen que ver con un sujeto o con una serie de actividades que pueden enmarcarse dentro del ámbito abstracto de lo administrativo y, además, prevén un tratamiento jurídico diferenciado para tal sujeto y tales actividades. En segundo lugar, en una acepción teórica o dogmática, 'derecho administrativo' es la ciencia jurídica que cumple la función de interpretar ese conjunto de normas, y que desarrolla una función orientadora o prescriptiva respecto del mismo: la ciencia jurídico-administrativa demarca el deber ser del deber ser positivo.

La anfibología del término 'derecho administrativo' es, sin duda, una filigrana teórica, pero no por ello debe desestimarse. El estudio de las normas jurídico-administrativas es distinto al estudio de la ciencia jurídico-administrativa, no solo desde el punto de vista del objeto sino también de la finalidad y el método. No obstante, la ambigüedad tiene una razón de ser: a pesar de la diferencia semántica obvia entre derecho administrativo positivo y derecho administrativo dogmático, lo cierto es que su estudio separado resulta imposible porque están inextricablemente ligados: las normas jurídico-administrativas están compuestas por conceptos que emanan del universo dogmático y, a su turno, los conceptos que la ciencia jurídico-administrativa estudia suelen estar presentes en el ordenamiento jurídico positivo. Es necesario, pues, un análisis conjunto, que también tenga en consideración a la administración pública, concebida como sujeto o como conjunto de actividades¹⁹¹.

¹⁹⁰ También puede referirse a una garantía subjetiva, pero esa acepción no produce mayores ambigüedades en el ámbito que incumbe a la presente investigación.

¹⁹¹ "Innanzitutto, è difficile distinguere il diritto amministrativo dal suo oggetto (la pubblica amministrazione) e dal modo in cui esso viene studiato (la scienza del diritto amministrativo). Tra questi elementi diversi vi sono molte relazioni reciproche. L'assetto della pubblica amministrazione influenza il diritto che la riguarda: se quella è policentrica o frammentata, il diritto avrà caratteristiche meno uniformi o unitarie. D'altro lato, le norme sono conosciute attraverso l'interpretazione, a mezzo di un ragionamento logico, e la scienza — come

El problema terminológico de la polisemia o anfibología de la disciplina ha sido abordado por el profesor Eberhard Schmidt-Aßmann, para quien la división entre lo normativo y lo dogmático no resulta en absoluto estricta. Antes de explicar de manera muy rudimentaria —casi artesanal— su comprensión sistémica o sistemática del derecho administrativo, conviene resaltar que sus aportes son importantes para la ciencia jurídico-administrativa en general, pero resultan especialmente cruciales para el tema del que se ocupa la presente investigación. Ello se debe a que la teoría del profesor alemán ofrece una carta de navegación que orienta en el maremágnum de transformaciones y reformas de las que actualmente es objeto la disciplina y que pasan por la crisis del Estado —aunque no se limiten a ella— y porque representa un esfuerzo, tan ambicioso como proficuo, por reformular los fundamentos del derecho administrativo de manera que éste pueda acomodarse mejor a la realidad actual, que es innegable e irrevocablemente global¹⁹².

La teoría sistémica de Schmidt-Aßmann se aproxima al derecho administrativo —y desata el nudo gordiano de su anfibología terminológica— a través de un esquema que lo descompone en dos partes, la general y la especial, que interactúan entre sí como sustancias en una reacción química¹⁹³. La primera sirve como punto de encuentro abstracto, denominador común y criterio ordenador de los múltiples elementos que componen la

è stato spesso osservato — riutilizza sempre una parte delle acquisizioni anteriori della stessa scienza giuridica, per cui nozioni tradizionali, elaborate dalla scienza, come quelle di ente pubblico o di concessione, fungono da selettori e da criteri ordinatori del materiale giuridico nuovo sul quale operano i giuristi.

Questa avvertenza serve a chiarire le difficoltà di concentrarsi esclusivamente sulle trasformazioni del diritto e la necessità di considerare, lateralmente, anche le trasformazioni sia della pubblica amministrazione, sia della scienza giuridica”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 477-478.

¹⁹² “(...) el valor fundamental [de la obra de Schmidt-Aßmann] radica, a nuestro juicio, en que proporciona un *mapa* en el que situar las profundas y heterogéneas reformas a las que se hallan sometidos el Estado y la Administración pública contemporáneas, así como un *método* o guía sistemáticos para reconstruir la Parte General del Derecho administrativo, reto éste, desde luego, apasionante, al que se enfrenta con no pocas contribuciones y luces”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. XVIII.

¹⁹³ “El pensamiento sistemático se nutre y descansa sobre la idea de la separación de la Parte general y de la Parte especial. Algo análogo sucede en los distintos ordenamientos nacionales. De ahí que cuando se habla de *administrative law* o de *droit administratif* se hace referencia en realidad a las respectivas Partes o Teorías generales del Derecho administrativo, mientras que cuando se quiere aludir a la Parte especial se designa el sector correspondiente (Derecho urbanístico, Derecho del medio ambiente o Derecho fiscal, por ejemplo). Si se pretendiera encerrar en un marco conceptual unitario la Parte general y especial del Derecho administrativo alemán, habría que subrayar la *recíproca interacción e interrelación* de ambas esferas. Ello significa, en suma, que no estamos ante una mera división o una fría separación de materias, sino, por el contrario, ante la manifestación de un complejo entramado interno”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 10.

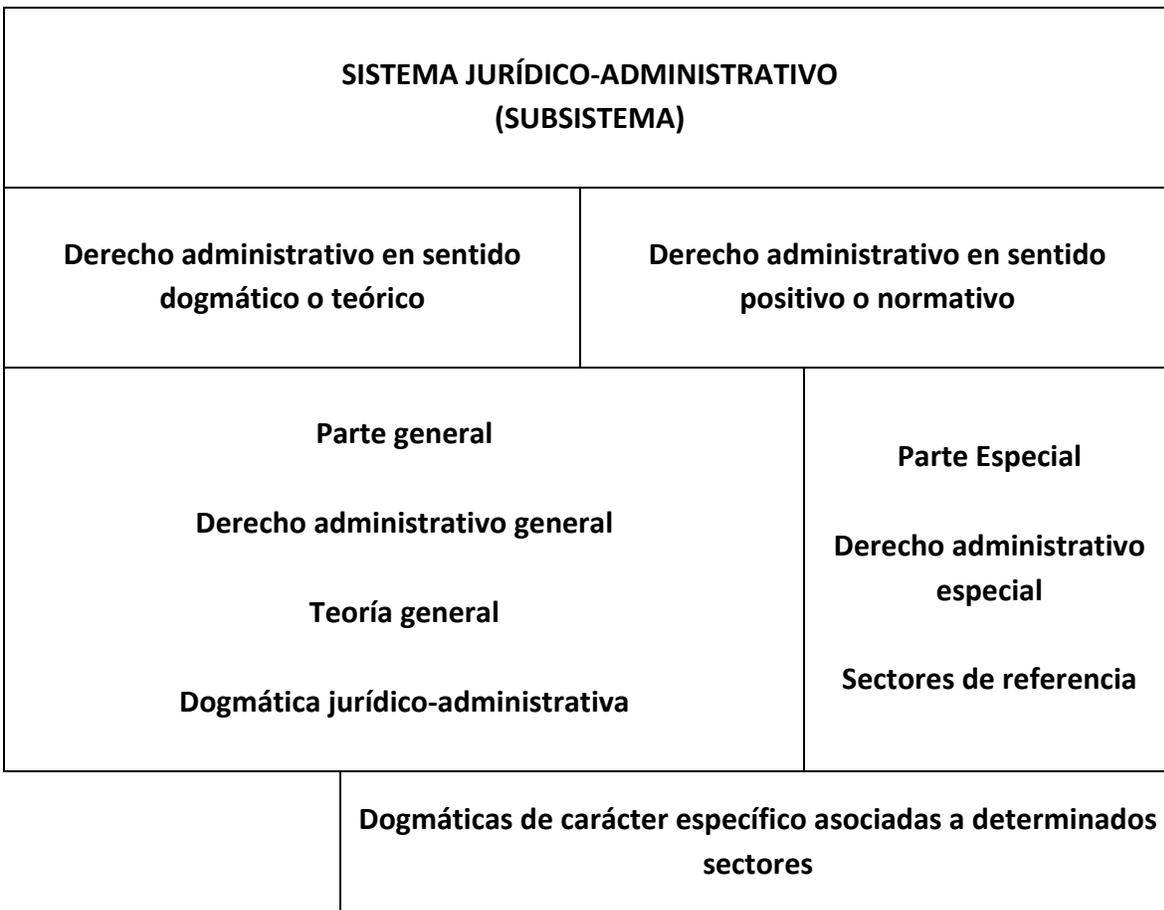
totalidad del subsistema y que, acomunados por ella, permiten un desarrollo teórico pleno y coherente que informa a la Parte especial de manera deductiva, como en los procesos de condensación de los gases¹⁹⁴. La Parte especial, en cambio, se compone de los múltiples elementos sólidos cuya sublimación nutre la Parte general de manera inductiva; tales elementos son los denominados sectores de referencia, llamados a cumplir una función crucial¹⁹⁵. Ese diálogo complejo y dinámico de deducción e inducción entre ambas partes es, precisamente, lo que permite hablar de un sistema¹⁹⁶, con la implicación natural de posibilitar una visión panorámica y omnicomprensiva de la fenomenología administrativa¹⁹⁷. Quizás sea útil recurrir a una explicación gráfica de la teoría sistémica de Schmidt-Aßmann de acuerdo con el siguiente esquema:

¹⁹⁴ “La Parte general del Derecho administrativo, su Teoría general, constituye algo más que una disciplina académica capaz de poner en relación o de dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como las categorías y formas jurídicas, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. Es una *idea ordenadora*, sobre la que luego se abundará, y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del sistema. Ello exige y presupone un vigoroso y penetrante pensamiento racionalizador y analítico, susceptible de elevarse hacia categorías más generales”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 1.

¹⁹⁵ “Para determinar en qué medida los institutos básicos y las piedras angulares del Derecho administrativo general siguen cumpliendo su función integradora o, por el contrario, se hallan urgidos a la reforma, es necesario estar a cada sector de la parte especial, esto es, a los problemas concretos, a los intereses y a los objetivos específicos que allí se suscitan. En el contexto de la fragmentación y especialización de la sociedad, la distancia y la heterogeneidad de los distintos sectores especiales del Derecho administrativo no hace sino acrecentarse, hasta el punto de que resulta difícil inducir o destilar teoría general de la casi inagotable y multiforme variedad de materiales específicos. El estudio de algunos de los nuevos sectores especiales del Derecho administrativo como bancos de prueba hará posible la *actualización* de ese común denominador que es la Parte General”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. XX.

¹⁹⁶ “La clave de bóveda de esa “idea ordenadora” consiste en la inducción de una teoría general a partir de las particularidades que presentan cada uno de los sectores del Derecho administrativo especial y en la reconducción de cada una de las piezas y soluciones singulares hacia principios generales del Derecho, entendidos ambos como procesos de interacción recíproca. Desde el punto de vista metodológico, tal idea ordenadora tiene por objeto la construcción de un sistema; se sirve a este propósito de un presupuesto o postulado sistemático”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 1-2.

¹⁹⁷ ““Sistema” y “pensamiento sistemático” son, desde luego, expresiones bien conocidas en la Ciencia del Derecho. Sus raíces o presupuestos se encuentran en las nociones de orden y de unidad, las cuales, a su vez, no son sino una consecuencia de la «tendencia generalizadora que posee la justicia». Con todo, el pensamiento sistemático de la Ciencia del Derecho no ha de estar atado a una escala rígida de valores, ni ha de convertirse tampoco en algo estático. Por el contrario, sus afirmaciones o teorías se encuentran condicionadas o dependen del progreso del conocimiento y de la pervivencia de los presupuestos o postulados sobre los que se asienta. En ese contexto, la perspectiva o visión sistemática ofrece una acertada visión de conjunto; aporta las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 2.



Como puede observarse, el subsistema es susceptible de una primera división entre derecho administrativo en sentido dogmático o teórico y derecho administrativo en sentido positivo o normativo. La Parte especial —que puede también llamarse derecho administrativo especial o sectores de referencia— está compuesta por material estrictamente normativo. A su turno, la Parte general —que también puede denominarse derecho administrativo general, teoría general o dogmática jurídico-administrativa— presenta una naturaleza anfibia porque no solo habita en el ámbito puramente normativo sino también en el doctrinario o teórico. Entre las partes general y especial existe un diálogo deductivo e inductivo constante a partir del cual ambas se enriquecen. Finalmente, ciertos sectores de referencia se caracterizan por un nivel de especificidad tan alto que pueden incluso dar origen a dogmáticas de carácter específico para sí mismos, y que se encuentran a mitad de camino entre la Teoría general y la Parte especial, a la manera de puentes, y

también entre el derecho administrativo en sentido dogmático y el derecho administrativo en sentido positivo¹⁹⁸.

Es a partir del diálogo entre teoría y ordenamiento positivo —y entre las partes general y especial— que es posible la construcción “de instituciones normativas y nexos lógicos, elaborados sobre la base del derecho positivo pero independientes de las normas singulares”¹⁹⁹, es decir, la construcción de la dogmática. Ésta constituye una especie de zona gris entre la doctrina y el ordenamiento jurídico positivo, entre el derecho administrativo en sentido teórico y el derecho administrativo en sentido normativo. La dogmática se construye a partir de la relación de intertextualidad²⁰⁰ que existe entre ambos universos, es decir, a través del constante reenvío de los contenidos discursivos presentes en uno a aquellos presentes en el otro, y viceversa.

Ahora bien, de acuerdo con el profesor alemán, aun a pesar del grado de exigencia y complejidad que una visión de tales características supone²⁰¹, es la única que puede evitar la desagregación progresiva de los elementos que componen el derecho administrativo. La

¹⁹⁸ “Sea como fuere, la división presentará no pocos poros y habrá de encontrarse con principios, teorías o construcciones, a modo de transición o de puente, dotadas de un “grado de abstracción intermedio”(…). Se trata, pues, de *dogmáticas de carácter específico y asociadas a determinados sectores*, que se hallan condicionadas, cuando no íntimamente ligadas, por los objetivos y finalidades que son propios y característicos de cada uno de los sectores especiales y que presentan además una indudable ventaja y es que ofrecen una visión panorámica más completa”. SCHMIDT-ARSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 14.

¹⁹⁹ “Il nostro tema è costituito dalla dogmatica del diritto amministrativo. Per dogmatica intendo una costruzione “di istituti normativi e nessi logici, elaborati sulla base del diritto positivo, ma indipendenti dalle singole norme”. La dogmatica del diritto amministrativo fornisce all’applicazione del diritto da parte delle amministrazioni e dei giudici una struttura solida e la razionalità necessaria allo stato di diritto”. SCHMIDT-ARSMANN, E. *La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma*. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 255. (Traducción libre).

²⁰⁰ La intertextualidad es solo uno de los tipos de transtextualidad explicados por Gérard Genette. Aunque en principio el concepto fue pensado para el estudio de escritos literarios, también resulta útil para aproximarse al derecho. Por intertextualidad Genette entiende “(...) una relación de copresencia entre dos o más textos, es decir, eidéticamente y frecuentemente, como la presencia efectiva de un texto en otro. Su forma más explícita y literal es la práctica tradicional de *la cita* (...); en una forma menos explícita y menos canónica, *el plagio* (...), que es una copia no declarada pero literal; en forma todavía menos explícita y menos literal, *la alusión*, es decir, un enunciado cuya plena comprensión supone la percepción de su relación con otro enunciado al que remite necesariamente tal o cual de sus inflexiones, no perceptible de otro modo”. GENETTE, G. *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*. Madrid: Taurus, 1989, p. 10.

²⁰¹ “La cuestión, en suma, consiste en facilitar un rico proceso dialéctico de inducción y deducción, mediante la interacción entre determinados sectores especiales y la Parte General. Esta posición metodológica resulta muy exigente para el investigador, puesto que al tiempo que se le obliga a introducirse en las profundidades del sector de que se trate, debe mantener su capacidad para la reflexión y la abstracción”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-ARSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. XXI.

construcción de un sistema pleno y coherente, a la altura de los retos actuales —entre los que se encuentran la regionalización y globalización jurídicas— solo es posible atando la periferia de la Parte especial al centro gravitacional de la Parte general, mediante la fuerza de la visión sistémica²⁰². A la luz del pensamiento de Schmidt-Aßmann, la Parte general está llamada a cumplir con cuatro funciones cruciales que vale la pena mencionar.

La primera función es de orden práctico y consiste en el auxilio a la administración, a los jueces y al legislador en sus respectivas funciones. Esa suerte de ayuda consiste en hacer las veces de acervo conceptual consolidado, que permita a los operadores administrativos, judiciales y legislativos recurrir constantemente a él en busca de soluciones teóricas a los problemas que se suscitan en la práctica²⁰³.

La segunda función de la Parte general es de índole dogmática, y se traduce en el empleo de las categorías consolidadas en la Parte general para resolver cuestiones concretas en los distintos sectores de referencia, y, correlativamente, en la actualización constante de tales categorías a partir de la naturaleza dinámica y cambiante de los casos prácticos. En otras palabras, se construye la dogmática mediante el diálogo activo y constante entre la

²⁰² “La tesis central de esta obra se puede condensar en las siguientes palabras: sólo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento. De este modo, la ciencia del Derecho administrativo podrá aportar una mayor transparencia en beneficio de la acción administrativa y suscitar entre los ciudadanos una más honda confianza, credibilidad y aceptación de la Administración pública y de su quehacer. Resulta inexcusable construir el Derecho administrativo en clave científica, pues únicamente si se concibe como una ciencia sistemática podrán darse respuesta a los graves retos que el panorama actual suscita; afrontar las oportunidades y peligros que lleva aparejado el progreso técnico y científico; inducir las nuevas formas de interacción y de reparto de responsabilidades entre el Estado y la sociedad que derivan de la privatización; resolver los problemas que entraña el recorte de los recursos financieros; o entender la europeización del Derecho, de la economía y de los procesos sociales”. SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 2-3.

²⁰³ “La teoría general del Derecho administrativo constituye una valiosa ayuda para la práctica cotidiana de la Administración y de los tribunales contencioso-administrativos, puesto que les descarga de trabajo, en la medida en que actúa como *almacén o depósito*, o, si se prefiere, como una suerte de *memoria*. Téngase en cuenta, en efecto, que tanto la Administración como los tribunales se enfrentan con frecuencia a multitud de cuestiones o asuntos que en última instancia cuentan con un igual o análogo fundamento. Es claro en ese sentido que la Parte general hace posible que puedan dictarse resoluciones en forma abstracta, o declaraciones estandarizadas. (...) También el legislador, por su parte, se sirve de esa función de carácter práctico o auxiliar que aporta el Derecho administrativo como sistema. Nótese, en efecto, que la ley se ve aligerada de contenido en la justa medida en que incorpora esos conceptos fundamentales que ha elaborado la dogmática y anuda a ellos consecuencias jurídicas”. SCHMIDT-ASSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 6-7.

memoria conservada del derecho administrativo y su mutable realidad práctica²⁰⁴. Como el mundo de las ideas en la filosofía platónica —el cielo más allá de los cielos en el que habitan los arquetipos— la Parte general del derecho administrativo hace las veces de centro en torno del cual se organiza la realidad administrativa, pero en ella nada es fijo, todo está sometido constantemente al cambio.

La tercera función que compete a la Parte general es de naturaleza política y tiene que ver con el legislador, concebido como primer ente encargado de diseñar el ordenamiento jurídico con sujeción a los postulados de plenitud y coherencia, esto es, evitando los vacíos normativos y las antinomias. Concretamente, la función política de la Parte general se traduce en servir de marco de referencia *ante litteram*, que no solo facilite la producción normativa, sino que la condicione de tal suerte que sus oscilaciones y cambios no sean bruscos ni amenacen con la estabilidad del subsistema²⁰⁵.

La cuarta y última función —llamada receptora por Schmidt-Aßmann— emana del proceso de regionalización del derecho en Europa, y reviste particular importancia para la presente investigación porque tal proceso constituye una de las manifestaciones de la globalización jurídico-administrativa. De acuerdo con el profesor alemán, la Parte general del derecho administrativo permite ordenar el proceso de recepción de la normativa emanada de la Unión Europea, porque la armonización y comparación de instituciones solo es posible desde una perspectiva sistémica²⁰⁶.

²⁰⁴ “La función dogmática consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan. Con la ayuda de los consabidos conceptos e instituciones jurídicas de la Parte general se interpretan y entienden las normas de la Parte especial. Y a la inversa: los conceptos y las categorías de la teoría general habrán de someterse a una constante revisión a resultados de la continua evolución que los sectores especiales del Derecho administrativo experimentan. En consecuencia, la dogmática supone a un tiempo la utilización del sistema establecido, de un lado, y su construcción y revisión, de otro”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 7.

²⁰⁵ “El Derecho administrativo general constituye, en tercer lugar, un instrumento al servicio de la política legislativa. El contraste o comparación de normas e instituciones jurídicas entre sí, de un lado, y el análisis de las soluciones existentes en sectores próximos o análogos, de otro, pondrán de manifiesto las contradicciones en que puedan incurrir los valores que subyacen a cada una de ellas, así como los puntos que están necesitados de un mejor tratamiento, en el seno de cada uno de los sectores del ordenamiento o en el plano de las relaciones que éstos guardan entre sí, permitiendo así un razonable progreso del Derecho”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 8.

²⁰⁶ “La cuarta función que cumple el sistema guarda relación con la *europaización* del Derecho administrativo. Se trata de una función que podríamos calificar de “receptora” en cuanto que vertebrada y articula la necesaria recepción del Derecho europeo. Piénsese, en efecto, que la armonización de los ordenamientos nacionales a la que urge el Derecho comunitario (*vid.* 1/50-67) a duras penas podría conseguirse si no es con una perspectiva sistémica. El análisis comparado de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no podría limitarse, desde luego, a la expresión o apariencia externa de una concreta institución o categoría legal, puesto

En suma, las anteriores son reflexiones relevantes para aclarar el sentido de la expresión ‘globalización del derecho administrativo’ contenida en el título de este capítulo: aquí no se trata únicamente de estudiar cómo el fenómeno globalizador ha modificado la esencia y naturaleza de cada uno de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, ni de estudiar exclusivamente cómo ha reaccionado la ciencia jurídico-administrativa de cada país a dicho fenómeno, pues esas serían tareas tan titánicas como inútiles. Se trata, por la fuerza inescindible de su vínculo, de estudiar ambos aspectos, no desde la perspectiva concreta de los ordenamientos nacionales singularmente considerados, sino desde un punto de vista global²⁰⁷.

2.2. LA CRISIS DEL ESTADO NACIÓN ES LA CRISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Queda establecido que la expresión ‘derecho administrativo’ está contaminada de cierta ambigüedad, que gracias a la teoría sistémica puede ser esclarecida mediante la diferenciación entre las partes general y especial. Queda sentado, también, que existen relaciones bidireccionales de influencia entre el derecho administrativo en sentido dogmático y el derecho administrativo en sentido normativo. Cabría agregar que entre ambos existen otros dos vínculos de diversa índole: de un lado, una relación epistemológica, pues es imposible concebir una ciencia sin objeto y, del otro, una relación histórica, pues ese conjunto de normas distintas antecede cronológicamente a la ciencia jurídica que la explica y le da fundamento. Por ende, tanto desde un punto de vista sistémico como desde las perspectivas epistemológica e histórica resulta evidente que el derecho administrativo

que cada institución posee un significado y sentido distintos en el seno de cada ordenamiento, que sólo se puede extraer desde una aproximación sistemática. (...) La aproximación y la recepción jurídicas podrán hacerse realidad en el ámbito europeo si se procede a una comparación sistemática de las funciones y estructuras en las que cada institución o técnica se inscribe. Este contraste sirve a un tiempo de base para una nueva cooperación entre los Estados miembros y el Derecho comunitario en pro de una mayor *coherencia* del Derecho que resulte comprensiva de todos los niveles: se trata, pues, del Derecho administrativo europeo entendido como función de una común construcción sistemática”. SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 9-10.

²⁰⁷ “El desafío fundamental al que ha de hacer frente la ciencia del Derecho administrativo se localiza en la Parte General, como lugar de reflexión y de recepción. Es ahí donde se produce y se gesta la revisión de los dogmas tradicionales y la construcción de nuevas categorías, a la luz, por otra parte, de la creciente necesidad de elaborar una *teoría general* del Derecho administrativo europeo. Las funciones o el objeto de esa reconstrucción pasan, en opinión del autor, por el cultivo de nuevos sectores de referencia, nuevos modelos de comunicación y nuevas estructuras administrativas”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. XXV-XXVI.

en sentido positivo o normativo precede al derecho administrativo en sentido dogmático o teórico.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el derecho administrativo no surge por generación espontánea, pues tanto el conjunto de normas distintas como la ciencia jurídica que se ocupa de estudiarlas presuponen, a su turno, la existencia de realidades conceptuales e históricas anteriores. En concreto, se hace alusión al elemento sin el cual no podría haberse generado el derecho administrativo en sentido positivo, y mucho menos en sentido dogmático: la idea de Estado²⁰⁸. Por tanto, además de las relaciones existentes entre parte general y especial del derecho administrativo, es necesario estudiar las relaciones entre éste y el Estado mismo, y las relaciones que ambos tienen con la globalización jurídica en sentido amplio.

2.2.1. LAS RELACIONES LÓGICAS E HISTÓRICAS ENTRE ESTADO NACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con la perspectiva tradicional, el derecho administrativo es, por excelencia, el derecho del Estado, y por ende está condicionado por las mismas coordenadas conceptuales e inspirado en los mismos valores, principios y reglas: el territorio, la población, la soberanía y el principio de legalidad, son condiciones de posibilidad del Estado y, en consecuencia, del derecho administrativo. La noción de un derecho administrativo que sitúe su objeto más allá de las fronteras nacionales es inconcebible desde esta perspectiva, porque la administración pública está confinada a las fronteras del Estado y es un monopolio de la nación²⁰⁹.

²⁰⁸ Aunque sin lugar a dudas la dependencia epistemológica e histórica del derecho al Estado representa una característica sobresaliente en el caso del derecho administrativo, por estar directamente relacionado con él, no debe perderse de vista que el vínculo entre ordenamiento positivo y persona pública es igualmente patente en otras ramas: “Al referirnos, en la sección 22 del capítulo IV, a las diversas acepciones de la palabra derecho, definimos el orden jurídico vigente como el conjunto de reglas imperativo-atributivas que en una época y un lugar determinados el poder público considera obligatorias. De la anterior definición se infiere que el vigente es el derecho del Estado, es decir, el conjunto de normas creadas o reconocidas por la organización política. (...)”

Pero el ordenamiento jurídico, cuyo fundamento último de validez formal reside en aquella norma [fundamental], tiene su base sociológica en una organización específica, a la que se da el nombre de Estado. El poder político mantiene y garantiza el orden jurídico, que de este modo se transforma en derecho positivo. Por ello se ha escrito que el Estado es la fuente formal de validez de todo el derecho, pues sus órganos son quienes lo crean —a través de la función legislativa— o le imprimen tal carácter —por la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos—. GARCÍA MAYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2002, pp. 97-98.

²⁰⁹ “Historically, administrative law has sprung from national states. Public administrations belong to a national community, and they depend structurally on national, or state, governments. Because of the principle

Tal como el Estado, el derecho administrativo es completamente dependiente de la territorialidad en su versión clásica: el territorio demarca las coordenadas en las que la administración existe y desenvuelve sus actividades y actuaciones, y en las que la ciencia jurídico-administrativa halla su objeto de estudio. La visión ortodoxa depende también del dato poblacional, pues en línea de principio el derecho administrativo no tendría por qué ser relevante para sujetos que no hagan parte de su dimensión demográfica. Finalmente, el derecho administrativo tradicional depende de la soberanía, porque es a la larga el poder de cada Estado en particular el que es objeto de regulación de su respectivo derecho administrativo positivo, y objeto de estudio de su correspondiente disciplina científica.

En segundo lugar, tanto el Estado como el derecho administrativo encuentran en el principio de legalidad una de sus condiciones de posibilidad más evidentes. Desde una lógica liberal, aún vigente, el Estado es tal únicamente en la medida en que su poder está sometido al imperio de las normas jurídicas. Por su parte, es imposible pensar que puede existir un *corpus* normativo que discipline los actos de la administración sin que exista antes el pilar teórico del principio de legalidad. En otras palabras, la existencia misma del derecho administrativo es, en esencia, principio de legalidad, sujeción del poder a límites normativos, condicionamiento previo de la actividad y la actuación de la administración pública de acuerdo con reglas positivas.

Ahora bien, si el territorio, la población, la soberanía y el principio de legalidad son presupuestos del Estado y del derecho administrativo positivo, se deduce *ex hypothesi* que la dogmática jurídico-administrativa comparte las mismas condiciones de posibilidad. Ello permite completar el retrato teórico que quiere aquí dibujarse: el subsistema de derecho administrativo, en todas sus acepciones y de acuerdo con una visión ortodoxa, presupone la existencia del Estado, su relación con él es de dependencia lógica e histórica, y podría

of legality, these administrations are subjected to laws and regulated by them. Administrative law is thus fundamentally state law.

History thus suggests the impossibility of international administrative law, because public administrations are exclusively national phenomena. And history suggests the impossibility of global governance of national administrative laws, because only within the state can there be an administration that enjoys a monopoly of executive power, and only within the state can there be the authority versus liberty dialectic that characterizes administrative law. A global system governing national administrative law cannot exist, in short, because administrative governance finds its source exclusively in national law. As Otto Mayer, one of the founders of German administrative law, observed, the national public power is the lord in its own domain, to the exclusion of all others; therefore, the action of a foreign power on the territory of a foreign state can be considered valid only in exceptional situations. If international obligations exist, they must pass through the filters of national law, which transform them into national rules". CASSESE, S. Global Standards for National Administrative Procedure. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 112.

entonces describírselo como una suerte de apéndice del Estado: lo que le ocurra a éste tendrá por fuerza que ocurrirle a aquél, o cuando menos influenciarlo intensamente.

La globalización, concebida en todos sus sentidos posibles, entra en conflicto con la concepción tradicional del Estado y, por ende, con el derecho administrativo mismo, porque desdibuja las construcciones tradicionales del territorio, la población, la soberanía y el principio de legalidad, entre otras. La existencia del derecho administrativo en sentido tanto positivo como dogmático y el presupuesto lógico e histórico del principio de legalidad encuentra un denominador común en la idea de Estado nación.

Es en el Estado nación donde puede surgir derecho administrativo en sentido positivo, porque es allí donde existe una institucionalidad unitaria e independiente que puede ser sometida a un conjunto de normas diferenciadas; es en el Estado nación donde puede surgir derecho administrativo en sentido dogmático porque solo en tal contexto puede florecer su objeto de estudio. El Estado nación es el único marco posible del principio de legalidad, porque solo allí donde exista un sujeto autónomo depositario del poder podrá haber sometimiento de dicho poder al imperio de la ley.

Si la globalización es precisamente aquel proceso pluridimensional que tiende a borrar las fronteras y que va en la vía de un mundo cada vez menos fragmentado, en el que se privilegian los intercambios de toda especie y en donde las identidades se disuelven, donde es justamente el concepto y la realidad del Estado nación lo que se pone en entredicho²¹⁰, entonces resulta obvio que la relación entre el derecho administrativo y el proceso de globalización es de naturaleza dialéctica, y que a pesar de tener una filiación estrechamente emparentada con el Estado, hoy el derecho administrativo se expande más allá de las fronteras nacionales y se universaliza o, en palabras más precisas, se globaliza²¹¹.

²¹⁰ “En la actualidad asistimos a un desfase entre la globalización, entendida como interdependencia social, económica, medioambiental e informativa, y las instituciones públicas estatales; entre las respuestas tradicionales del Derecho público (internacional, constitucional, administrativo, financiero) y una realidad que se mueve más allá de esos canales”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 305-306.

²¹¹ “Il diritto amministrativo è nato come involucro statale (...). Inizialmente, era inconcepibile una sua diffusione fuori dello Stato. Degli istituti del diritto civile si ammetteva la trasferibilità, non di quelli del diritto amministrativo.

Dopo due secoli di storia, invece, uno degli aspetti più importanti del nostro diritto è costituito dalla sua forza espansiva: suoi istituti si trovano applicati in ambiti non statali. Il diritto amministrativo, una volta proprio della zona chiusa nelle mura dello Stato, si applica ora anche tra gli Stati e al di là degli Stati. È un vero diritto dell'umanità.

Questo processo va di pari con la perdita di centralità dello Stato, con lo sviluppo di forme di statalità aperta (...) e con il progresso della globalizzazione giuridica (grazie alla quale gli Stati hanno ceduto quote di sovranità a istituzioni regionali e globali, ma hanno acquisito allo stesso tempo nuovi campi per promuovere la

2.2.2. ACCESORIUM SEQUITUR PRINCIPALE

Queda claro entonces que una consecuencia de la crisis del Estado, demostrada en el primer capítulo, es la crisis del derecho administrativo, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal²¹². Es necesario entonces definir exactamente cómo se han disociado progresivamente el Estado y el derecho administrativo. Ya no resulta inconcebible la noción de un sistema administrativo global, porque el fenómeno administrativo se ha expandido más allá de los territorios nacionales, manifestándose en el surgimiento de sujetos e instituciones cuya naturaleza es eminentemente administrativa, sin estar necesariamente anclados al Estado. Además de ello, se asiste al surgimiento de una plétora de sistemas de regulación que no tienen por fuente organismos estatales sino transnacionales, y que tienen el poder de disciplinar la conducta de los Estados y los particulares²¹³.

En otras palabras, si el Estado nación está en crisis por el advenimiento del fenómeno globalizador —aunque aquí prefiere hablarse de reactivación²¹⁴— se sigue de manera

competizione tra nazioni)”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 540-541.

²¹² “Se ha señalado que una de las características que se reconocen al derecho administrativo como disciplina jurídica es la de responder al papel que se atribuye al Estado frente a la sociedad, de manera que si ese rol cambia, también lo hacen los contenidos de aquel. En ese orden de ideas, el modelo de Estado determina el objeto del derecho administrativo”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 62.

²¹³ “Two developments have called this traditional perspective into question. The first is the rise of an international administrative law tied to global administrations rather than to the state. The second is the rise of global rules declared by treaties or international organizations, but addressed to states and private actors. These international norms penetrate domestic legal systems, thus having an effect on national administrative laws”. CASSESE, S. *Global Standards for National Administrative Procedure*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 113.

²¹⁴ “Lo Stato non è più il protagonista assoluto della scena giuridica. Già Giuseppe Capograssi, nel 1918, indicava lo Stato come un «povero gigante scoronato» e Santi Romano, nello stesso anno, scriveva della pluralità degli ordinamenti giuridici e dell’infondatezza della dottrina che riduce ogni diritto a quello statale”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 31.

“La mundialización no es un fenómeno radicalmente nuevo (...). A partir de la Antigüedad, la dominación de Atenas y luego de Roma sobre la cuenca mediterránea y más aún: la constitución de grandes imperios son una prefiguración. Durante el Medioevo se mantendrán flujos de intercambios, a pesar del sistema feudal, a partir de los grandes puertos y de las ciudades. Después del descubrimiento de América, España construirá un inmenso imperio, de Amberes a Manila: un verdadero mercado mundial, que integra recursos venidos de distintos continentes, se constituye antes de que la construcción de los estados-nación bloquee su desarrollo. En el siglo XIX aún, la formidable extensión del comercio internacional, vinculada a la revolución industrial y al desarrollo de los transportes, coloca a Europa en el centro de los intercambios mundiales; la Primera Guerra Mundial, luego la crisis de los años treinta y la Segunda Guerra Mundial implicarán, sin embargo, la dislocación de la economía internacional. Será necesario entonces esperar la posguerra para que el proceso sea reactivado”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 47.

automática que el derecho administrativo también está en crisis. La noción de soberanía nacional fue el molde a partir del cual se formaron los varios ordenamientos jurídico-administrativos y la ciencia administrativa moderna, pero si dicho concepto ha sido destronado como consecuencia de la pérdida de protagonismo estatal, arrastrando consigo la territorialidad y la población, resulta obvio que la disciplina debe separarse del estrecho nexo que la ata al Estado y que éste ya no debe considerarse el actor único —y tampoco el principal— del fenómeno jurídico-administrativo²¹⁵.

Ahora bien, es necesario precisar que los cambios en el derecho administrativo no incumben únicamente a su manifestación positiva, sino también y ante todo a su dimensión dogmática. La realidad empírica de su transformación normativa es menos representativa de la crisis que la discordancia entre dicha transformación y la disciplina jurídico-administrativa encargada de explicarla y justificarla. Que la crisis afecta más al ámbito dogmático que al sustrato puramente normativo no es un dato nuevo —ya voces autorizadas como la de Sabino Cassese lo han afirmado²¹⁶— pero ello no debería constituirse en obstáculo para reconocer que también el derecho administrativo positivo está en transformación y que, de hecho, es precisamente por ello que la dogmática está en crisis. Por ende, so pena de caer en reduccionismo, es necesario estudiar ambas caras del fenómeno.

²¹⁵ “Il diritto amministrativo, nel suo aspetto attuale, è senza dubbio forgiato dai presupposti della sovranità riferibili allo Stato-nazione — certamente, da sempre, con significative differenze, più nella teoria che nella prassi, tra gli Stati organizzati secondo il modello centrale e quelli organizzati secondo quello federale. Il concetto tradizionale si basava sui classici fondamenti della sovranità esterna ed interna dello Stato, nonché sulla “impermeabilità, libertà decisionale e attuazione gerarchica della legge parlamentare”. Poiché oggi gli attributi della statualità, almeno in Europa, risultano più rarefatti, è necessario pensare al diritto amministrativo “oltre lo Stato” in un modo radicalmente nuovo? — Pensarlo cioè in un modo tale per cui lo Stato non rappresenti più il principale soggetto attivo, ma nel quale esso condivide le sue funzioni con una molteplicità di attori diversi? La ricerca a proposito della *governance* suggerisce molte argomentazioni in tal senso. Il suo potenziale di analisi deve essere utilizzato”. SCHMIDT-ARMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 285.

²¹⁶ “A causa di tanti cambiamenti, il diritto amministrativo è in crisi? A questa domanda può risponderci, sinteticamente, che, se crisi c’è, essa riguarda più l’aggettivo che il sostantivo, perché il diritto circonda sempre più l’amministrazione, è in pieno sviluppo. E può aggiungersi che, se crisi c’è, è meno crisi degli ordinamenti che crisi intellettuale, della capacità di analisi di una scienza giuridica abituata da troppo tempo a una storia fredda, senza cambiamenti, che consentiva di procedere per accumulazione e perfezionamento di tecniche”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 475.

Los caracteres tradicionales de la disciplina, que cierta doctrina aún repite como mantras²¹⁷, en la realidad ya no tienen la misma validez que tenían a finales del siglo XIX²¹⁸ y, en ocasiones, la han perdido por completo: como consecuencia de la crisis de territorialidad, el derecho administrativo ya no está estrictamente ligado al Estado; las concepciones de la administración como leviatán arbitrario y de la prerrogativa pública como poderío inexpugnable dan paso a un mayor equilibrio en la relación entre Estado y administrado, y a un enriquecimiento del principio de legalidad por virtud de la multiplicación de fuentes normativas que someten a la administración; la sustantividad propia de la disciplina se atempera como consecuencia natural del influjo del derecho privado en el derecho administrativo; la disciplina se despolitiza cada vez más dada la creciente tecnificación administrativa y el distanciamiento respecto de lo gubernativo; y, finalmente, el juez administrativo adquiere mayores poderes sobre las actividades y actuaciones de la administración, y su especialidad jurisdiccional se pone en entredicho²¹⁹.

²¹⁷ “El trabajo de Schmidt-Aßmann pretende compensar el déficit de contexto y sistema que afecta a no pocas obras jurídicas especializadas, en exceso descriptivas o apegadas a un concreto sector, faltas de inducción y deducción, y, en suma, de interacción con la teoría general (...). No faltan tampoco en nuestro tiempo monografías, artículos o comentarios con una clara pretensión práctica o profesional, antes que científica, y que, por ello, se limitan a levantar acta del régimen jurídico de tantas instituciones, sin cuestionar el método jurídico en relación con ese concreto ámbito de la realidad o la recíproca influencia del tema con la Parte General”. BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-AßMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. XXII.

²¹⁸ “Quali caratteri aveva il diritto amministrativo verso la fine del XIX secolo?

Il primo carattere era quello della *nazionalità*. Il diritto amministrativo aveva un forte legame con lo Stato e questo con il territorio, inteso come spazio dell'identità per cui vi era interpretazione tra forza e territorio. (...) Secondo: (...) Dalla necessaria superiorità dell'interesse pubblico e dalla forza vincolante della decisione amministrativa è agevole il passaggio alla nozione di supremazia della pubblica amministrazione. (...)

Dunque, nella seconda caratteristica originaria del diritto amministrativo sono legati insieme supremazia dell'amministrazione, principio di legalità, potere discrezionale.

Il terzo dei caratteri originari del diritto amministrativo è racchiuso nell'espressione «régime administratif». Questo comprende le «prérogatives de l'administration» (...), quale la disponibilità di funzioni dette di polizia o autoritative, che autorizzano i poteri amministrativi a penetrare nella sfera dei diritti dei privati senza il «privilège du préalable» o esecutorietà. (...)

In quarto luogo, il diritto amministrativo era diritto eminentemente governativo. L'amministrazione, parte dell'esecutivo, ne condivideva tutti i tratti essenziali (unitarietà, accentramento, uniformità). (...)

In quinto luogo, alla specialità del diritto si accompagnava la specialità del suo giudice, fondata sulla separazione tra materia amministrativa e materia giudiziaria, tra potere esecutivo e potere giudiziario, tra amministrazione e giustizia”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 481-483.

²¹⁹ “Passo alla situazione odierna, esaminando, una per una le trasformazioni subite dai cinque elementi originari.

In primo luogo, lo Stato non è più l'unica cerniera del diritto amministrativo. Si registra una crisi della territorialità dello Stato e, corrispondentemente, un'europeizzazione e internazionalizzazione del diritto amministrativo. (...)

In conclusione, il diritto amministrativo, prima legato a ciascuno Stato, è oggi legato a una pluralità di ordinamenti giuridici e di diritti.

Lo anterior permite afirmar que las transformaciones del derecho administrativo de cara a la globalización jurídica no se verifican exclusivamente en lo que atañe a su distanciamiento respecto del Estado en su faceta ejecutiva, pues ése sería solo uno de los anclajes tradicionales de los que se desembaraza, y que habría que añadir dos elementos adicionales para no caer en ese reduccionismo: de un lado, su nexos con la ley, llamada a proteger al ciudadano y a dirigir la actividad administrativa, y, del otro, su relación de sumisión al

In *secondo* luogo, la supremazia del diritto amministrativo viene erosa. Dapprima essa cessa di essere un attributo permanente dell'amministrazione e del diritto amministrativo e diviene un privilegio che deve essere concesso volta per volta dalla legge. Poi, alla supremazia e all'unilateralità si sostituiscono il consenso e la bilateralità. Infine, il cittadino non è più posto in una situazione di subordinazione (...).

(...) al principio di legalità si aggiunge la «regola di diritto» per cui l'amministrazione viene sottoposta a più livelli normativi (europeo, costituzionale, nazionale) e il diritto penetra più profondamente nell'amministrazione. (...)

In *terzo* luogo, entra in crisi la differenza tra diritto amministrativo e diritto comune, perché il diritto amministrativo si sviluppa, ma in forme privatistiche. (...)

Il risultato di queste forze non agisce, però, nel senso della semplice sostituzione del diritto privato al diritto amministrativo.

In *primo* luogo, il diritto privato diviene prevalente come forma, non come sostanza: l'area del diritto amministrativo diminuisce a favore del diritto privato nel senso che figure giuridiche, situazioni giuridiche, atti, hanno la forma del diritto privato, ma sono dominati dal soggetto pubblico e, quindi, dalla volontà pubblica.

In *secondo* luogo, la diffusione di forme di collaborazione, cooperazione, consenso tra autorità pubbliche e privati non rende, tuttavia, le posizioni del soggetto pubblico e di quello privato più simmetriche, per cui si ripresenta il problema, noto al diritto privato, della convivenza di posizioni differenziate in rapporti formalmente paritari. (...)

In *quarto* luogo, si registra un'eclissi del governo dal diritto amministrativo. Questo era, in passato, dominato dai governi nazionali. Ora il diritto amministrativo diviene meno governativo per l'influenza che vi esercita la Commissione dell'Unione europea, per la separazione tra politica e amministrazione prodotta dall'esigenza di imparzialità e dall'ampliamento dei poteri pubblici, e per lo sviluppo delle autorità indipendenti al centro e dei poteri rappresentativi locali in periferia. (...)

In *quinto* luogo, le amministrazioni pubbliche sono sottoposte interamente al giudice e questo diviene sempre meno speciale". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 484-488.

control del juez²²⁰, que condicionó históricamente el surgimiento y desarrollo —a todas luces pretoriano— del derecho administrativo²²¹.

El primer anclaje se desdibuja porque el Estado ya no representa un centro, en la medida en que existen ahora instituciones multilaterales, internacionales y supranacionales, que absorben progresivamente funciones tradicionalmente estatales, y porque el Estado ya no constituye una unidad monolítica, en el sentido de que la estructura piramidal y arborescente sujeta a reglas estrictas de jerarquía cede paso a dinámicas rizomáticas propias de una red²²².

²²⁰ “Il punto di partenza del diritto amministrativo è semplice: il diritto amministrativo nasce ancorato allo Stato, alla legge e ai giudici. Il diritto amministrativo è diritto statale, è manifestazione di potere vincolata alla legge ed, infine, è sottoposto al controllo dei giudici.

(...)

Il diritto amministrativo è ancorato allo Stato, in quanto diritto prodotto e usato da uno dei tre poteri dello Stato, ovvero il potere esecutivo. (...)

Il secondo ancoraggio — quello del diritto amministrativo alla legge — ha due diversi significati. La legge svolge un primo compito, che è quello di proteggere i cittadini nei confronti dell’amministrazione. (...)

Il secondo compito della legge è quello di dirigere la pubblica amministrazione. Qui la legge non è tanto lo strumento di protezione dei cittadini nei confronti dell’amministrazione — e cioè lo strumento per controllare la sua discrezionalità — quanto, invece, lo strumento per guidare l’amministrazione. (...)

Il terzo ancoraggio — quello del diritto amministrativo ai giudici — ha anch’esso un duplice significato, di strumento di protezione dei cittadini e di strumento di guida all’amministrazione. Il potere amministrativo è sottoposto al controllo dei giudici; quando non lo è, si trasforma in arbitrio”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 465-467.

²²¹ “L’ancoraggio del diritto amministrativo al giudice è così forte che il diritto amministrativo si è sviluppato nel corso dell’Ottocento — secondo l’espressione di un noto amministrativista francese — “sulle ginocchia del Consiglio di Stato”. D’altra parte, i primi studiosi del diritto amministrativo — com’è noto — erano consiglieri di Stato e, nello stesso tempo, professori universitari e autori delle prime trattazioni di diritto amministrativo”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 467-468.

²²² “[L’ancoraggio del diritto amministrativo allo Stato] si attenua a causa della crisi di tutti e due i paradigmi su cui basava la teoria dello Stato applicata al diritto amministrativo, e cioè dello Stato come centro e dello Stato come unità.

a) Il concetto dello Stato come centro è posto in dubbio da due fenomeni che, in misura diversa, rompono le barriere nazionali. Il primo è quello rappresentato dalla istituzione di organismi multilaterali e internazionali che controllano settori di attività che prima erano di esclusivo dominio dello Stato (...)

Il secondo fenomeno che pone in dubbio il concetto dello Stato come centro è rappresentato dalla formazione di organismi sovranazionali. (...)

Quindi, questi organismi, da un lato, superano lo Stato; dall’altro, si sviluppano sulla base di un principio opposto a quello dello Stato, e cioè non su principio della specializzazione dei poteri, ma su quello dei poteri condivisi.

b) Quanto osservato permette di comprendere la seconda tendenza sopraindicata, vale a dire la tendenza dello Stato a perdere le caratteristiche di unità proprie della struttura originaria, organizzata in modo gerarchico, o ad ordinamento compatto. Si assiste, infatti, ad una sorta di disaggregazione o perdita di coerenza e unità, in quanto i poteri pubblici statali tendono ad organizzarsi sempre più “a rete”. Gli Stati diventano “porosi”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 468-471.

Por su parte, el anclaje del derecho administrativo a la ley se enerva porque la concepción de la legalidad ha mutado, demostrándose insuficiente la noción estricta —casi teológica— de la ley como emanación inmanente del espíritu parlamentario, agregándose a ésta toda una constelación normativa que proviene de fuentes regionales y globales, por un lado, y la creciente importancia de los pronunciamientos judiciales como demarcadores de legalidad, derivada de la influencia del sistema de precedente propio del *common law* en la tradición continental, por el otro²²³.

Este último aspecto conduce, finalmente, al tercer y último anclaje del derecho administrativo en estado de mutación, a saber, la intensificación del control jurisdiccional de la administración pública, que ha llegado a hacer de aquello que en línea de principio debería ser excepcional —la activación del espacio contencioso administrativo— una prolongación *de facto* del procedimiento administrativo²²⁴.

El derecho administrativo se modifica como consecuencia de la transformación del marco de legalidad que lo condiciona y que pierde progresivamente su vínculo con el Estado y con la ley en sentido estricto, pero se vincula con distintos órdenes regulatorios y con un nuevo poder judicial: la expresión ‘juez administrativo’ ya no denota únicamente una especialidad jurisdiccional, sino además una absorción de funciones respecto de la administración. Los jueces ya no solo juzgan, ahora materialmente administran, y son administrativos también en cuanto administradores²²⁵; el principio clásico según el cual *juger l’administration, c’est encore administrer* nunca había sido tan real.

²²³ “[L’ancoraggio del diritto amministrativo alla legge] comprende tre diversi aspetti. Il primo è quello della crisi della legge e della concezione onnicomprensiva, rousseauiana, del Parlamento. (...) Ne consegue che non vi è solo la legittimità tradizionale dell’amministrazione, ma una legittimità ulteriore, superiore alla stessa legge.

Il secondo aspetto è quello della legittimità intesa come mero ossequio della legge. (...) la legge non è sufficiente; oltre la legge esistono principi che i giudici stessi vanno creando, tant’è che la dottrina francese non parla più di principio di legalità, ma di *règle de droit*.

Il terzo aspetto discende da quanto detto in precedenza: non esiste una legittimità soltanto statale, ma anche una legittimità superiore, derivante dalle norme dell’Unione europea. Le amministrazioni pubbliche debbono rispettare non solo la prima, ma anche la seconda. Il diritto comunitario, a sua volta, è in parte creato dall’Unione, in parte costituito da principi comuni degli ordinamenti giuridici dell’area europea e riconosciuti nell’ordinamento europeo”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 471-472.

²²⁴ “Il terzo mutamento è quello relativo all’ancoraggio del diritto amministrativo al giudice. A tal riguardo, il cambiamento fondamentale degli ultimi anni è questo: gli interventi sporadici dei giudici sulla pubblica amministrazione sono diventati interventi diffusi. Ciò significa che ogni procedimento amministrativo rilevante continua e si conclude in un processo amministrativo, sotto il controllo del giudice”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 473.

²²⁵ “Tre le conclusioni di questa analisi. Prima: il diritto amministrativo è sempre meno statale, ma non per questo svincolato dal diritto. Anzi, esso risulta legato ad una pluralità di diritti e di ordinamenti. Seconda: il diritto amministrativo è sempre più sottoposto a decisioni giudiziarie, con la conseguenza che, oggi,

Todo ello incumbe a los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, pero con su mutación no se agota la crisis. Además de las transformaciones que tienen lugar dentro de las fronteras, existe un fenómeno que ocurre más allá de ellas y que es acaso más importante, o que cuando menos genera todavía más perplejidades: el surgimiento de un derecho administrativo ultra-estatal, que regula la conducta de nuevos organismos completa o parcialmente desligados de los Estados y que desarrollan actividades típicamente administrativas, llegando a condicionar y eclipsar las administraciones nacionales. Ello se debe a que, a pesar de gestarse por fuera de la matriz nacional, este nuevo derecho administrativo no es enteramente separable de ella, en la medida en que opera también a través de las institucionalidades propias de cada Estado²²⁶.

Además de las transformaciones domésticas singulares del derecho administrativo y del surgimiento de un derecho administrativo más allá de las fronteras, se asiste a otro fenómeno de interés que, evidentemente, guarda una estrechísima relación con los anteriores: la progresiva convergencia de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales a partir del diálogo incrementado entre realidades normativas diversas. Ello ha permitido la lenta creación de un núcleo de instituciones comunes a todos —o a varios—

amministrare e giudicare tendono a diventare una cosa sola. Terza: l'irruzione di nuovi vincoli (costituzionali e comunitari) e la guida dell'amministrazione assunta dai giudici riducono lo spazio della gestione amministrativa, proprio quando di essa c'è più bisogno". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 474-475.

²²⁶ "Si assiste al «dilatarsi a tutta la scena del mondo delle 'relazioni continue' prima tipico degli Stati europei». Stato e diritto amministrativo si presentano (in parte) dissociati. Il secondo ha perduto il suo esclusivo ancoraggio statale. Si è sviluppato un diritto amministrativo oltre lo Stato. Quest'ultimo diritto amministrativo si presenta in forme diverse da quelli nazionali.

(...) il diritto amministrativo ultrastatale presenta caratteri diversi, peculiarità ignote ai diritti amministrativi nazionali. In esso sono presenti apparati amministrativi, che producono regole d'azione e svolgono attività esecutiva. Le dimensioni degli apparati e la quantità di norme e di decisioni amministrative da questi prodotte fa passare in secondo piano le norme pattizie (i trattati) che stanno alla base del diritto amministrativo globale. Il diritto amministrativo fa premio su diritto internazionale.

Ma il diritto amministrativo ultrastatale opera anche in altri tre modi: dando forza esecutive a regole disposte da altri apparati (...); stabilendo criteri per l'azione di altre amministrazioni, quelle domestiche, chiamate ad eseguire secondo *standards* globali (...) e, infine, obbligando o incentivando gli ordinamenti nazionali ad aprirsi reciprocamente e a stabilire legami tra di loro (...)

Inoltre, il diritto amministrativo ultrastatale non si sviluppa solo per influenza dall'alto, bensì anche per l'azione di autorità domestiche che si uniscono in rete e, così facendo, costituiscono corpi propri di norme, sottraendosi a quelle statali (...). Insomma, la complessità dei diritti amministrativi, divenuti «ordini plurali», dei quali l'essenza non si manifesta nelle cose in sé, ma nelle loro relazioni, diventa molto maggiore, sia per la sovrapposizione di più livelli, sia per le relazioni verticali che si intrecciano, partendo dall'alto e dal basso, sia, infine, per i rapporti che si stabiliscono orizzontalmente o diagonalmente.

Sarebbe sbagliato ritenere che il diritto amministrativo globale sia composto soltanto dalla sfera (o livello) di norme ed organismi superiore agli Stati. Questa interagisce con la sfera (o il livello) inferiore, la influenza, o la lascia libera, salvo riagguantare il comando in casi eccezionali". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 495-497.

Estados²²⁷, algo así como una *lex administrativa*²²⁸, una comunidad de principios que tienden a la homogeneidad entre sistemas²²⁹. En este panorama, el derecho comparado ya no puede ser tildado de mero capricho de la erudición y su aplicabilidad extravasa de sobra el reducido ámbito de los trasplantes jurídicos del pasado: es ahora necesario para comprender y disciplinar los procesos de armonización normativa, cada vez más frecuentes y complejos²³⁰.

Todos los fenómenos descritos desmienten el discurso que denuncia 'el fin del derecho administrativo' y corroboran aquel que anuncia un 'nuevo derecho administrativo'²³¹. Lo

²²⁷ "Favorita dallo sviluppo degli aspetti amministrativi della globalizzazione di cui si è parlato, si registra una convergenza tra diritti amministrativi nazionali. Prima questa non c'era ed era persino ritenuta impossibile, a causa dell'ancoraggio statale. Ciascun diritto amministrativo era considerato figlio della sua propria storia nazionale e del suo proprio diritto positivo. (...)

Tutt'altra la situazione attuale. C'è, ormai, un corpo di istituti comuni a tutti gli ordinamenti sviluppati: autorità indipendenti, regolazione, privatizzazioni, partecipazione del privato al procedimento amministrativo, motivazione del provvedimento amministrativo, tutela giurisdizionale del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Dunque, i diritti amministrativi nazionali imitano i modelli stranieri e tendono, complessivamente, a convergere verso modelli giuridici comuni". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 498.

²²⁸ El crédito de la analogía con la *lex mercatoria* corresponde a ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.

"Por estas características, el derecho de la globalización parece ser una versión moderna de la *lex mercatoria*, que, forjada por iniciativa de los negociantes al final de la Edad Media frente al progreso de los intercambios, se había olvidado progresivamente, sin desaparecer completamente, ante la instauración de los derechos estatales". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 217.

²²⁹ "La globalización se identifica, en general, por presentar ciertas características que llevan a los diferentes Estados a implementar cambios para actuar con una cierta homogeneidad, de manera que aquellas resultan tomando la forma de directrices a partir de las cuales es posible establecer tendencias provenientes de la influencia del fenómeno de la globalización.

De tal dictado no escapa el derecho administrativo, el cual, por responder al papel que en cada época se le asigna al Estado, se ve permeado por esas influencias y acomoda sus contenidos de conformidad con ellas". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 47.

²³⁰ "Como colofón, la globalización también ejerce su influencia sobre las relaciones entre Derechos públicos nacionales, mediante mecanismos, como antes reseñamos, de permeabilización, competencia y armonización. En este punto, el Derecho comparado se ve atribuido de una nueva función, ya no de erudición, sino de respuesta a necesidades concretas e inmediatas en un contexto de competencia e influencia mutuas entre sistemas jurídicos, con un papel preeminente en materia económica del análisis económico del Derecho. Además, es necesario dar respuesta a problemas de situaciones de transnacionalidad y extraterritorialidad, determinación del Derecho aplicable, del juez competente: todo ello lleva a pensar en la construcción, con la ayuda del Derecho internacional público y privado, de un Derecho administrativo transnacional, ante la ruptura de la regla tradicional de exclusividad del Derecho público, según la cual el Derecho público nacional es el único que puede aplicarse sobre el territorio nacional". GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 319.

²³¹ "The literature of the last ten years contains numerous references to two opposite trends: on one hand, "the end of administrative law," on the other, the "new administrative law."

mismo puede decirse acerca del Estado: la narrativa de acuerdo con la cual su crisis significa su fin pierde todo sustento si se tiene en cuenta la resiliencia con la que ha afrontado los cambios sufridos. En suma, que se acoja una u otra versión del fenómeno depende de la rigidez conceptual del intérprete: si las nociones de derecho administrativo y de Estado que se acogen son estáticas, es evidente que ambos han llegado a su fin, porque su configuración ortodoxa simplemente ya no es vigente de cara a la realidad global; en cambio, si ambos conceptos se conciben desde una perspectiva dinámica, no es necesario hablar de un fin sino, por el contrario, de una dificultosa adaptación —de un *reshaping*²³²— que obviamente tiene que ver con la globalización, la constitucionalización, la privatización y los nuevos roles del Estado, pero que no se puede reducir solo a tales fenómenos²³³.

According to the first body of literature, which is mainly of French and Belgian origins, administrative law has lost its peculiarities (thus giving rise to the increasing difficulty in defining its status and scope); it has become a hybrid, has been destabilized and destructured, and is now in ruins. This situation is—according to this narrative—the product of various, conflicting causes: globalization, constitutionalization, destatization, privatization, decentralization. As a result of the pressures stemming from these diverse trends, administrative law is slowly losing its *raison d'être*—its center: the state.

On the contrary, according to the second point of view, held mainly by German observers, a new administrative law is developing, due to a process of change, modernization, and reform. This new, or postmodern, administrative law is more open than the old administrative law, and is focused on “steering” rather than on ordering. This new administrative law is—in this view—the product of the new role of the state as a promoter, as a facilitator, as a risk regulator, and as the helmsman of economy and society. It therefore requires a new, more interdisciplinary, approach”. CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 603.

²³² “Più in generale, c'è da chiedersi se lo Stato come tale sia ancora un tema di riflessione. Forme di organizzazione del potere pubblico non statali, e spesso persino indipendenti dallo Stato, si sono sviluppate, all'interno e al di fuori dello Stato. Lo Stato stesso subisce quello che i tedeschi definiscono «*verselbstaendigung von Verwaltungseinheiten*». (...)

Sono fenomeni, questi, che, dopo aver fatto scrivere, nell'area culturale anglosassone, di «*bringing back the State*», fanno ora riflettere sul processo che porta al «*reshaping of the State*». CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 461.

²³³ “Many complex phenomena are currently unfolding: the growth of ultra-national and intra-national powers; increasing “*dédoublement fonctionnel*” (functional splitting), in which national governments act both as sovereign powers and as “delegates” of ultra-national bodies; the development of certain basic principles of administrative law at global, national, and local levels (e.g., in Europe, the principle of “good administration”); open statehood (“*offene Staatlichkeit*”) and increased communication between national legal orders, thanks to which principles may circulate (e.g., the principle of proportionality, first developed in the German legal order, was then imported in the European Union, and from there into many national legal orders); development of principles that are shared by several legal orders, at the global, national, and local levels, which therefore become universal (e.g., the right to a hearing, the duty to give reasons, judicial review), and thus provide increased opportunities for popular participation, but also produce increasing conflicts; rights are not recognized only by national constitutions, but also by global rules and imposed by these on national legal orders; national governments are subject to a contradictory trend: on one hand, their sovereignty is diminished; on the other, they acquire new tasks (e.g., control of efforts against global terrorism or global warming) that they could not possibly have gained in previous times, but that they are now obliged to share with other states (for that reason, the relevant literature contains several remarks on the state's declining sovereignty and on the need to “bring the State back in”).

Las transformaciones domésticas de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, el surgimiento del derecho administrativo ultra-estatal y el fenómeno de la convergencia de sistemas, que aquí han sido esbozados como procesos separables, son en realidad interdependientes. Su común denominador no está únicamente en la génesis y lenta consolidación de un espacio jurídico global en el que lo local, lo nacional y lo transnacional dialogan constantemente, sino también en el nacimiento de auténticos sujetos de naturaleza tanto paraestatal como supra-estatal, que detentan suficiente poder como para ameritar la atención por parte de la ciencia jurídica. En otras palabras, el nuevo orden mundial no implica simplemente un nuevo escenario en el que los viejos actores entablan nuevas relaciones, sino además la irrupción en escena de nuevos actores, muchas veces con roles protagónicos.

Entre los nuevos protagonistas, las organizaciones internacionales no solo revisten gran importancia sino que representan quizás los sujetos cuya caracterización presenta mayores dificultades, porque están en gran medida disociadas del principio de legalidad²³⁴ y porque su relación con la figura estatal no es homogénea. En efecto, en algunas ocasiones actúan como meros agentes de los Estados, en otras como sus delegatarios, a veces como plenipotenciarios y, eventualmente, como actores completamente independientes que los Estados simplemente se ven en la obligación fáctica de reconocer²³⁵.

El nuevo espacio jurídico global no conoce una distribución armónica de competencias entre los sujetos, y no es extraño que se verifiquen supuestos de hecho relevantes para dos

The most important of these developments is the growth of a global space and a global polity. These are not only arenas in which contending forces operate, but also sets of organizations claiming control not over territories and people, but over functions". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 605.

²³⁴ "La persistente immaturità del diritto internazionale si spiegherebbe – secondo un punto di vista – con il fallimento delle organizzazioni internazionali nel garantire il rispetto della *rule of law*". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 31.

²³⁵ "Quanto alle funzioni delle organizzazioni internazionali, si possono distinguere quattro tipi. Il primo è quello delle organizzazioni che operano come agenti degli Stati. Questi ultimi conferiscono compiti e possono revocarli; ne controllano l'esercizio; svolgono compiti concorrenti. Il secondo è quello delle organizzazioni che agiscono sulla base di deleghe date dagli Stati. In questo tipo gli Stati si trovano nella stessa posizione precedente, ma non possono controllare l'esercizio dei compiti delegati all'organizzazione internazionale. Il terzo è quello delle organizzazioni alle quali gli Stati operano un pieno trasferimento di poteri. In questo caso, gli Stati si spogliano dei compiti e non possono né revocare l'atto di trasferimento, né controllare l'esercizio dei poteri da parte dell'organizzazione internazionale. Il quarto è quello delle organizzazioni che esercitano compiti diversi da quelli degli Stati, che questi ultimi non potrebbero neppure svolgere singolarmente. Gli Stati, in questo caso, costituiscono o contribuiscono a costituire l'organizzazione internazionale e riconoscono collettivamente il suo potere di disciplinare materie estranee alla sovranità statale". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 22.

o más regímenes normativos, con consecuencias jurídicas distintas e implicaciones institucionales diversas. Nuevamente, esta circunstancia permite caracterizar el espacio jurídico global como una red y no como una pirámide²³⁶, pues las relaciones que en él se tejen son de orden horizontal, no vertical, y no involucran únicamente a los sujetos sino también a los distintos sistemas normativos²³⁷.

El profesor Sabino Cassese, pionero y gran exponente del llamado *Global Administrative Law*, que en este capítulo será estudiado en detalle, identifica en este nuevo *statu quo* tres defectos: en primer lugar, la acefalia, es decir, la ausencia de un centro o de un órgano supremo bajo el cual se organicen jerárquicamente el resto de entidades nativas del espacio transnacional, que no son pocas²³⁸; en segundo término, la general ausencia de legitimidad de tales entidades, que detentan y ejercen poder sin una justificación comparable a la que pueden otorgar los procedimientos de democracia representativa en los contextos nacionales; finalmente, la ausencia de métodos y aparatos coercitivos que aseguren la eficacia de las normas que integran los múltiples sistemas regulatorios transnacionales²³⁹.

²³⁶ “Non vi è una chiara ripartizione di competenze e vi possono essere parziali sovrapposizioni. Il processo di decisione globale è misto, la sovranazionalità è ordinata «a rete», in rapporto stabile con le burocrazie nazionali. In questo senso, l’espressione *multilevel constitutionalism* suggerisce un’interpretazione che trascura la complessità delle strutture e dei processi decisionali”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 23.

²³⁷ “Dal quadro appena descritto emerge che l’ordine giuridico globale è costituito da relazioni orizzontali, oltre che verticali; che le norme che governano tali relazioni non formano un corpo generale e unitario, ma sono settoriali; che, infine, è possibile supplire al settorialismo, seguendo un costante processo di *accretion* e *cumulation*, connettendo i diversi corpi di regole e garantendo la partecipazione degli interessati”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 26.

²³⁸ “Esaminiamo, innanzitutto, la morfologia dell’ordine giuridico globale, per poi tentare di dare una risposta a questi interrogativi.

Gli Stati che aderiscono all’Onu sono 192. Le organizzazioni internazionali (...) sono (...) più di 2000. Le organizzazioni non governative – organizzazioni della *civil society*, di produttori, consumatori ecc. – sono circa 20000 (altre stime ne contano addirittura 44000). Si tratta di una realtà più cospicua di quanto non appaia, anche perché i poteri pubblici non territoriali sono poco visibili”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 19-20.

²³⁹ “Il sistema dei poteri globali non è meno ramificato di quelli statali. Esso, però, presenta tre difetti. Il primo riguarda l’assenza di un ordine generale e di un governo. Il secondo l’investitura o la legittimazione. Il terzo l’efficacia.

Lo spazio giuridico globale è pieno di regimi regolatori settoriali, ciascuno con il suo sistema di norme e con un apparato chiamato a farle osservare. Mancano i principi e le regole generali, è assente un organo sopraordinato, *all-rounder*, di indirizzo e controllo del funzionamento dei sotto-sistemi.

In secondo luogo, nello spazio giuridico globale operano circa 2000 enti, alcuni costituiti dagli Stati, altri costituiti da altri enti, anch’essi però composti da Stati. Sono gli Stati che danno l’investitura iniziale agli organismi globali. Ma, poi, l’azione di questi ultimi va oltre l’ambito statale. Per cui essi hanno bisogno di una nuova fonte di legittimazione. Sappiamo che questa non può venire da una democrazia cosmopolitica. Ma non sappiamo a quali altre strade porterà la ricerca di una necessaria investitura di poteri pubblici così [sic] ampi e sviluppati.

In terzo luogo, la forza esecutiva delle decisioni globali è rimessa alla collaborazione degli Stati, al gioco degli interessi in contrasto, a complicati meccanismi di «ritorsione». Molti funzionano. Nessuno di questi assicura

El espacio jurídico global encuentra sus principales rasgos distintivos en la desterritorialización, es decir, en la acelerada pérdida de importancia del factor puramente territorial en la modelación de los regímenes regulatorios y de los derechos y las obligaciones que de aquellos emanan, y en el acelerado aumento de importancia de sujetos distintos al Estado en la dinámica internacional²⁴⁰. El ordenamiento jurídico naciente es *sui generis*: es único respecto de sus fuentes, de sus contenidos, de su manera de relacionarse con otros regímenes normativos, especialmente los nacionales, y de su ejecución²⁴¹.

Uno de los retos principales que enfrenta un derecho *in fieri* como el hasta aquí esbozado es su déficit democrático. Al menos desde las revoluciones liberales, en occidente se ha instaurado el valor de que los destinatarios de las normas jurídicas deben contar con la oportunidad de participar en la mayor medida de lo posible en el proceso de su formación. Ese contenido mínimo esencial de los sistemas jurídicos occidentales no tiene una eficacia particularmente satisfactoria en la arena global. En cualquier caso, como será debidamente explicado más adelante, no tendría por qué darse por sentado que ello implique un defecto, es decir, que el principio democrático deba manifestarse en el orden jurídico global como lo hace en los ordenamientos internos, y de hecho cabe plantear varias dudas al respecto²⁴².

risultati certi. Ma, principalmente, non tutte le decisionii globali sono assistite da meccanismi che assicurino la *compliance*". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 11-12.

²⁴⁰ "(...) hay problemas que surgen en una parte del mundo y se definen y resuelven en otra, que no pueden tratarse por los Estados aisladamente, en que los actores son organizaciones supranacionales, en que se demanda la protección de valores constitucionales y administrativos que están regulados en normas nacionales y supranacionales, y en que los sujetos que elaboran las normas, las aplican y resuelven los conflictos son poderes públicos que se mueven en la arena global". GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 320.

²⁴¹ "Esta globalización ejerce presión sobre el Derecho hacia el desarrollo de normas y mecanismos jurídicos indiferentes a la localización espacial de los objetos a los que se aplican (comercio, Internet, determinados delitos) y que ya no afectan al sujeto clásico del Derecho internacional, los Estados, sino a individuos, grupos privados como empresas u ONGs o a entidades públicas subestatales. Y, como consecuencia, se inicia un proceso de globalización del Derecho, hacia un Derecho global hecho de normas con características *sui generis*: en su formación (la paleta de productores de normas se amplía); en su contenido (pues han de acomodarse a tradiciones jurídicas diversas, acogiendo conceptos muy abiertos); en su articulación con las normas nacionales (a menudo no basadas en la jerarquía) y en su ejecución (mecanismos de Derecho nacional, internacionales o de otro Derecho nacional), y se generan relaciones entre sistemas jurídicos basadas en la permeabilización, la competición y la armonización. Se trata de un Derecho no exento de contradicciones (la liberalización del comercio versus la protección de la salud y de los trabajadores, por ejemplo) y límites (la globalización no parece ir precedida de una democratización de la sociedad global)". GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 310.

²⁴² "Desde un punto de vista de ciudadanía y democracia, las normas deben ser aprobadas por instancias que estén en mayor o menor medida bajo del control de los ciudadanos, lo que implica límites a la autorregulación

Con independencia de que se lo considere un defecto del espacio jurídico global o no, lo cierto es que el déficit democrático aludido tiene que ver con el principio de legalidad. Es natural preguntarse, dado el contexto, si resulta posible o no concebir la existencia de un Estado de derecho más allá del Estado²⁴³. A dicha pregunta difícilmente puede responderse de manera afirmativa, si se tienen en cuenta características del espacio jurídico global como su alto grado de sectorización, la ausencia de jerarquía, la heterogeneidad, la difusa frontera entre lo público y lo privado, la instrumentalización de los aparatos administrativos nacionales por parte de instancias supranacionales, la vinculación directa de los particulares a los regímenes regulatorios globales, y la multipolaridad de las disputas que se suscitan, desarrollan y resuelven más allá de las fronteras²⁴⁴.

Todo lo hasta aquí planteado —de manera puramente propedéutica— permite entrever un panorama científico cuya descripción y entendimiento constituyen aún retos teóricos abrumadores. La doctrina no ha llegado a la construcción de una narrativa única o de un discurso de referencia común que logre dar cuenta del fenómeno. Es cierto que algunos aportes se han acercado bastante, pero la caracterización completa es una tarea que aún no ha sido satisfactoriamente cumplida por la ciencia jurídica. Es paradigmático el caso del

y la corregulación y también a los espacios públicos diferentes del nacional, que es el punto de anclaje democrático, y a los órganos administrativos internacionales. Hasta ahora ha habido esfuerzos por conectar las organizaciones internacionales (ONU, OMC) con los ciudadanos o sus representantes (habiéndose llegado lejos en el seno de la Unión Europea, con la propia existencia de un Parlamento). No obstante, sigue habiendo déficit democrático. Para paliarlo es preciso plantearse tres interrogantes previos, de difícil respuesta: ¿existe una sociedad civil global, ciudadanos globales? ¿Respecto de qué instituciones —públicas y también privadas— hay que indagar su legitimidad democrática y en qué sentido? Si no sobre la representativa clásica, ¿sobre qué visión de la democracia se funda la búsqueda de democratización? ¿La deliberativa, la procedimental? Y, en ese caso, ¿qué soluciones han de darse a temas claves como la representación de intereses, la organización de mecanismos suficientemente densos de control, de participación, de concertación, de rendición de cuentas (*accountability*)?”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 313-314.

²⁴³ “La domanda a cui si vuole rispondere ora è: esiste uno «Stato di diritto» oltre lo Stato? Se, come sostiene Stiglitz, la globalizzazione economica ha viaggiato più [sic] velocemente di quella politica, producendo un gap istituzionale e un deficit democratico, che cosa può dirsi della globalizzazione giuridica?” CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 32.

²⁴⁴ “(...) si tratta di un complesso di principi e istituti che vanno sotto il nome di *rule of law*, o sotto quello di *due process of law*, e che costituiscono alcune delle principali acquisizioni del diritto dell'ultimo secolo: partecipazione degli interessati al processo di decisione, principi di ragionevolezza e di proporzionalità dell'azione pubblica, obbligo di motivazione delle decisioni, giustiziabilità.

L'analisi che segue consentirà di apprezzare fenomeni strutturali diversi, quali la settorialità dei regimi globali, il loro ordinamento non gerarchico, la scarsa uniformità dei numerosi regimi che costituiscono l'ordine globale, il peculiare modo in cui pubblico e privato interagiscono in ambito globale, l'utilizzo delle amministrazioni nazionali da parte delle istituzioni globali, le relazioni dirette stabilite dai regimi regolatori globali con i privati, la multipolarità delle dispute globali”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 50.

derecho administrativo global, que presenta un modelo de considerable amplitud y eficacia descriptiva, pero sigue ostentando la calidad de posición doctrinaria, y no es unánimemente aceptado como representación del fenómeno.

En definitiva, existe un vacío en la dogmática jurídico-administrativa, relacionado con los efectos de la globalización jurídica en el subsistema. Ello se debe, sin duda, a la relativa novedad del tema, pero especialmente al alto grado de complejidad de análisis que demanda²⁴⁵. De hecho, parte del problema es la incapacidad de la ciencia para delimitar el problema mismo, es decir, para definir con claridad cuáles son los sujetos, las relaciones y las normas que constituyen el objeto posible de este nuevo ámbito teórico. Esa incertidumbre explica, a su turno, la cantidad de modelos explicativos y de aproximaciones científicas al fenómeno, que casi coincide en número con la cantidad de autores que se han pronunciado al respecto, lo que demuestra la ausencia de consenso doctrinario. En este capítulo se pretende estudiar las perspectivas que se consideran más omnicomprendivas, y para ello conviene una primera distinción: la globalización del derecho administrativo ocurre en dos niveles, el regional y el propiamente global. Es necesario entonces estudiar su regionalización, en primer término, y, por último, su globalización en sentido estricto. En el primer caso se estudian tres procesos de integración que a manera de ejemplos suministran una imagen más o menos completa de la regionalización jurídico-administrativa; en el segundo, se analizan los modelos teóricos que más aportan en la comprensión de la globalización del derecho administrativo en sentido estricto.

La anterior no es una decisión metodológica arbitraria: nótese que en el primer caso se estudian los modelos institucionales concretos de integración, sin poner énfasis en las disciplinas científicas que los estudian (derecho europeo, derecho de la Comunidad Andina de Naciones y derecho del Mercosur). Si bien sería deseable operar del mismo modo en el ámbito global, es decir, estudiando uno a uno los varios sistemas de regulación de alcance global, esa manera de operar resulta no solo desaconsejable sino además excesivamente ambiciosa, porque la cantidad de regímenes simplemente lo imposibilita. Ese impedimento es, de hecho, la razón por la que proliferan modelos explicativos de la globalización jurídico-administrativa, y conviene por tanto abordar el fenómeno a través de las propuestas concretas de cada uno de tales modelos, intercalando las críticas y los elogios respectivos.

²⁴⁵ “Son demasiadas redes y organizaciones interconectadas para fines diversos, demasiados gráficos superpuestos diversamente, que resulta difícil describirlas a todas con una simple elección semántica: son muchas y muy distintas redes. Hay tantas diferencias fácticas que no parece ser apropiado hacer una defensa o ataque conjunto”. GORDILLO, A. *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, pp. 86-87.

2.3. LA REGIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La regionalización es solo una de dos formas posibles en que se verifica la globalización del derecho administrativo, y tiene que ver con los llamados procesos de integración, es decir, con aquellas experiencias que han tenido lugar en épocas históricas y situaciones geográficas distintas, y que consisten en la convergencia paulatina y pluridimensional entre varios Estados, normalmente emparentados no solo por su contigüidad física sino también por sus semejanzas culturales. Es, en otros términos, una globalización contenida por las fronteras regionales. Si bien resulta reduccionista la definición de un *iter* de etapas a través de las cuales se desarrollan esos procesos de unificación política, económica y jurídica²⁴⁶, es posible advertir ciertas semejanzas entre la historia del nacimiento de los Estados nación y la historia de los procesos de integración regional, por un lado, y entre los diversos experimentos concretos de integración, como la Unión Europea, la Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur, por el otro.

Tales semejanzas tienen que ver con el grado de organización de las distintas células administrativas que originalmente actúan de manera dispersa pero que transitan progresivamente hacia una acción cada vez más coordinada, a la que subyace cierta ambición unitaria o de vaga centralización²⁴⁷. En otras palabras, lo que tienen en común el proceso de unificación italiana, por citar solo un ejemplo, con la integración europea y los incipientes experimentos regionales suramericanos, es el hecho de partir de una situación de plena separación e independencia organizativa y de dirigirse hacia la convergencia.

Como se dijo, la integración es pluridimensional, además de paulatina, porque suele involucrar distintas facetas de la soberanía como el derecho²⁴⁸, la organización política y el

²⁴⁶ “[non si può] definire una sequenza tipo di fasi procedimentali dei processi di unificazione, di cui occorra assicurare inevitabilmente il completamento, poiché come è noto la nascita di un ordinamento giuridico si afferma come originale, nel senso di differente per ogni epoca storica, ma soprattutto nel senso di peculiare ad ogni istituzione presa a riferimento”. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 6.

²⁴⁷ “L’effettività di un ordinamento e soprattutto il grado d’integrazione delle sue parti è dunque dato — ora come un tempo — essenzialmente dall’organizzazione delle amministrazioni pubbliche e dalla necessità di un’azione istituzionalmente integrata che le stesse debbono assicurare, non importa ora se come organizzazioni a rete su base convenzionale o strutturale, se come amministrazione attiva o di controllo, soggetta all’indirizzo politico oppure con amministrazioni indipendenti”. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 8.

²⁴⁸ “El derecho supraestatal adquiere obviamente una importancia mayor a partir del momento, como en Europa, en donde *grupos regionales* han sido erigidos sobre los estados: esta construcción se traduce en la existencia de un ordenamiento jurídico específico y superior al de los estados; la extrema densidad del

mercado. Es muy dicente que este tipo de procesos suele implicar la creación de toda una institucionalidad supranacional, que refleja de manera fractal el esquema ortodoxo del Estado nación, sin necesariamente llegar a equipararse²⁴⁹. Nuevamente, los sistemas regionales parecen constituir fases embrionarias de eventuales súper-Estados futuros, en los que los Estados nacionales podrían equipararse de algún modo a Estados federados.

Los instrumentos utilizados para conseguir esa ambición unitaria son, empero, radicalmente distintos: mientras la integración de distintos territorios para la conformación de los Estados nación se dio por virtud de la constitucionalización, en el caso regional parece depender de la creación de un derecho supranacional que puede llegar a tener relevancia constitucional interna, aunque no sea así por defecto ni en todos los casos, pero que, de cualquier modo, no ha permitido la existencia de una auténtica Constitución de la Unión Europea²⁵⁰, por ejemplo, seguramente debido a la resistencia soberanista que aún oponen los Estados²⁵¹.

derecho comunitario ha invadido tanto la regulación estatal, como lo prueba la proliferación de reglamentos y directivas, que los estados han sido obligados a aplicarlo so pena de sanciones. Este espacio de regulación tiende a dilatarse sin cesar, en detrimento del espacio jurídico estatal. El pluralismo gana, sin embargo, el nivel interno". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 221-222.

²⁴⁹ "Un altro aspetto interessante di questi organismi sovranazionali (che non si sono formati solamente in Europa, ma in tutto il mondo, come ad esempio nell'America del Sud) è che essi dispongono di poteri normativi, amministrativi e giudiziari, pur non avendo sviluppato sempre le tre branche corrispondenti. Per esempio, nell'Unione europea, mentre il potere giudiziario è autonomo, quelli amministrativo e normativo non sono tra loro nettamente separati. La prova è che la motivazione degli atti, normalmente prevista negli Stati solo per quelli amministrativi, nell'ordinamento europeo è stabilita anche per gli atti normativi: vi è comunanza di principi tra il potere normativo e il potere amministrativo". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 470.

²⁵⁰ Sin embargo, vale la pena señalar que la promulgación de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, junto con sus protocolos adicionales, sin duda alguna marca un hito en esa dirección. También es necesario llamar la atención sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de inicios del milenio. Dicho instrumento también representa un paso valioso en la dirección de una eventual norma constitucional para la Unión Europea, y en ella habría que resaltar las disposiciones de relevancia jurídico-administrativa, a saber, el artículo 41, acerca del derecho a una buena administración, el artículo 42, relativo al derecho de acceso a los documentos, y el artículo 44, sobre el derecho de petición. También conviene resaltar que el déficit democrático y la crisis de legitimidad democrática, de la que se hablará en el último capítulo, conocen ciertos bemoles en el caso de la Unión Europea gracias a los artículos 39 y 40 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que respectivamente se refieren al derecho al sufragio de los ciudadanos de la Unión —tanto activo como pasivo— en las elecciones al Parlamento Europeo y a los comicios municipales de los países miembros.

²⁵¹ "Il dibattito è legato, pertanto, alla formula "il diritto amministrativo è diritto costituzionale concretizzato" che scaturisce dal primo periodo della Repubblica Federale, estendendo, tuttavia, tale concetto in una duplice direzione.

(...)

- In secondo luogo, oltre la Costituzione nazionale, verso il *diritto sovranazionale*: anche il diritto primario dell'Unione Europea e gli accordi internazionali sui diritti umani (in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo) appartengono oggi ai principi fondamentali di rango costituzionale. L'idea di costituzionalizzazione non conduce, pertanto, a chiudere la dogmatica all'interno dello Stato nazionale, ma si

La regionalización ha sido entendida por algunos como el camino medio entre la lectura apologética de la globalización y la visión nacionalista que la contradice. De acuerdo con esta interpretación, los procesos integradores permitirían el diseño de estrategias eficaces de resistencia legítima contra los nuevos sujetos y poderes globales sin necesariamente llegar a despojar de su importancia y protagonismo a los Estados²⁵².

Naturalmente, todo ello implica también la progresiva construcción de derechos administrativos regionales y, por tanto, la ruptura del paradigma de acuerdo con el cual el derecho administrativo es, por antonomasia, el derecho del Estado²⁵³. Ahora bien, la idea de derechos administrativos regionales no debe verse únicamente como efecto de los procesos de integración, sino también como causa que facilita su génesis y perfeccionamiento²⁵⁴. Para comprender de manera más completa la dinámica de la

presenta essenzialmente come una chiave per la sua apertura". SCHMIDT-ABMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 271.

²⁵² "El desafío central de un pensamiento integrador de bases éticas es ir más allá de la confrontación entre "nuevos" universalismos y "originarios" particularismos: falsos universalismos tecno-economicistas de la globalización o irredentos particularismos integristas de inspiración nacionalista. Entre el "casino global" de un economicismo "universal" y el "santuario local" de los nacionalismos, los proyectos de integración pueden contribuir a reafirmar y comunicar nuevas categorías políticas articuladoras de lo mundial y lo local, al mismo tiempo cosmopolitas y personalizadoras, en las cuales las comunidades puedan involucrarse y hacerse responsables —en el nivel de las acciones, los símbolos y los conceptos— de un proyecto común de desarrollo". MARTÍN-FIORINO, V. Un enfoque ético de los problemas de la integración en América Latina. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 408-409.

²⁵³ "El Derecho Administrativo tradicional ha sido construido bajo la idea de que se trata de un subsistema normativo estrictamente interno en el sentido de ser un asunto propio de los Estados. No obstante, en la actualidad, esa conclusión no resulta acertada, pues lo cierto es que una buena cantidad de actores en el contexto supranacional o transnacional ejercen una especie de función administrativa y se someten a una especie de Derecho supranacional o transnacional, cuyo alcance depende necesariamente del tipo de órgano de que se trate y de la manera como se ejerza esa función administrativa. En todo caso, lo cierto es que en la actualidad cada vez con mayor fuerza se desvirtúa la idea tradicional de que el Derecho Administrativo corresponde a un Derecho interno de los Estados, y se acepta con mayor amplitud que organizaciones fuera de los Estados pueden tener su propio Derecho Administrativo.

(...)

Dentro de esas organizaciones internacionales, por su especialidad, se destacan las organizaciones comunitarias (Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, Mercado Común del Sur –Mercosur–, etc.), las cuales no se basan en el tradicional esquema de cooperación propio del Derecho internacional, sino en una idea de integración, la cual ha dado lugar a que se reconozca la existencia del Derecho comunitario como una rama del Derecho especial y autónoma del Derecho internacional y de los derechos internos de los países que las conforman. El Derecho comunitario es, entonces, el Derecho propio de esas organizaciones comunitarias". SANTOS RODRÍGUEZ, J.E. El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2013, n. 10, pp. 21-44, p. 22.

²⁵⁴ "El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración ha de verse como poderoso instrumento ordenador —y como tal no neutro ni aséptico— antes bien al servicio de una voluntad política de base constitucional para las organizaciones y comunidades intergubernamentales, internacionales o

regionalización, es entonces necesario estudiar las características de los ordenamientos jurídico-administrativos al interior de algunos procesos de integración, a saber, la Unión Europea (2.3.1.), la Comunidad Andina de Naciones (2.3.2.) y el Mercosur (2.3.3.).

2.3.1. LA UNIÓN EUROPEA: EL LABORATORIO DE LA REGIONALIZACIÓN Y DE LA GLOBALIZACIÓN

Un estudio de la regionalización del derecho administrativo debe necesariamente partir por el hito que representa la Unión Europea, no solo porque históricamente ésta constituye el primer ejemplo de ese tipo de proceso, sino porque además se revela como su experimento más avanzado. No obstante, en la medida en que en la presente investigación la llamada europeización²⁵⁵ es solo una faceta del fenómeno analizado, no se pretende aquí ahondar en las vicisitudes históricas que han conducido a su estadio actual ni profundizar en su derecho propio, que representa hoy por hoy un campo especializado de por sí vasto y complejo.

Dicho en otras palabras, el proceso de integración europeo es solo una modalidad concreta de regionalización, que es a su turno solo un tipo de lo que aquí ha querido denominarse globalización jurídico-administrativa, y que el profesor Schmidt-Aßmann denomina 'internacionalización'²⁵⁶. Por el contrario, lo que aquí se busca es ilustrar cómo la integración de Europa ha traído aparejada la construcción de un derecho administrativo

supranacionales y comunitarias —según el caso— desde los parámetros mismos que lo conforman en el estado del derecho democrático contemporáneo”. BRITO, M.R. El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración. En: *Revista de derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, año IV (2005), n. 8, pp. 7-16, p. 14.

²⁵⁵ “At the next level, going up the above-mentioned pyramid, we find European administrative law. In the extensive legal theory already published, there are several meanings of “European administrative law”. (...) The meaning of European administrative law of interest to us in this article is the third. It means that European integration, especially economic integration, and within this particularly the four freedoms of circulation provided for in Art. 23 *et seq.* of the EC Treaty, lead to the national administrative laws being harmonized according to the standards defined by European Union law, particularly by means of directives. (...) The result is that we are faced with a progressive Europeanization of several areas which, in classical terms, were the monopoly of the national administrative laws”. DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 338.

²⁵⁶ “No se abordará la europeización de la Administración y de su Derecho, aunque pueda ser vista perfectamente como una modalidad específica de la internacionalización. Queda, pese a ello, excluida del presente estudio, porque, como consecuencia de los intensos mecanismos de conformación jurídica supranacional suministrados por el Derecho comunitario (los Reglamentos y Decisiones de la Unión Europea, dotados de eficacia directa en los Estados miembros), se ha convertido en un fenómeno jurídico dotado de impronta propia, que se distingue así de forma significativa de la internacionalización que podemos denominar «normal»”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 10.

europeo, cuya existencia bastaría para probar la hipótesis de que el derecho administrativo tradicional está en estado de profunda transformación como producto de la globalización. Una construcción semejante incluye dos dimensiones, la normativa y la institucional, que se analizan enseguida.

Desde sus orígenes, el proceso de integración de Europa ha discurrido lenta pero decididamente hacia la creación de un ordenamiento jurídico común entre los Estados miembros, que no sigue la estructura piramidal de los ordenamientos nacionales —y de hecho carece de una constitución en sentido formal²⁵⁷— sino un modelo funcional con tres aristas: la integración económica, la política internacional y de seguridad común, y, finalmente, la cooperación en asuntos judiciales y de policía²⁵⁸. Aun cuando se diferencie desde el punto de vista estructural, como se insinuó anteriormente, la progresiva consolidación del proceso de integración europea recuerda la paulatina afirmación de los Estados nación²⁵⁹.

²⁵⁷ “Furthermore, for those who proposed a necessary relationship between the national constitution and sovereignty, the latter began to be eroded, at that time [between the two World Wars], by the beginning of the acceptance of the idea that sovereignty of states was limited, in the legal field, by compelling international law or *ius cogens*.”

Nevertheless, the process of European integration, started in the 1950s, would naturally consecrate the acceptance of constitutionalism at the transnational level. It should be mentioned here that up to the present day it is not correct to speak of “European Constitution” in the formal meaning, that is, in the meaning of a national constitution. This is true for a very simple reason: there is no constituting power held by a European people. (...)

Although it is not yet possible to speak of a formal constitution of the European Union, we may, however, speak of its material constitution”. DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, pp. 330-331.

²⁵⁸ “Gli ordinamenti nazionali sono stati spesso rappresentati come piramidi, figura che ne indica bene il carattere unitario e la struttura gerarchica.

Per l’ordine giuridico europeo si è fatto ricorso all’immagine del tempio greco, retto da tre pilastri: al pilastro centrale, costituito dalle funzioni legate all’integrazione economica, si aggiungono i due pilastri laterali, che rappresentano l’uno la politica estera e di sicurezza comune, l’altro la cooperazione in materia giudiziaria e di polizia”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 151.

²⁵⁹ “Anche tra le materie che sono divenute diritto amministrativo unitario per tutti gli Stati membri dell’Unione europea emergono strumenti o modelli che si ripetono con una certa precisione nelle due esperienze d’integrazione e che pare qui d’interesse indicare, a cominciare dalla più evidente e di maggiore rilevanza che ha ad oggetto la stessa definizione delle istituzioni preposte alla cura degli interessi del nuovo ordinamento unitario, dell’Italia prima e dell’Unione poi.

Le nuove istituzioni d’unione nei due casi sono state essenzialmente giustapposte alle preesistenti e il raccordo nel nuovo ordinamento è avvenuto con ‘piccoli tratti di penna’ che sono stati scritti essenzialmente dall’amministrazione italiana o dalla giurisdizione dell’Unione europea, per una ragione essenziale che è strutturale e deriva direttamente dalla teoria degli atti giuridici del diritto pubblico continentale.

L’effettività del nuovo ordinamento unitario è storicamente data dalla sua concreta definizione, che è propria del provvedimento amministrativo o del provvedimento giurisdizionale e non della legislazione, poiché essa — come norma astratta — piuttosto segue o precede la concreta evoluzione dettata da atti o fatti giuridici (concreti).

La construcción de este nuevo espacio jurídico se debe en buena medida a la labor de la Corte de Justicia, que a lo largo de los años ha tomado prestadas instituciones jurídicas nacionales para informar su labor hermenéutica, aplicada a los varios sectores de referencia que conforman el universo normativo europeo²⁶⁰. Ello ha implicado un protagonismo creciente por parte de las fuentes jurídicas de la Unión Europea, obviamente en el ámbito regional, pero también al interior de los ordenamientos de los Estados miembros. Lo anterior se ha traducido en una actividad de unificación normativa por parte de la Unión, a través de una serie de actos que acercan, completan y a veces incluso sustituyen los regímenes jurídicos nacionales²⁶¹.

En la construcción del derecho europeo, sin embargo, participan otros actores que operan sobre una lógica de distribución de funciones, la cual determina como reglas generales dentro del funcionamiento de la Unión las yuxtaposiciones, las interferencias, las interdependencias y las complementariedades funcionales: formalmente, el poder de iniciativa está en cabeza de la Comisión de la Unión Europea, pero ésta lo ejerce en la práctica de manera conjunta con el Consejo de la Unión Europea y con las burocracias

(...) l'unificazione concreta è stata definita — previa epurazione o volontaria adesione — dall'inquadramento nei ruoli dei ministeri italiani dei dipendenti degli Stati preunitari, sottoponendo al controllo statale gli organi degli enti locali, sopprimendo o riunendo sedi d'ambasciata, il tutto con concreti atti d'amministrazione da cui sono scaturite nuove istituzioni ministeriali o un nuovo sistema degli enti locali.

Atti d'amministrazione che divengono strumento d'integrazione del personale proveniente dalle istituzioni degli Stati preunitari, con una mobilità anzitutto geografica che comporta una riallocazione del personale, che determina a sua volta nel tempo la creazione di un'identità e di una cultura nazionale d'amministrazione". CAVALLO PERIN, R. *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, pp. 4-5.

²⁶⁰ "(...) il cambiamento di fonte — da nazionale a europea — si attesta grazie all'opera della Corte di Giustizia, che negli anni ha definito l'interpretazione e 'cavato dalla cultura giuridica europea' importanti istituti giuridici (...) posti a completamento e chiarimento del sistema normativo (...), idonei a dare effettività all'ordinamento dell'Unione europea nei singoli Stati membri". CAVALLO PERIN, R. *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, pp. 6-7.

²⁶¹ "Attualmente appare innegabile che l'ordinamento europeo svolga una costante funzione di unificazione attraverso atti che avvicinano, completano e spesso sostituiscono le legislazioni dei vari paesi membri. Quel che ne deriva è un effetto di integrazione giuridica che, sin dall'apparizione della Comunità europea sullo scenario internazionale, ha affondato le sue radici nella condivisione dei valori culturali e sociali, prima ancora che territoriali, degli Stati europei". D'ANGELO, F. *I modelli organizzativi e la coamministrazione*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 536.

internas de los distintos Estados miembros²⁶². El poder decisorio, por el contrario, formalmente está en cabeza del Consejo, aunque nuevamente se verifique una atemperación *de facto* del monopolio funcional: su ejercicio está condicionado por el poder de coordinación ejercido por la Comisión y por el voto de mayoría calificada en cabeza de los Estados miembros²⁶³. Finalmente, la actuación de las decisiones regionales corresponde formalmente a los Estados, pero en la práctica ésta se desarrolla bajo la dirección de la Comisión. En suma, el esquema de poder de la Unión no divide las funciones de manera monolítica sino que las distribuye²⁶⁴.

Ello es válido para la totalidad del ordenamiento europeo, incluyendo el derecho administrativo²⁶⁵: en su construcción también se verifica un condicionamiento institucional constante por parte de los diversos actores, pero desde el punto de vista dogmático dicho condicionamiento proviene en primera medida de los Estados. Sin embargo, aunque determinante, la influencia de éstos en la modelación del sistema jurídico-administrativo europeo no resulta definitivo: evidentemente, el ordenamiento administrativo europeo deriva sus contenidos sustanciales de los modelos de derecho administrativo nacionales, pero paradigmas tradicionales de la disciplina, como la unidad, la jerarquía y la ejecución,

²⁶² “L’Unione, dunque, opera non con poteri divisi, ma con poteri condivisi. Infatti, il potere di iniziativa spetta, in principio, alla Commissione, ma, di fatto, la Commissione lo esercita congiuntamente con il Consiglio, e con gli stessi Stati nazionali, attraverso i circa 600 comitati costituiti — all’interno dell’Unione — da rappresentanti degli Stati (questi, costituiti per tenere sotto controllo nazionale la Commissione, vengono, di fatto, utilizzati per consentire alla Commissione di raccogliere il consenso delle burocrazie nazionali sulle proprie decisioni)”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 470.

²⁶³ “Il potere di decisione è del Consiglio, che è l’organo intergovernativo, ma nei fatti si esprime con il voto a maggioranza qualificata, e con le procedure di cooperazione e di codecisione introdotte dal Trattato di Maastricht, che prevedono un vero e proprio potere di coordinamento esercitato dalla Commissione, con la quale, di conseguenza, il Consiglio spartisce tale potere. Il voto a maggioranza qualificata comporta che un gruppo di Stati controlla l’attività della Comunità. Le procedure di cooperazione e di codecisione fanno sì che il Consiglio non possa adottare norme senza l’accordo o della Commissione o del Parlamento. La Commissione, unico centro di coordinamento, finisce per assumere la guida delle procedure di decisione”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 470.

²⁶⁴ “L’attuazione delle decisioni comunitarie spetta, di diritto, agli Stati; ma, di fatto, si svolge sotto la direzione della Commissione.

Risulta da tutto ciò un governo a più livelli, dove dominano le sovrapposizioni, le interferenze, la reciproca interdipendenza, la complementarietà e un’altissima complessità procedurale”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 471.

²⁶⁵ “Il diritto amministrativo in particolare ha visto negli ultimi vent’anni molte materie o istituti giuridici divenire oggetto di una disciplina dell’Unione europea e per alcuni settori il processo d’integrazione è stato evidente”. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 3.

que no pueden extrapolarse al nivel regional, son modificados por nociones como la diferenciación, la conexión y la garantía de coherencia²⁶⁶.

Ahora bien, como se afirmó antes, el proceso de génesis y consolidación de un espacio jurídico-administrativo europeo no abarca únicamente la dimensión normativa sino también una faceta institucional. Dicho en otros términos, la integración administrativa regional supone, además de la construcción de una normativa jurídico-administrativa común, la instauración de una estructura institucional de administraciones públicas que, aunque muchas veces pertenezcan aún a los Estados, despliegan su actividad en concomitancia con instancias regionales de acuerdo con una lógica rizomática. La dinámica de red propende por el desmonte de los nacionalismos administrativos y de las resistencias soberanistas que aún oponen los Estados miembros²⁶⁷, seguramente como respuesta al palmario debilitamiento de sus respectivos aparatos burocráticos, cuyas autoridades tienden a desacoplarse de las estructuras administrativas nacionales para migrar a aquellas regionales²⁶⁸.

²⁶⁶ “La sostanza del diritto amministrativo europeo deriva in misura significativa dal diritto amministrativo classico degli Stati nazionali per ciò che attiene alla direzione delle burocrazie, ai principi generali del diritto, alla tutela dei diritti ed al controllo giurisdizionale. La sostanza, tuttavia, evidenzia anche significativi e rilevanti elementi costitutivi per i quali non è possibile una ricostruzione parametrata sul solo “modello statale”. Alla triade del diritto amministrativo tradizionale statale “unità”, “gerarchia”, “esecuzione” si contrappone la nuova triade “differenziazione (pluralizzazione)”, “connessione”, “garanzia di coerenza”. SCHMIDT-AßMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 287.

²⁶⁷ “L’integrazione tra mercati rilevanti dipende perciò essenzialmente dall’integrazione tra imprese (offerta) ma ancor prima dall’integrazione tra amministrazioni pubbliche, anche appartenenti a diversi Stati membri (domanda) situate in ambito nazionale e tra queste e quelle che sono istituzioni dell’Unione europea, oltre che dalla necessità che tutte cooperino, secondo un sistema di competenze organizzato in rete, ove è la relazione d’integrazione tra amministrazioni nazionali e europee a favorire la crescita di ordinamenti capaci di determinare — per così dire — un disarmo bilanciato dei preesistenti nazionalismi amministrativi”. CAVALLO PERIN, R. L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 7.

²⁶⁸ “I problemi si aggravano quando il diritto comunitario sottrae le autorità amministrative statali alle gerarchie nazionali, sottoponendole, in qualità di *reti amministrative europee*, al potere direttivo della Commissione UE. Un esempio è l’“*European Competition Network*” (ECN), che solo all’apparenza rappresenta un esempio di amministrazione decentrata —che, ai sensi dell’art. 291, 1º comma TFUE, dovrebbe costituire la regola per l’esecuzione amministrativa. In realtà, le autorità amministrative appartenenti a tali reti diventano autorità europee, fedeli a Bruxelles. L’organizzazione amministrativa degli Stati membri ne risulta, pertanto, significativamente indebolita”. SCHMIDT-AßMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, pp. 275-276.

Ello explica la importancia capital de principios como el de adecuación y el de subsidiariedad²⁶⁹, que gobiernan las relaciones entre las instituciones y normativas regionales y los aparatos burocráticos y ordenamientos nacionales. Dichos mandatos permiten la conformación de estructuras rizomáticas con funciones muy concretas —como la ejecución de políticas públicas regionales— y pueden considerarse administraciones europeas, capaces de hacer valer su competencia²⁷⁰, aunque las células singulares de las que están compuestas sean nacionales²⁷¹.

En definitiva, la construcción del ordenamiento jurídico-administrativo europeo sigue dos directrices principales²⁷²: en primer lugar, se trata de la formación de un auténtico conjunto de normas nuevas que resultan de la síntesis entre culturas jurídicas nacionales diversas y del diálogo entre los distintos sistemas positivos²⁷³; en segundo término, la construcción

²⁶⁹ “Administrative law is, in the first instance, national, or rather, of the State – that is, that which is studied in classical terms. Comparative law, and the phenomenon which we shall refer to below of the *Europeanization of national administrative laws*, have led to the progressive approximation and, consequently, to the improvement of national administrative laws (...).

Nevertheless, from the outset, out of respect for the national identity of each State and consideration for the principle of subsidiarity – both of which are imposed by the community treaties – the national administrative law should preserve its own specific characteristics, which the adaptation to the respective national situation imposes”. DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 336.

²⁷⁰ “Una sussidiarietà intesa non nella sua vulgata più diffusa ma in quella di maggiore rigore istituzionale che richiama l’adeguatezza dell’organizzazione cooperante al sistema di riferimento. Il nuovo punto di vista dell’ordinamento unitario perciò non nega un contributo di competenza di enti e organi degli Stati membri al perseguimento delle politiche dell’Unione, sempreché organi ed enti dell’Unione siano legittimati a riaffermare la propria competenza non appena se ne constati l’insufficiente capacità dell’azione di organi ed enti degli Stati membri”. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAIITA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 9.

²⁷¹ “Perciò assumono rilievo crescente per le amministrazioni pubbliche i limiti — anche costituzionali — di adeguatezza e sussidiarietà (art. 5 T.U.E.), come principi di riferimento dei rapporti tra ordinamento dell’Unione europea e Stati membri, che a ben vedere riguardano anzitutto i rapporti tra istituzioni europee e amministrazioni pubbliche ogni qual volta prese in considerazione dalla disciplina di settore.

Adeguatezza e sussidiarietà — come principio della cooperazione pubblica, dunque come misura della capacità di un contributo di ciascuno (competenza) — sono principi che coordinano a sistema una pluralità di enti per l’attuazione di una determinata politica pubblica (art. 5 T.U.E.; art. 118, co. 2º, Cost.), cioè conformano un’organizzazione pubblica che può dirsi istituzione dell’Unione europea, anche ove gli enti che la compongono sono tutti amministrazioni degli Stati membri”. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAIITA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 9.

²⁷² Cfr. CAVALLO PERIN, R. *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l’integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAIITA, F. (ed.) *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 10.

²⁷³ “Anzitutto l’apporto del diritto positivo e i rapporti con la determinante cultura giuridica amministrativa europea (in parallelo al costituzionalismo europeo), ove il diritto positivo UE recupera una cultura comune ai

del derecho administrativo europeo pasa por la creación de nuevas instituciones de carácter regional, con competencias extendidas a todo el territorio de la Unión, pero pasa asimismo por la instrumentalización de las administraciones nacionales para el ejercicio de funciones propias del sistema de integración²⁷⁴.

En cuanto a la dimensión institucional del proceso de formación de un derecho administrativo europeo debe resaltarse el hecho de que, en contraste con la estructura administrativa típicamente centralizada, burocrática y jerarquizada propia del Estado nación, la administración europea se define por los principios opuestos de descentralización, desestatalización y desterritorialización²⁷⁵. Ello implica que, entre las distintas ramas del derecho regional, es el derecho administrativo europeo el que mayor desarrollo ha tenido a lo largo de los años debido a la operatividad que aporta al sistema, especialmente en lo que tiene que ver con aspectos de estructura²⁷⁶ y procedimiento²⁷⁷, y

paesi membri che evolve come una lingua, le cui regole grammaticali o di sintassi, seppure sottoposte a ridefinizione non cessano perciò di essere precettive.

Anche in questa come in altre epoche storiche la cultura giuridica torna ad essere determinante del grado di integrazione, segnando la nascita e l'evoluzione di un nuovo diritto, poi di un vero e proprio nuovo ordinamento, talora derivato dagli Stati membri, talaltra senz'altro come nuova sovranità". CAVALLO PERIN, R. *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAIITA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 11.

²⁷⁴ "Si è detto dell'asimmetrica relazione organizzativa tra istituzioni nei diversi settori d'amministrazione: vi sono sicuramente organi delle istituzioni europee con competenza estesa a tutto il territorio dell'Unione europea, ma di rilievo è altresì l'esercizio di funzioni europee da parte di amministrazioni nazionali o l'utilizzazione di uffici nazionali da parte delle istituzioni dell'Unione europea, siano essi enti o uffici esistenti oppure costituiti *ad hoc*". CAVALLO PERIN, R. *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAIITA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016, p. 11.

²⁷⁵ "La Administración centralizada, burocrática y jerarquizada, en el sentido weberiano, representa una concepción de la Administración que es inescindible del proceso de consolidación de los Estados nación. Sin embargo, uno de los efectos más destacados del proceso de integración europea es, precisamente, el opuesto: la *desestatalización y desterritorialización* de las Administraciones públicas". AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 360.

²⁷⁶ "La *dimensión estructural* tiene en cuenta si la actuación administrativa se articula mediante mecanismos orgánico-estructurales o institucionales. Las manifestaciones de esta vertiente en el ámbito europeo, en intensidad creciente, son: a) la actuación administrativa se articula mediante estructuras informales supranacionales; b) la actividad de las Administraciones se articula creando órganos administrativos constituidos en sede europea; c) la actuación se lleva a cabo mediante estructuras organizativas autónomas en sede europea; d) la actuación se articula por medio de estructuras organizativas autónomas e independientes en sede europea". AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 390-394.

²⁷⁷ "La cooperación administrativa multinivel se articula por medio de dos perspectivas distintas: la dinámica o procedimental y la estructural u organizativa. (...) [La primera] atiende a la ejecución integrada y cooperativa

de hecho se ha llegado a hablar de una “administrativización” de la Unión Europea. Con dicha nomenclatura no se quiere significar únicamente el protagonismo que indiscutiblemente ostenta la rama en el escenario jurídico regional, sino también la superación del paradigma ortodoxo de administración pública, precisamente por virtud de principios como los arriba mencionados o por causa de la orientación hacia nuevas tendencias de carácter cooperativo, policéntrico, multinivel y pluralista²⁷⁸.

La institucionalidad europea tiene entonces un trasfondo normativo que permite afirmar la existencia de un auténtico derecho administrativo regional, en buena medida desanclado del Estado nación. Lo cierto es que con independencia de que se hable de administración integrada o de administración común, existe una tendencia hacia la unidad sistémica, si no en el plano general, cuando menos desde la perspectiva sectorial del profesor Schmidt-Assman²⁷⁹.

en el seno de procedimientos compuestos que entrañan diferentes estadios de intensidad cooperativa y decisional; se trata, por tanto, de una actuación conjunta que se desarrolla en el marco relacional dinámico que caracteriza al procedimiento administrativo. Sus elementos definitorios son: a) la articulación mediante relaciones procedimentales verticales *top-down* y, por ello, con intervención final de la Administración supranacional, o bien la ordenación por medio de relaciones procedimentales verticales *bottom-up* con intervención final de las Administraciones nacionales; b) la previsión de relaciones horizontales con participación de distintas Administraciones nacionales; c) la incorporación de elementos mixtos (horizontales o verticales) que pueden incidir de forma accesoria en cualquiera de las variantes precedentes; d) la intensidad variable de la intervención de cada una de esas Administraciones y e) la existencia de procedimientos compuestos, tanto en la fase ascendente (aprobación) como en la descendente (ejecución) del derecho europeo”. AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 390-394.

²⁷⁸ “(...) en las dos últimas décadas hemos asistido a la consolidación en el derecho europeo de una estrategia regulativa que ha dotado de una relevancia fundamental al derecho de la organización y al procedimiento administrativo. Este planteamiento regulativo ha sido desencadenante de una intensa “administrativización” de la UE ratificada al más alto nivel jurídico en el Tratado de Lisboa. La Unión, con ello, no solo ha superado el limitado aparato administrativo con el que nació la CEE y la consecuente dependencia de las Administraciones nacionales, sino que, además, ha forjado un nuevo paradigma de Administración desestatalizada y desterritorializada, cooperativa, policéntrica, multinivel y pluralista, que responde a criterios principalmente funcionales”. AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 362-363.

²⁷⁹ “La UE se alza, por tanto, como sede para la construcción de un incipiente derecho administrativo europeo que presupone la “liberación” del derecho administrativo de su anclaje con el Estado.

Los calificativos empleados para conceptualizar al nuevo modelo de Administración configurado por el derecho europeo son variables. En unos casos se recurre a la noción de Administración integrada, mientras que en otros se utiliza la idea de Administración común. No obstante, detrás de ambas conceptualizaciones hay un pensamiento común: la idea de tendencia hacia la integración, es decir, hacia una Administración común que, aunque no goza de una estructura organizativa unitaria, se ordena de una forma tendencialmente unificadora mediante mecanismos de cooperación funcional y figuras jurídicas de composición y codependencia. La realidad del derecho positivo europeo muestra que esa tendencia es irrefrenable, no todavía, desde luego, ni

Naturalmente, desanclar el derecho administrativo del Estado nación tiene una consecuencia teórica de primer orden: la noción de soberanía como explicación última del ejercicio de poder dentro de las realidades nacionales da paso en el ámbito regional a la noción de supranacionalidad²⁸⁰, que se manifiesta de tres maneras distintas: en primer lugar, como supranacionalidad vertical, es decir, aquella predicable de las relaciones verticales entre el aparato administrativo regional y las administraciones nacionales; en segundo término, como supranacionalidad horizontal, es decir, la que tiene lugar cuando dos o más administraciones nacionales entran en contacto, que confiere validez jurídica a las actuaciones de los distintos aparatos burocráticos sobre la base del reconocimiento mutuo y que trae aparejado el efecto de la transterritorialidad; finalmente, como supranacionalidad agregada, es decir, aquella que se verifica cuando tras un procedimiento complejo que involucra ambos niveles —el regional y el nacional— un órgano regional o una administración nacional que funge como institución europea, se llega a una decisión vinculante²⁸¹.

de una forma general ni tampoco en el plano estrictamente organizativo (aunque, como veremos, cada vez más hay ejemplos de una creciente integración de este tipo), pero sí en el plano sectorial y desde una perspectiva fundamentalmente funcional”. AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 365-367.

²⁸⁰ “Dentro del amplio escenario jurídico-administrativo europeo, un fenómeno jurídico clave define la actividad administrativa desde el punto de vista de su eficacia y de su aplicación: la supranacionalidad. El concepto de supranacionalidad constituyó la alternativa para definir el ejercicio de poder público *pro unione*, distinto, por tanto, al ejercicio de poder soberano en el territorio de cada Estado y al enmarcado en el seno de las relaciones sometidas al derecho internacional”. AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 385-386.

²⁸¹ “La noción amplia de supranacionalidad que aquí se maneja incorpora tres vertientes diferenciables en función del nivel administrativo competente para la toma de decisiones (responsabilidad) y de la complejidad de los mecanismos de cooperación (coherencia de las relaciones interadministrativas), a saber.

Primera: supranacionalidad vertical, vinculada con las relaciones verticales entre la Administración europea y las Administraciones nacionales, en las que la oposición tradicional entre la esfera supranacional y la nacional se va desdibujando (...).

(...)

Segunda: supranacionalidad horizontal o transnacionalidad. Esta noción de supranacionalidad le otorga una eficacia jurídica complementaria a la actuación administrativa que se da en el marco de las relaciones horizontales entre Estados miembro. Este efecto jurídico complementario es la transnacionalización o “transterritorialidad” de la actuación administrativa nacional, directamente vinculada con el principio de reconocimiento mutuo.

(...)

La transnacionalidad es el efecto más notable de la superación del modelo de Administración estatista limitada jurisdiccionalmente al territorio del Estado: una decisión de un Estado miembro puede gozar de la misma eficacia supranacional que caracterizaría, por ejemplo, a una decisión de la Comisión (...). En definitiva, la transnacionalidad implica el nacimiento, la extinción o la modificación de una obligación o de un derecho

En conclusión, el proceso europeo de integración ha producido una serie de efectos relevantes, que en conjunto representan el surgimiento de un auténtico derecho administrativo regional, dotado de una morfología normativa propia, de una institucionalidad más o menos autónoma facultada para tomar decisiones jurídicamente válidas, y de un régimen procedimental *sui generis*. En opinión del profesor Schmidt-Assman, ello no implica necesariamente y por fuerza la necesidad de reformular por completo el derecho administrativo más allá del Estado, fundamentalmente porque el esquema estatal sigue existiendo y conserva aún un grado de importancia capital dentro de la dinámica del poder global²⁸². La regionalización es una manera de amortiguar los efectos de la globalización, pues se encuentra a medio camino entre los países individualmente considerados y las dinámicas de poder global. La doctrina ha llegado incluso a afirmar que experimentos como la Unión Europea son la última línea de defensa por parte de las identidades nacionales contra los efectos de homogeneización que la globalización trae aparejados²⁸³, además de un excelente laboratorio para la globalización y para un

en otro ordenamiento de la UE, de modo que en virtud de la eficacia que el derecho europeo le atribuye a la actuación administrativa del país de origen, esta sustituye de forma total o parcial a la actividad administrativa equiparable que el órgano competente del país de destino o de acogida hubiera tenido que llevar a cabo.

Tercera: supranacionalidad agregada. (...) En estos supuestos la actuación es supranacional porque se articula mediante estructuras organizativas comunitarias más o menos formalizadas; además, como en esas estructuras organizativas es común la integración de representantes/autoridades nacionales, la toma de decisiones se articula por medio de procedimientos compuestos en el marco de tales estructuras organizativas. Ahora bien, en estos supuestos la toma de decisiones puede corresponder tanto a la propia Administración europea (a la Comisión o a uno de sus organismos), gozando, por tanto, de efectos supranacionales plenos, como a las autoridades nacionales, incluso, con efectos transnacionales". AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 386-390.

²⁸² "Se teniamo presenti tali nuovi punti di vista, non siamo tenuti per forza a inventare il diritto amministrativo moderno oltre lo Stato. Come affermato in maniera calzante da Rainer Wahl, gli Stati dell'Unione Europea sono diventati "Stati Membri"; ma sono rimasti Stati. Le aspettative dei cittadini sono indirizzate, allora come oggi, innanzitutto nei confronti degli Stati, che devono anche conferire, in prima battuta, legittimazione all'amministrazione. L'art. 291, 1º comma TFUE prescrive in modo coerente che l'attuazione del diritto dell'Unione deve avvenire di regola in modo decentrato, attraverso il potere esecutivo degli Stati membri. Il "diritto amministrativo dell'integrazione" deve fornire entrambi i risultati: deve organizzare la nuova triade con gli strumenti adeguati; ma deve anche lasciare spazio ai modelli tradizionali di esecuzione e di gerarchia confrontandosi con il fenomeno della "contestualità di concetti contrari"". SCHMIDT-ABMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 287.

²⁸³ "(...) States, particularly those which are smaller in size, have to attenuate their clash with globalization. For this purpose, there is a strict link between regional integration and globalization. In other words, the fact that regional integration, in our case the European Union, interposes between globalization and the Member States of the EU, seen as isolated States, allow it to soften the impact of globalization on the States. The national identity of the States, in all its facets, simply due to the interposition of regional integration, may be preserved in a world which is globalizing. The whole legal order of the European Union will play an important

constitucionalismo global en proceso de gestación²⁸⁴ que naturalmente tiene y tendrá importantes efectos en el derecho administrativo²⁸⁵.

2.3.2. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: UNA INTEGRACIÓN FORMAL

Tras haber examinado de manera aproximativa las características más sobresalientes del proceso europeo de integración, conviene dirigir la mirada hacia el continente suramericano para completar la visión panorámica de la regionalización, concebida aquí como una de las manifestaciones de la globalización en su sentido más amplio. Lo primero que habría que señalar al respecto es que el primer experimento de integración en la región —la Comunidad Andina de Naciones (CAN)— data de 1969, por lo que podría asumirse que en realidad es históricamente anterior a la Unión Europea.

Sin embargo, si se tiene en cuenta que el Tratado de Maastricht de 1993 fue el resultado de un proceso de integración cuyos orígenes se remontan a la segunda posguerra y al tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 1951, es evidente que el experimento europeo es más antiguo. Al argumento puramente cronológico habría que añadir una observación sustancial, y es que la envergadura de los efectos que el acuerdo de 1969 trajo aparejados palidece de cara a las consecuencias del Tratado de Maastricht. En definitiva, los grados de integración de la Unión Europea y de la Comunidad Andina de Naciones son radicalmente distintos.

role in this softening effect. This explains why globalization makes it urgent that we deepen European integration, including legal integration". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 333.

²⁸⁴ "In turn, the relationship between the European constitution and the global constitution is one of reciprocal enrichment. On the one hand, the European constitution, and the European Union with it, serve, as has been said, as an excellent laboratory for globalization and global constitutionalism". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 335.

²⁸⁵ "The birth of global constitutionalism, as the top of the pyramid of plural constitutionalism, will have necessarily to produce effects in other branches of law which give real form to constitutional law, beginning, as is obvious, with administrative law.

While the exercise of the administrative power in a State could only be seen as a national prerogative, only national administrative law was spoken of. However, the appearance of the European constitution and, consequently, European constitutional law, led to the birth of European administrative law". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, pp. 335-336.

La disparidad entre los procesos de integración en Europa y Suramérica puede explicarse no solo a partir de las diferencias obvias entre las circunstancias históricas y contextuales que los generaron, sino también en razón de la convivencia de dos modelos constitucionales diversos en el caso suramericano. En efecto, en el subcontinente coexisten dos tendencias: por un lado, un grupo de constituciones que pueden denominarse clásicas y que no allanaron el camino de manera significativa para la integración; por otro lado, las constituciones andinas, que se comprometen en mayor medida con la integración e introducen para ello mecanismos eficaces para el incremento de la legitimidad democrática²⁸⁶.

Esa duplicidad, sumada a la discrepancia de opciones políticas y económicas por parte de los países miembros, permite aseverar que las finalidades de integración que se esperaban por parte de la Comunidad Andina de Naciones no han sido colmadas, aun a pesar de la existencia de un aparato normativo e institucional cuyo refinamiento no tiene nada que envidiar al esquema europeo. En definitiva, el balance general acerca del experimento de integración emprendido por la Comunidad Andina de Naciones resulta a todas luces insatisfactorio²⁸⁷. El relativo fracaso del modelo no se explica entonces en razón de problemas formales sino metajurídicos, lo que ha llevado a que sea considerado como una suerte de “regionalismo ceremonial”²⁸⁸, es decir, un proceso de integración que se agota en declaraciones retóricas y de buenas intenciones.

²⁸⁶ “En la región latinoamericana conviven dos modelos de integración: uno fundamentado en las constituciones clásicas, propio del viejo constitucionalismo latinoamericano, que no cuenta con los elementos de legitimidad y cuya situación solo se ha visto mitigada por algunas reformas de las últimas décadas; y el correspondiente al constitucionalismo andino que estaría configurando un nuevo paradigma en el constitucionalismo latinoamericano, cuyo modelo integrador es más comprometido y con mecanismos avanzados de legitimidad democrática”. TREMOLADA ÁLVAREZ, E. La integración regional en las constituciones andinas: ¿una tendencia garantista en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia? En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 149.

²⁸⁷ “Al riguardo, in particolare, i risultati certamente non positivi della CAN dimostrano, a nostro avviso in maniera evidente, come l’adesione al modello integrazionista non costituisce di per sé un fattore di successo per la cooperazione istituzionalizzata. In tal caso, infatti, pur in presenza di un raffinato apparato giuridico-istituzionale, rafforzato dalla cospicua giurisprudenza del TJCA, il processo di integrazione non ha conseguito i risultati prefissati per la evidente eterogeneità delle scelte politiche ed economiche effettuate dai singoli Stati membri. Peraltro, in termini generali, l’insuccesso delle varie esperienze associative del sub-continente finisce per riflettersi sulla credibilità sia dei Governi che le hanno sostenute, sia del fenomeno integrazionista nel complesso che continua a disattendere le aspettative”. PENNETTA, P. y TINO, E. Paradigmi economici e modelli giuridici di integrazione regionale in America Latina e nei Caraibi. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 442-443.

²⁸⁸ “Una analisi avulsa da qualsiasi condizionamento politico ci consente quindi di osservare come, lungi dal dipendere da fattori giuridici o economici, le motivazioni del mancato successo del regionalismo latinoamericano e caraibico possano essere individuate in caratteristiche di ordine politico e costituzionale. In primo luogo, l’insuccesso delle esperienze associative latinoamericane e caraibiche è riconducibile ad un dato

No obstante lo anterior, desde el punto de vista estrictamente jurídico-administrativo es posible afirmar que existe un derecho administrativo de la Comunidad Andina de Naciones, esencialmente porque concurren un sistema de fuentes aplicables y una jurisdicción diferenciada²⁸⁹. De hecho, tal como pudo comprobarse en el caso de la Unión Europea, el sistema normativo e institucional andino es en gran medida un sistema jurídico-administrativo, en el sentido de que existe una administración andina que rompe el esquema institucional clásico del Estado nación, y en la medida en que el protagonismo lo detentan normas de tipo estructural y procedimental²⁹⁰. En conclusión, aun cuando su operatividad sea reducida, el sistema de la Comunidad Andina de Naciones presenta un alto grado de “administrativización”, tal como la Unión Europea.

2.3.3. EL MERCOSUR: COOPERACIÓN EN LUGAR DE INTEGRACIÓN

Una reflexión similar es posible en el caso del experimento de integración del Mercosur, emprendido en 1991 mediante el Tratado de Asunción. Se trata también de un proceso inspirado por la experiencia europea, dirigido a la creación de un mercado común y guiado por una serie de instituciones que ejercen funciones típicamente administrativas y que producen decisiones impositivas tanto a los Estados como a los individuos²⁹¹. Tal como

metagiuridico, all'assenza cioè di una precisa scelta politica di medio-lungo periodo da parte degli Stati ovvero all'esistenza di una tenue identità di gruppo. (...) Tali fattori hanno portato il fenomeno associazionista nel sub-continente ad essere definito come un mero *Ceremonial regionalism*". PENNETTA, P. y TINO, E. Paradigmi economici e modelli giuridici di integrazione regionale in America Latina e nei Caraibi. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 443-444.

²⁸⁹ Cfr. SANTOS RODRÍGUEZ, J.E. El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2013, n. 10, pp. 21-44.

²⁹⁰ “En el sistema comunitario andino no cabe la menor duda de que existe un conjunto de normas aplicables tanto a la organización como a la actividad de la administración pública comunitaria. En este sentido, no puede perderse de vista que “el derecho comunitario europeo está ante todo constituido por reglas de derecho administrativo y notablemente de derecho administrativo económico”, de tal manera que “la expresión «comunidad de derecho» utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede ser perfectamente utilizada como comunidad de Derecho Administrativo” (Schwarze, 1994:8), consideración que puede ser también extendida a la Comunidad Andina de Naciones. Es decir, que el bloque normativo que integra el ordenamiento jurídico comunitario es, ante todo, un bloque de normas de Derecho Administrativo y, por lo mismo, aplicable a la administración pública comunitaria”. SANTOS RODRÍGUEZ, J.E. El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2013, n. 10, pp. 21-44, p. 29.

²⁹¹ “Mercosur, a South American regional organization, was created in 1991 by the Treaty of Asuncion and encompasses four Latin American countries: Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay. The goal of this bloc is the creation of a Common Market, in which a free-trade zone, a customs union, and a common market policy are guaranteed. In these terms, an analogy between the EU and Mercosur is evident. Several of Mercosur's institutional and constitutional features resemble those of the EU: the governing bodies of Mercosur (Common Market Council, Common Market Group, Trade Commission, Parliament, Secretariat) issue

ocurre en el caso de la Comunidad Andina de Naciones, el funcionamiento del Mercosur no se caracteriza por su eficacia. Sin embargo, en este caso ello se debe no solo a los inconvenientes de carácter metajurídico antes descritos, sino también al hecho de que la delegación de funciones en los órganos del sistema de integración resulta un ejercicio excepcional, mientras que el protagonismo de los Estados parte en los procesos decisorios constituye la regla general²⁹².

La intergubernamentalidad es la característica principal del sistema del Mercosur: en lugar de responder a un modelo supranacional en el que las instituciones regionales detentan amplias competencias que son normalmente imponibles de manera autónoma, como se tuvo oportunidad de apreciar en el caso europeo, en el Mercosur las decisiones son resultado del consenso y la unanimidad entre los Estados parte²⁹³. Por ende, desde un punto de vista técnico el Mercosur no representa un auténtico esfuerzo de integración sino de mera cooperación: el modelo protege la soberanía de los Estados miembro mediante la exigencia de consentimiento, y por ahora no parece existir la intención de dotar de mayor autonomía al sistema institucional²⁹⁴.

secondary normative acts and exercise administrative functions, which are binding and imposed on the member States as well as on individuals". MARCHETTI, B. EU and Global Judicial Systems. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 51.

²⁹² "El MERCOSUR crea un sistema *intergubernamental* conforme al cual la delegación de competencias en instituciones comunes es bastante reducida, preservando el rol preponderante del Estado miembro en el proceso de integración". SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233, p. 218.

²⁹³ "La particularidad de un sistema intergubernamental consiste en que mientras en la supranacionalidad las instituciones tienen potestad autónoma, por encima de los Estados, para el cumplimiento de funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, en el modelo intergubernamental la delegación de competencias en instituciones comunes es mínima. La toma de decisiones en el MERCOSUR se hace por consenso y unanimidad, lo que preserva el rol preponderante del Estado. Y esta es la característica más trascendental de las estructuras organizativas del MERCOSUR: el carácter intergubernamental y el principio general de toma de decisiones por consenso y quórum de todos los miembros presentes". SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233, p. 221.

²⁹⁴ "(...) el sistema institucional del Mercosur, al igual que el de las organizaciones de cooperación, procura resguardar la soberanía de cada uno de sus Estados parte con mecanismos que evitan que puedan tomarse decisiones sin el consentimiento de estos. Los Estados parte del Mercosur tampoco han manifestado aún intención alguna de introducirle reformas al sistema institucional de esta organización internacional con la finalidad de dotarla de mayor autonomía y de transformarla en una organización de integración". HERNÁNDEZ GREBE, A. El Mercado Común del Sur (Mercosur): ¿un proceso de integración o de cooperación regional? En ACOSTA ALVARADO, P.A. y DELPIANO LIRA, C. (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, p. 201.

El modelo de cooperación presenta ciertas limitantes en contraste con un modelo de integración avanzada como el europeo, derivadas de la diferencia fundamental entre ambos, es decir, del nivel de soberanía cedida²⁹⁵, por un lado, y de la falta de voluntad política, por el otro²⁹⁶. Los obstáculos operativos principales tienen que ver, en primer lugar, con el hecho de que el financiamiento del sistema depende del aporte de fondos aportados directamente por los Estados miembro, y, en segundo término, con el hecho de que exista una exigencia de transposición normativa que no impone plazos determinados ni sanciones por el incumplimiento²⁹⁷.

Ahora bien, dado ese escenario, ¿es posible afirmar la existencia de un ordenamiento jurídico regional en el Mercosur y, en particular, de un sistema jurídico-administrativo? Desde un punto de vista técnico la respuesta a esa interrogante es negativa, porque los presupuestos para la existencia de un derecho regional son, por un lado, la cesión de funciones por parte de los Estados miembro a las instituciones supranacionales, y, por el otro, la existencia de un órgano facultado para administrar justicia entre los Estados e imponerles la normativa regional, incluso mediante la defensa de su primacía jerárquica. Ninguno de esos presupuestos se verifica en el caso del Mercosur, por lo que en rigor no existen un derecho regional ni mucho menos un ordenamiento administrativo regional²⁹⁸.

²⁹⁵ “La diferencia entre ambos tipos de organizaciones internacionales revela la voluntad de los Estados parte en orden a ceder competencias soberanas. Mientras en las organizaciones internacionales de cooperación, que son la mayoría de las que existen en la actualidad, hay un respeto absoluto a la soberanía nacional, siendo los Estados miembro los que finalmente decidirán la aplicación a su derecho interno de las decisiones tomadas en el seno de la organización, en las organizaciones internacionales de integración sus miembros ceden a la organización competencias soberanas, adoptando estas decisiones que en algunos casos pueden llegar a ser directamente aplicables a los Estados parte, sin que se requiera el consentimiento previo de estos”. HERNÁNDEZ GREBE, A. El Mercado Común del Sur (Mercosur): ¿un proceso de integración o de cooperación regional? En ACOSTA ALVARADO, P.A. y DELPIANO LIRA, C. (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, p. 188.

²⁹⁶ “Los avances experimentados por el Mercosur presentan así mismo limitaciones que son el resultado de la prevalencia del mecanismo de cooperación adoptado por los Estados parte por sobre el mecanismo de integración. En efecto, para un adecuado cumplimiento de los objetivos y para lograr una mayor integración entre los miembros de la organización internacional en análisis, se requiere mayor voluntad política. Los Estados parte del Mercosur han manifestado, conforme se desprende de lo señalado en los párrafos anteriores, su voluntad de ir ampliando los objetivos y de corregir las falencias de las que aún adolece. Sin embargo, no existe en la actualidad la voluntad de ceder el ejercicio de competencias soberanas, aunque solo sea en esferas determinadas, como ocurren en la Unión Europea”. HERNÁNDEZ GREBE, A. El Mercado Común del Sur (Mercosur): ¿un proceso de integración o de cooperación regional? En ACOSTA ALVARADO, P.A. y DELPIANO LIRA, C. (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, p. 195.

²⁹⁷ Cfr. HERNÁNDEZ GREBE, A. El Mercado Común del Sur (Mercosur): ¿un proceso de integración o de cooperación regional? En ACOSTA ALVARADO, P.A. y DELPIANO LIRA, C. (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado, 2017, pp. 195-196.

²⁹⁸ “Existe un Derecho Comunitario cuando se ha producido una transferencia de competencias atribuidas a órganos internos del Estado a órganos comunitarios y cuando hay un tribunal o ente encargado no sólo de dirimir las controversias entre los Estados Partes, sino también de regular la aplicación interna del Derecho

Ello no quiere decir, sin embargo, que las instituciones que integran el Mercosur funcionen de manera anárquica, pues constituyen en todo caso un aparato burocrático y, guardadas las proporciones, están en esa medida sometidas a los principios de organización administrativa que rigen al interior de los Estados nación. Esa aplicabilidad no ha sido un tema pacífico en la doctrina²⁹⁹, pero en el caso del Mercosur se verifican las condiciones necesarias para que ese tipo de principios tengan pertinencia, a saber, la existencia de un aparato administrativo organizado y la titularidad y ejercicio de funciones³⁰⁰.

Sin embargo, tal como se explicó, el sistema administrativo del Mercosur no ostenta el mismo grado de operatividad que el de la Comunidad Andina de Naciones, y mucho menos que el de la Unión Europea. Ello implica que el segundo elemento necesario para el imperio de los principios de organización administrativa no se configura, o al menos no en la misma medida. Sin embargo, lo cierto es que los órganos que componen el sistema sí cumplen determinadas funciones, aunque no exista cesión de soberanía por parte de los Estados. De ahí que la doctrina considere que esas coordenadas deontológicas aplican *mutatis mutandis* en el ámbito del Mercosur, es decir, de manera congrua con la naturaleza de las instituciones que integran la administración regional y de manera analógica³⁰¹.

Comunitario y asegurar la primacía sobre el Derecho interno. Esto no existe aún en el MERCOSUR". BRITO, M.R. El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración. En: *Revista de derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, año IV (2005), n. 8, pp. 7-16, p. 10.

²⁹⁹ "Desde el momento de la creación de instancias intergubernamentales entre los Estados que componen el MERCOSUR ha surgido el interrogante jurídico de si los principios de organización del derecho administrativo serían aplicables a estos nuevos órganos regionales. Más aun cuando en los Estados integrantes priman principios de organización administrativa". SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233, p. 212.

³⁰⁰ "En concordancia con Giannini, tradicionalmente se considera que son dos las condiciones necesarias para la aplicación de principios de organización administrativa: la existencia de una estructura institucional y la asignación de funciones propias". SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233, p. 213.

³⁰¹ "Ahora bien, como vimos, son varios los principios y elementos que la estructura institucional del MERCOSUR aplica en su funcionamiento que responden a los principios de organización administrativa del derecho administrativo. No obstante, sería un error pretender trasladar los principios que rigen las organizaciones administrativas internas de los Estados Parte, en forma supletoria, sin filtrar aquellas características que por la naturaleza de estas instituciones regionales serían inaplicables. Por lo que la adaptación de principios debe darse por analogía, respetando las particularidades del derecho de la integración. González Moras diferencia dos tipos de principios de organización administrativa, los referentes a la aplicación del derecho comunitario (o de la integración) y los vinculados a la organización administrativa interna. Los primeros serían los principios aplicables a los órganos del MERCOSUR, y los segundos los principios del derecho interno, propios de los Estados Parte. Creemos que la diferenciación seguirá subsistiendo porque los fines de unos y otros hacen que sea incompatible compartir los mismos principios". SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233, p. 228.

En conclusión, los principios de organización administrativa rigen tanto en el nivel regional como en el ámbito interno de los distintos Estados miembro, pero por lo pronto, y por ahora no existe motivo para pensar que la tendencia cambie, lo hacen de manera distinta. Su aplicación en el orden supranacional no permite por ahora formular la existencia de un derecho administrativo regional.

2.4. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO ESTRICTO Y SUS MODELOS DE COMPRENSIÓN

Tras haber hecho un recorrido comparativo entre tres modelos de integración, se ha podido comprobar que la globalización del derecho y, en particular, la del derecho administrativo, implican una primera órbita de acción: el nivel regional. La globalización no es uniforme en los tres modelos y sus efectos varían según el contexto. Aun a pesar de dificultades políticas recientes, la Unión Europea sigue representando el arquetipo de la integración, seguida por la Comunidad Andina de Naciones, que formalmente parece reunir todos los elementos necesarios para lograr un nivel de integración semejante al europeo, aunque en la práctica no sea así por inconvenientes de orden metajurídico. Un discurso distinto se desprende del Mercosur, en el que los ideales de integración y de supranacionalidad ceden lugar a los paradigmas de la cooperación y la intergubernamentalidad.

En cualquier caso, algo parece cierto: el derecho, y particularmente el derecho administrativo, han sufrido mutaciones de cara a los experimentos reseñados, incluso en Latinoamérica³⁰². Los ordenamientos internos son permeables por normativas supranacionales a través de la transposición y, a su turno, los cuerpos normativos regionales se nutren dogmáticamente de las tradiciones jurídicas nacionales. Existe entonces un diálogo entre ambos niveles, que ha dado lugar, al menos en el caso europeo, a la creación de un auténtico derecho regional. Al respecto, no sobra volver a llamar la atención sobre el hecho de que esos nuevos ordenamientos son mayoritariamente jurídico-administrativos, porque regulan ante todo aspectos de procedimiento y estructura.

³⁰² "Situating in this reality, administrative law is no longer exclusively a branch of domestic law. Firstly, there exists today an international administrative law relating to international organizations, which is not domestic to any State, nor does it strictly integrate public international law.

Secondly, in the specific area of Latin America, there are multiple integration agreements that have generated a regional administrative law". DELPIAZZO, C.E. *Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 103.

Ahora bien, como se había sugerido, la regionalización es solo una de las formas de la globalización en sentido amplio, y quizás solo su versión más tímida. La verdadera globalización —la globalización en estricto sentido³⁰³— resulta todavía más interesante y teóricamente más elusiva, porque sus dinámicas no están contenidas por fronteras regionales ni están necesariamente atadas a las reglas claras de un sistema institucional determinado, como es el caso de las tres experiencias de integración traídas a colación, pero tampoco pertenecen al ámbito del derecho internacional propiamente dicho³⁰⁴.

También se había anticipado que la metodología indicada para estudiar la regionalización se diferencia necesariamente de aquella utilizada para analizar la faceta estricta de la globalización del derecho: en el primer caso se estudiaron modelos institucionales concretos, pero en el segundo caso eso resulta imposible dada la cantidad de sistemas de regulación de alcance global. Como se dijo, la proliferación de tales sistemas explica la abundancia de modelos teóricos explicativos de la globalización jurídico-administrativa, y el método adecuado para estudiarla es, por tanto, el recorrido por los modelos dogmáticos cuyas explicaciones se estiman más satisfactorias y por los puntos de vista que en mayor medida contribuyen a ilustrar las modificaciones del contenido y el alcance del derecho administrativo desde una óptica territorial. Lo cierto es que entre tales modelos o puntos de vista no existe un consenso, ni siquiera en cuanto a la terminología adecuada para referirse al nuevo derecho administrativo más allá del Estado, y ocurre que la literatura es muy heterogénea al respecto³⁰⁵.

³⁰³ “More recently, after Europeanization, there has been globalization or “worldization” of administrative law and the consequent formation of global administrative law. This movement is as unstoppable as the globalization of constitutional law and of constitutionalism given that, with this, it constitutes one more expression of the globalization of law and the creation of a “global legal space”, as referred to above – that is, a harmonized legal space, at world level”. DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 340.

³⁰⁴ “La globalización jurídica tomaría la forma de “relaciones jurídicas cuyo tratamiento sobrepasa el marco nacional o comunitario, sin entrar en el espacio jurídico internacional *stricto sensu*””. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 215.

³⁰⁵ “Lo primero que hay que advertir es la inexistencia de un consenso acerca de la propia terminología con que la doctrina se acerca a esta construcción jurídica *in fieri*, susceptible de aproximaciones parciales diversas, como en la parábola del ciego y el elefante, en la que una serie de estudiosos de diversos saberes tratan de describir a un ciego qué es un elefante desde su propia perspectiva (metáfora que tomo prestada del coloquio organizado sobre el tema por la propia *New York University School of Law*). Inicial y aproximativamente, puede decirse que el tema se enmarca en el fenómeno más amplio de la gobernanza global, y que trata de analizar las repercusiones de la globalización en la esfera jurídica, marcada por la aparición de nuevos actores internacionales, públicos, semipúblicos o privados, y de nuevas formas de funcionamiento en red de los actores públicos nacionales, que desarrollan importantes funciones regulatorias, así como por una creciente ampliación de las situaciones jurídicas transnacionales que plantean problemas de determinación del Derecho aplicable y de la jurisdicción competente. A partir de estas constataciones se pretende trasvasar, con la necesaria adaptación, los valores públicos (principio de democracia y Estado de Derecho y sus repercusiones en materia de organización, transparencia, procedimiento, rendición de cuentas, control...) a estas nuevas

Por ello, una teoría del derecho administrativo más allá del Estado, como la que aquí se aspira a construir —o cuando menos a esbozar—, debe elaborarse necesariamente sobre los denominadores comunes que existen entre los distintos modelos explicativos. Esos puntos en común tienen que ver con la constatación general de que la globalización pone en jaque presupuestos tradicionales del subsistema, como el protagonismo del Estado, la territorialidad del derecho y la compartimentación entre los ordenamientos nacionales, entre muchos otros que serán abordados posteriormente³⁰⁶.

Ya se había tenido oportunidad de precisar el alcance del término globalización, indicando que éste no deja de representar una relativa novedad terminológica, pero desmintiendo el mito de la novedad histórica del fenómeno³⁰⁷. Para el Fondo Monetario Internacional, la globalización es un “Proceso de acelerada integración mundial de las economías a través de la producción, el comercio, los flujos financieros, la difusión tecnológica, las redes de información y las corrientes culturales”³⁰⁸. La globalización jurídica, en cambio, consiste en el efecto natural que todos los procesos de la globalización *lato sensu* tienen sobre el derecho, concebido tanto como ordenamiento que como ciencia, y que se concreta en una tendencia hacia la uniformidad y la convergencia entre sistemas jurídicos a través de varios canales³⁰⁹.

formas de regulación”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 306.

³⁰⁶ “(...) en el terreno jurídico, la globalización supone un desafío a la centralidad jurídica del Estado, a la territorialidad del Derecho, a la diferenciación de los sistemas jurídicos nacionales y a la articulación clásica del orden internacional y del orden interno. Lo que abre líneas de investigación en los tres dominios fundamentales: el normativo (interconexión entre sistemas, más allá de la jerarquía), el competencial (definición de la acción pública en un contexto de pluralidad cultural e ideológica) y el organizativo (buena organización en términos de eficacia y de legitimidad)”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 319.

³⁰⁷ “La primera tesis que se quiere señalar en este trabajo es que la globalización no es un fenómeno exclusivo de nuestra contemporaneidad. Asumiendo la perspectiva de Braudel, en el desarrollo histórico real se encuentran la aparición y la presencia de sucesiones de procesos globalizadores, de múltiples globalizaciones, donde la actual sería una forma más del proceso histórico de la globalización”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 4.

³⁰⁸ Cfr. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 29-30.

³⁰⁹ “En consecuencia de todo lo expuesto, la globalización del derecho —o también denominada jurídica— es el producto de las tensiones que la globalización, en todas sus dimensiones (social, política, económica, cultural, tecnológica, etc.), obliga a soportar al derecho, en general, y a los derechos, en particular. (...) Es evidente que la globalización es un fenómeno que produce variaciones sobre el derecho, en particular el público, el cual contribuye a transformar en interacción con otros factores o manifestaciones propias de la modernidad. Para Jacques Chevalier [sic], el derecho globalizado tiene por efecto el de constituir

La territorialidad y las fronteras no suponen ya una limitante tan estricta, y el derecho ha empezado a desembarazarse o, como diría el profesor Cassese, a desanclarse del Estado nación. La producción normativa de orígenes y alcances internacionales es cada vez mayor, y existe un sinnúmero de cuerpos normativos, regulaciones y parámetros, amén de instituciones, redes y aparatos, que no dependen de la soberanía tradicional y que tienen innegables efectos en la población mundial³¹⁰.

Los Estados, alguna vez leviatanes capaces de imponer sus designios sobre los destinatarios de las normas, han perdido parte de su poderío y ya no detentan el monopolio de la producción normativa³¹¹, alterando el sistema de fuentes ortodoxo. Las constituciones ya no son siempre y necesariamente la cúspide de la pirámide normativa, y la autonomía de los pueblos para otorgarse sus propias reglas de conducta ha cedido espacio a la heterolimitación por elementos ajenos al Estado nación³¹².

progresivamente “un núcleo de reglas y de principios comunes que se traducen en un movimiento de aproximación de los sistemas jurídicos estatales””. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 31-33.

³¹⁰ “El derecho mundial supera la soberanía y las fronteras como espacio de vigencia del derecho del Estado nación y sus normas constitucionales. Aspectos evidentes de la internacionalización de las normas son los intercambios comerciales y financieros globales y las medidas que los hacen posibles, las nuevas regulaciones técnicas y científicas públicas y privadas, las redes de todo tipo, la reglamentación de conflictos y la definición de derechos y categorías jurídicas asumidas como principios para distintos ámbitos de la gestión, como son el desarrollo sostenible, los derechos de las personas y los elementos de las relaciones laborales”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 33.

³¹¹ “The reality is that globalization has pushed the fragmentation of legality based on Parliamentary sovereignty and, consequently, of State ownership or monopoly of the the lawmaking process, which creates the serious problem of having to make compatible supranational and local legislation and shows the need for procedures and agencies to resolve disputes in the event that the clash of groups of law.

The challenge for our countries in an increasingly globalized world is none other than that of making compatible unity and diversity, while adhering to the principles of the rule of law or legality, in a scenario where legality, with new sources of law creation and customs, will still play a key role in guaranteeing the rights of private individuals and corporations”. CASSAGNE, J.C. *Globalization and its Impact on the Rule of Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, pp. 9-10.

³¹² “Otra manifestación de la globalización jurídica es la afectación de la capacidad normativa de los Estados, con lo cual el sistema de fuentes planteado desde sus inicios por Kelsen ha sido completamente revaluado. El derecho supranacional se impone a los Estados. El profesor Chevallier sostiene al respecto que “el Estado de derecho liberal implicaba la autolimitación del poder desde los elementos internos, mientras que el orden global implica la heterolimitación por circunstancias, poderes y fuentes externas al Estado”. Por otra parte, la internacionalización del derecho sobre la contratación pública, establecida por la Organización Mundial del Comercio; las fórmulas propuestas por el Banco Mundial y el FMI, y la normativa comunitaria sobre la materia, ponen de manifiesto la erosión del poder estatal y su escasa capacidad en la materia”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 34-35.

Pero la influencia de órdenes regulatorios externos sobre los ordenamientos internos rara vez opera de manera coercitiva. De hecho, en la mayoría de los casos ocurre que un sistema jurídico nacional adopta reglas no prescriptivas —*soft law*— para cumplir con las expectativas de la comunidad internacional, no porque exista el riesgo de una retaliación jurídica ante la no adopción, sino por el albur de una represalia *de facto*³¹³. Ello no quiere decir necesariamente —aunque cabe dentro de las posibilidades— que el nuevo derecho global se dirija hacia la eliminación de los sistemas jurídicos internos. Por el contrario, la tendencia parece ser la armonización, es decir, la construcción de puentes que faciliten la comunicación y el entendimiento entre los sistemas³¹⁴.

Todo ello impacta profundamente al derecho, y especialmente al derecho administrativo. Es una realidad incontestable que el subsistema se encuentra en un estado de transformación profunda por el influjo de fenómenos que son contrarios a su lógica ortodoxa, tradicionalmente afincada en nociones como la de Estado nación, territorialidad, soberanía, competencia, entre otras³¹⁵. Todas esas nociones son actualmente —o deberían

³¹³ “Todo esto origina el denominado *soft law* o derecho no prescriptivo, consensuado o contractual (...). (...) Este *soft law* ha sido considerado un conjunto de normas dictadas por profesionales, por su propia iniciativa, en colaboración con los consumidores o con el Estado, con fundamento en una habilitación estatal, como instrumentos de aplicación consensuada, sin fuerza legal. Aparece recogido en muy diversos instrumentos (como declaraciones, cartas o resoluciones) que recogen principios, conceptos y criterios no incorporados al derecho positivo, que adquieren importancia a la hora de su aplicación por parte de los jueces y como referencias de las resoluciones de los poderes públicos”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 35.

³¹⁴ “No obstante lo anterior, el ordenamiento global no pretende eliminar los ordenamientos nacionales o supranacionales, pero sí armonizarlos; por ello tiene una función informadora de los diferentes ordenamientos, a fin de generar una comunidad de principios que faciliten una coordinación supraestatal. Con relación a los sistemas locales, el derecho global ejerce una función complementaria, al regular ciertas materias, con competencia exclusiva o concurrente, mediante disposiciones vinculantes para los ordenamientos locales”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 37.

³¹⁵ “Todos estos factores de la globalización jurídica han impactado directamente en el derecho administrativo y ello les ha atribuido un nuevo papel al Estado y a la administración. Entre tanto, las jurisdicciones administrativas, gracias a la constitucionalización del derecho, aplican hoy en día, además de la ley, los principios y valores imperantes en la sociedad en que se resuelve el conflicto, con lo cual cambian la interpretación y la aplicación del derecho, donde el juez administrativo es también un juez creador y activista, que respeta los parámetros constitucionales.

En esa medida, el derecho administrativo se encuentra en una fase de mutación, puesto que debe replantearse en un escenario diferente a los del pasado. Al respecto, el profesor Chevallier afirma:

“Las actuales sacudidas que afectan al derecho administrativo son producto de un conjunto de determinaciones externas al propio sistema, extrañas a su lógica e incompatibles con su racionalidad: el debilitamiento del Estado-nación, la banalización de la gestión pública y la extensión correlativa de la competencia judicial, el movimiento de la penalización de la vida pública, el cuestionamiento de los privilegios

ser— objeto de una revisión dogmática, que se intentará más adelante. Sin embargo, antes de emprender ese proyecto teórico, es necesario estudiar los puntos de vista y los modelos dogmáticos existentes, determinar cuáles son sus virtudes y cuáles sus defectos. Será necesario estudiar cómo puede explicar el derecho administrativo tradicional las influencias de las que es objeto (2.4.1.), qué explicación da el derecho administrativo internacional (2.4.2.), qué nuevas luces arrojan construcciones recientes como el derecho administrativo global (2.4.3.), y, finalmente, si es posible hablar hoy en día de un globalismo jurídico-administrativo que proporcione un modelo omnicompreensivo para explicar el fenómeno (2.4.4.).

2.4.1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNO GLOBALIZADO

El primer punto de vista a partir del cual es posible estudiar la globalización jurídico-administrativa en estricto sentido es el que presta el derecho administrativo tradicional. En otras palabras, la primera y más obvia aproximación a la serie de fenómenos analizados es aquella que se intenta a partir de los parámetros ortodoxos del subsistema. Desde esta óptica, es posible afirmar que el derecho administrativo interno se ha globalizado, es decir, ha sido normativa y dogmáticamente transformado por normas y conceptualizaciones que provienen de ámbitos exteriores a las fronteras de los Estados. Tales influencias foráneas pueden tener dos orígenes: los ámbitos supranacionales u otros ordenamientos nacionales³¹⁶.

En el primer caso existen relaciones de jerarquía normativa que desvirtúan y ponen en entredicho la pirámide kelseniana, originalmente coronada por la constitución, y ahora sometida a los designios de instituciones y sistemas regulatorios que no dependen directamente de los aparatos estatales³¹⁷. En el segundo caso las relaciones son de

estatales, el proceso de internacionalización y de constitucionalización de los derechos fundamentales, la afirmación de la jurisprudencia constitucional, la potenciación de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo [...]. Tales determinaciones externas actúan como limitaciones sobre el campo del derecho administrativo, que se halla desestabilizado. La toma en consideración de esta dinámica económica, social, política, ideológica, y el análisis de su impacto sobre el derecho administrativo, alcanza a la perspectiva que está en el corazón de la ciencia del derecho””. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 35-36.

³¹⁶ “Gli ordini nazionali, tradizionalmente chiusi l’uno all’altro, non solo sono divenuti permeabili rispetto ad ordini più vasti (europeo, globale), ma sono anche divenuti reciprocamente porosi, consentendo scambi, trapianti, importazioni ed esportazioni, imitazioni, adattamenti reciproci, convergenze, interpenetrazioni, sviluppi paralleli, dialogo, apprendimento comune”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 543-544.

³¹⁷ “Queste norme, convenzionali o prodotte da organizzazioni internazionali, sono legate alle norme nazionali da rapporti di gerarchia. È il caso degli standard globali, che si collocano al di sopra delle norme nazionali,

naturaleza cooperativa, permeabilizando las fronteras entre los ordenamientos nacionales, alguna vez nítidas, y diluyendo su autonomía e independencia normativas³¹⁸.

La implicación obvia de los cambios antedichos es que la soberanía ya no es monopolio estatal. Las administraciones públicas nacionales están a la merced de decisiones que se toman por fuera de sus sedes, especialmente en el caso europeo, como se tuvo oportunidad de comprobar, pero también en el nivel global³¹⁹. Los aparatos administrativos se insertan en redes, se agregan en cadenas cooperativas y se ven obligados a actuar de manera coordinada³²⁰.

Ahora bien, cabe precisar que desde el punto de vista del derecho administrativo interno globalizado los ordenamientos nacionales y supranacionales siguen siendo diferenciables entre sí, esencialmente porque coordinación no equivale a integración. En otras palabras, el hecho de que las administraciones públicas se imbriquen implica de suyo que conservan su singularidad, aunque trabajen de consuno y aun cuando su actividad se transforme de acuerdo con exigencias internacionales que ponen en discusión sus dinámicas clásicas³²¹.

secondo la tradizione tipica del diritto interno". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 23-24.

³¹⁸ "L'ordine giuridico globale non si muove solo lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale e viceversa – ma anche in direzione orizzontale. È un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia a livello interstatale, sia a livello globale in senso stretto". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 24.

³¹⁹ "Se il fenomeno più evidente è quello della penetrazione del diritto comunitario e degli effetti di trasformazione così indotti, a livello internazionale e globale operano, sia pure meno intensamente, ma nella stessa direzione, i Trattati e le convenzioni internazionali (CEDU, OMC, Convenzione di Aarhus) con gli organi, anche giurisdizionali, a cui hanno dato vita". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 2.

³²⁰ "È giunto ora il momento di rivolgere lo sguardo ai soggetti, diversi dallo Stato, che sono portatori di sovranità. In Europa, in particolare c'è l'Unione Europea che esercita un'influenza enorme sulle sorti delle amministrazioni nazionali: le leggi vengono adeguate in conformità alle direttive, le autorità amministrative devono dare attuazione alle indicazioni di Bruxelles e sono inserite in una rete di amministrazioni europee. Tutto ciò può essere valutato positivamente come un processo innovativo e negativamente se si considera il decadimento della cultura amministrativa nazionale.

Se si guarda allo scenario internazionale e globale, si riscontrano sviluppi strutturalmente simili che, pur non essendo così intensi come l'europeizzazione, non devono, tuttavia, essere sottovalutati per quanto concerne la loro influenza sul diritto amministrativo nazionale. Anche in questi casi riscontriamo una spinta verso il cambiamento del diritto nazionale e della prassi delle autorità statali e il sorgere di nuove istanze che, come organizzazioni internazionali, sono legittimate a porre in essere attività normative (secondarie) e amministrative. Gli studi sul "*Global Administrative Law*" (GAL) e il progetto del Max-Planck "*The Exercise of Public Authority by International Institutions*" mostrano in modo impressionante tale sviluppo". SCHMIDT-AßMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, pp. 285-286.

³²¹ "L'azione amministrativa, chiamata a confrontarsi con lo sviluppo della protezione dei diritti fondamentali e ancor più dei diritti procedimentali derivante da convenzioni internazionali ne viene necessariamente trasformata. Tradizionali istituti del diritto amministrativo risultano erosi e messi in discussione".

Las tradiciones culturales aún juegan un papel importante en la formación de los sistemas jurídico-administrativos internos, que conservan de una u otra formas sus identidades propias, pero se ven enfrentados a fenómenos como los trasplantes jurídicos, la permeabilización y la armonización, que demandan un enfoque más comparatista y cosmopolita, no solo por parte del derecho positivo³²².

En efecto, todo ello tiene que ver con el derecho administrativo en sentido normativo —o con la parte especial en la terminología de Schmidt-Aßmann— y con las administraciones públicas orgánicamente concebidas. Pero la globalización no opera únicamente sobre el derecho positivo de los distintos Estados, sino también sobre sus respectivas dogmáticas. La ciencia jurídico-administrativa interna está llamada a desanclarse del Estado nación, que ha sido su principal marco conceptual de referencia³²³. Naturalmente, como quedó claro con la aproximación a la teoría sistémica del profesor alemán, las transformaciones dogmáticas indirectamente afectan también a la dimensión normativa del derecho administrativo, pues ésta se nutre de los contenidos de la parte general³²⁴.

LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 3.

³²² “As economies become increasingly open, legal systems become more interdependent. National legal orders are no longer self-contained systems. Exchanges, the import and export of institutions, and dialogue between judges are common. An open legal space replaces closed-off national territories. The world has become a “cultural bazaar,” where it is possible to go “institution-shopping,” and consequently move sets of principles from one legal order to another. There are not only legal transplants, but also cross-fertilizations, emulations, penetrations, harmonizations and self-harmonizations. Elite networks and transnational policy communities are at work. Alongside the “lex mercatoria,” merchants in administrative law have arisen.

This does not mean that individual national legal orders have become similar. Cultural traditions and contexts play a major role in transforming convergent institutions and differentiating them from one another. These developments require two major changes in administrative law scholarship. On one hand, they require comparison: it is increasingly true that the law of one country cannot be fully understood if it is studied in isolation. Administrative law scholarship cannot confine itself to one legal system alone. Moreover, at this point, comparison requires a “total law” approach, that entails the study of the law as contained in books (i.e., statutes and statutory instruments), of law in action, of legal conventions, legal practices and customs, history, and legal myths.

On the other hand, these developments require going beyond simple comparison, and taking into account the greater picture of communicating legal systems and the formation, diffusion, and impact of common ideas and principles in numerous legal orders. In other words, the developments require adopting the “cosmopolitan vision””. CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, pp. 611-612.

³²³ “These developments require administrative law scholarship to be denationalized. Thus far, nationalism has been the prevailing mode through which administrative law scholarship has been conducted. But, as common core principles have developed at the national, transnational, and global levels, administrative law scholarship must give up this traditional nation-based approach”. CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, pp. 605-606.

³²⁴ “Si aggiunga che una parte del fenomeno riguarda non il diritto amministrativo, ma la sua scienza: ad esempio, la teoria dei diritti pubblici subbiettivi, sviluppata in Germania nel corso del XIX secolo e diffusasi

Para el profesor Jean-Bernard Auby, los derechos administrativos internos son objeto de erosión por parte de tres factores distintos pero estrechamente relacionados³²⁵. Evidentemente, el primero de ellos es la globalización, que ha traído aparejada la internacionalización y permeabilización de los subsistemas, es decir, una pérdida de control del proceso de producción normativa por parte de los Estados, debida esencialmente a la enorme capacidad de influencia por parte de realidades en principio ajenas a ellos³²⁶; el segundo factor erosivo del derecho administrativo es lo que el profesor francés denomina desestatización de la sociedad, es decir, el proceso de reducción paulatina del aparato estatal³²⁷, por un lado, y el creciente protagonismo del mercado³²⁸ y del ciudadano³²⁹, por el otro, debidos respectivamente al triunfo global de un modelo económico neoliberal y abierto, y al acercamiento del individuo a los procesos de toma de decisiones por vía de la

successivamente in altri Paesi, come Italia e Spagna. Si tratta, in questi casi, di prestiti di teorie, che non mancano di avere conseguenze non solo sulle culture che le ricevono, ma anche, attraverso di esse, sugli istituti". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 545.

³²⁵ "Ormai da molti anni, almeno dagli anni '70 del secolo scorso, sono all'opera diversi fattori di destrutturazione del diritto amministrativo, la cui azione congiunta si è intensificata negli anni più recenti". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 1.

³²⁶ "Il primo fattore di destrutturazione attiene alla globalizzazione. Ne consegue per diverse vie l'internazionalizzazione del diritto amministrativo. Questo diviene permeabile. Vi fanno irruzione norme e standards esterni allo Stato, con conseguente perdita, da parte dello Stato, del controllo della dinamica di evoluzione del diritto amministrativo". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 2.

³²⁷ "Più ambiguo è senz'altro il fenomeno relativo al secondo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo, denominato dall'autore francese «*désétatisation de la société*» (destatizzazione della società nella traduzione letterale in italiano). Con l'espressione si vuole indicare, da un canto, a) la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio del mercato, dall'altro, b) la riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 3.

³²⁸ "Privatizzazioni e deregolamentazioni, esternalizzazioni di attività pubbliche, quelle che noi chiamiamo liberalizzazioni, indicano decisamente il recedere delle forme classiche dell'intervento pubblico e la trasformazione di centrali profili organizzativi e sostanziali del diritto amministrativo che ne vengono coinvolti. Non si può dire che venga meno il ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, né sempre esso si riduce, ma certamente si trasforma. L'adesione ad una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza implica il recedere di programmi e controlli pubblici a fini di direzione dell'economia a vantaggio della concorrenza, che è tecnica di coordinamento delle attività economiche alternativa ad essi". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 3-4.

³²⁹ "Si può parlare di riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini — secondo Auby — come effetto di un movimento, comune ormai da decenni alle democrazie occidentali, che ha condotto ad oltrepassare le esigenze classiche della democrazia rappresentativa per andare verso il riconoscimento diretto dei cittadini. Si tratta, pertanto, soprattutto dei progressi della "democrazia amministrativa", attraverso l'affermazione e lo sviluppo del principio di trasparenza amministrativa e degli istituti di partecipazione. Al riguardo, tuttavia, non di riduzione dello spazio dello Stato deve parlarsi, bensì di trasformazione del ruolo di esso". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 4.

democrazia diretta; finalmente, el tercer factor de desestructuración del subsistema jurídico-administrativo es la descentralización del poder público³³⁰, tanto desde un punto de vista territorial³³¹ como administrativo³³², es decir, la creciente importancia de los niveles locales y de las autoridades administrativas independientes. En suma, los derechos administrativos internos de los distintos países están siendo desestabilizados.

Todos los factores de desestabilización pueden resumirse en uno solo: la apertura definitiva de los sistemas normativos y dogmáticos nacionales a influjos externos³³³, que presupone

³³⁰ “Il terzo fattore di destrutturazione del diritto amministrativo (...) è quello del decentramento del potere pubblico, sia sotto il profilo *a*) del decentramento autonomistico che *b*) del decentramento amministrativo (...)”. LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 6.

³³¹ “Come è noto, nel nostro ordinamento, le Regioni hanno autonomia costituzionalmente garantita e sono dotate di una ampia potestà legislativa (generale) secondo un rapporto con quella statale assai confuso dopo la legge cost. n. 3/2001, rapporto gestito e rigidamente riorganizzato dalla Corte costituzionale attraverso una lunga sequela di sentenze. Nulla di tutto ciò in Francia, dove, nonostante la «decentralizzazione», ancorché definita «forte» (in virtù del conferimento della materia urbanistica e di importanti risorse finanziarie), il sistema appare ai nostri occhi ancora un sistema centralistico, nel quale le collettività territoriali, definite attori autonomi perché uscite dalla stretta tutela dello Stato, restano subordinate al potere regolamentare del governo.

Eppure, l'impressione è quella di una maggiore vitalità e significatività ordinamentale delle collettività francesi rispetto alle italiane se è vero che le prime — come sottolineato da *Auby* — sono state in grado di imprimere con la loro azione trasformazioni al diritto amministrativo, con riguardo alla funzione pubblica territoriale venuta ad essere governata da un diritto differente da quello dello Stato, come allo stesso modo il demanio pubblico locale; ancora, con uno sviluppo impressionante di modelli convenzionali, sia per organizzare i rapporti con lo Stato, sia i rapporti con il settore privato (fornitori, imprese, associazioni, ecc.). Nelle seconde, quelle italiane, al contrario, prevale una logica di mera gestione (e tendenziale moltiplicazione) della spesa pubblica ed una logica di strumenti di collocazione del ridondante personale politico, mentre l'innovazione ordinamentale appare assai scarsa e per lo più impedita dalle norme vigenti e soprattutto dalla Corte costituzionale”. LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 6.

³³² “Per l'autore francese l'analisi del decentramento amministrativo interno allo Stato conduce in primo luogo a sottolineare il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti, ivi più eclatante che nel nostro Paese. Il numero delle autorità amministrative indipendenti, dotate di ampi poteri normativi e sanzionatori, in Francia non ha cessato di crescere nel corso del tempo a seguito di deregolamentazioni, privatizzazioni (e liberalizzazioni) in quanto esse costituiscono lo strumento essenziale delle nuove modalità di regolazione amministrativa, in primo luogo con riguardo ai mercati.

Un tale modo di regolazione evita la concentrazione dei poteri in seno al governo, obbedisce anche ad indirizzi e direttive europee, che impongono la separazione tra lo Stato azionista e lo Stato controllore di imprese pubbliche, tra lo Stato regolatore di un mercato e lo Stato che gestisce un servizio pubblico a rete ed il medesimo Stato che agisce in esso.

Che cosa indicano tali fenomeni? Un tentativo di fuga dal diritto amministrativo? Una direzione di trasformazione del diritto delle pubbliche amministrazioni? I fenomeni si iscrivono nel tema forse più problematico e centrale riguardo al diritto delle pubbliche amministrazioni, il rapporto fra pubblico e privato, spesso semplicisticamente presentato come un confronto/scontro tra autorità e libertà, mentre investe i problemi dell'efficienza dell'amministrazione e delle garanzie nei confronti dell'azione di essa”. LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 7.

³³³ “Più estesa, in vero, appare al riguardo la destabilizzazione del diritto amministrativo classico.

a su turno la existencia de sujetos distintos al Estado y legitimados para promulgar normas. El resultado es un ambiente general de incertidumbre acerca de la soberanía³³⁴, del reparto competencial entre los productores de las normas y de los regímenes aplicables a ciertos supuestos fácticos³³⁵, pues el tratamiento que dos o más bloques normativos dan a una misma hipótesis puede variar, generando conflictos hermenéuticos y antinomias aun a pesar de las cláusulas de resistencia que los sistemas nacionales incorporan como dispositivos de armonización para evitar disonancias normativas³³⁶.

Si pensi all'influenza delle «fonti oltre lo Stato». Queste, attribuendo diritti, godendo di supremazia, facendo automatico ingresso nell'ordinamento nazionale, rivolgendosi alle amministrazioni, si prestano a scardinare le strutture su cui poggia l'ordinamento domestico. Una legalità rafforzata e dai tratti diversi da quella interna si riflette in particolare anche sul tradizionale regime di invalidità degli atti amministrativi quando ad essere violate sono norme ultrastatali.

Più ampiamente, la normativa extrastatale incide sulla disciplina sostanziale dei provvedimenti amministrativi ed anche sugli assetti della giustizia amministrativa, preclude la sottrazione di garanzie procedurali agli interessati, limita e conforma il potere amministrativo degli Stati nazionali". LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 11-12.

³³⁴ "Un aspecto sobre el que ha operado una transformación del Derecho Administrativo a causa del fenómeno integracionista tiene que ver con la estructura del Ordenamiento Jurídico Nacional de los estados miembros de ciertos acuerdos multilaterales. (...) El tema guarda relación y tiene su fuente en un elemento propio del Derecho Constitucional que se proyecta sobre el Derecho Administrativo, constituido por el concepto de soberanía. Como se recuerda, ésta ha sido entendida contemporáneamente como un atributo del Estado, cuyo depositario primario es la nación o el pueblo, tal cual lo han contemplado las Constituciones Colombianas de 1886 y 1991. Pero, se ha considerado especialmente que esa condición del concepto mismo de Estado se ejerce de una manera suprema y autónoma frente a otros poderes internos o externos e implica la competencia exclusiva para crear el Derecho. (...) Conforme a ello, la soberanía no es un atributo exclusivo de los Estados sino que también la tienen los órganos multilaterales originados en acuerdos internacionales, nacida en la delegación que hacen los Estados suscriptores para ciertas materias específicas. Se presenta así una "soberanía compartida" entre estos dos niveles de organizaciones, el internacional y el nacional". CHÁVEZ MARÍN, A.R. Las transformaciones del estado y del derecho administrativo en el marco de la integración y la globalización. En: *Revista IUSTA*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2004, vol. 2, n. 21, pp. 97-102, pp. 98-99.

³³⁵ "(...) el proceso normativo, caracterizado en cuanto a su formación por una multiplicidad de productores de normas, con superación del monopolio estatal, que da origen a una fragmentación y dispersión normativas y una incertidumbre sobre el reparto de roles (si bien considera J.-B. AUBY que no es equivalente a la existencia de arquitectura alguna). Respecto del contenido de las normas, sus objetos son a menudo nuevos y transversales y apoyados en una visión nueva del territorio (como se manifiesta en el Derecho penal internacional), y se expresan a través de estándares bastante generales, imperativos o no, con conceptos abiertos que pueden adaptarse a culturas jurídicas diversas que, con frecuencia, se convierten en nociones autónomas a las que los Derechos nacionales deben adaptarse". GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 311.

³³⁶ "[las relaciones entre los diversos sistemas jurídicos se caracterizan,] En primer lugar, por la permeabilización, ya que todos los sistemas nacionales tienen mecanismos de acogida del Derecho internacional e incluso de Derechos nacionales, si bien, a su vez y como táctica defensiva, con dos tipos de cláusulas de resistencia: que estas importaciones jurídicas no pueden contravenir principios fundamentales, y que se amalgaman con las normas nacionales. En segundo lugar, por la competencia, dado que cierto número de actores internacionales pueden elegir el sistema jurídico, en especial las empresas multinacionales, pero también las personas (como en materia de divorcio o asilo), lo que, insiste AUBY, no siempre supone una carrera a los sistemas más laxos y desreglamentados, ya que hay diversos factores

La influencia que los organismos internacionales y los grupos de expertos tienen sobre los ordenamientos nacionales se despliega a través de distintos mecanismos de presión, que tienen como finalidad común la alteración del panorama institucional o de las estructuras normativas nacionales de manera que se acompasen con modelos y estándares foráneos³³⁷. La respuesta de los Estados es la formulación de políticas públicas dirigidas a satisfacer las expectativas internacionales³³⁸, y el efecto natural de esta presión es la transformación rotunda del sistema de fuentes nacional, que se manifiesta precisamente en la adopción de los documentos externos como lineamientos para la producción normativa³³⁹.

Podría pensarse que tal ambiente de incertidumbre implica un debilitamiento de los derechos públicos nacionales, pero muchas veces ocurre lo contrario: los ordenamientos

además de la fiscalidad o las subvenciones públicas, como la geografía, la estabilidad política, la regulación laboral y medioambiental, la calidad del sistema judicial o las relaciones con la Administración, por lo cual los Estados pueden adoptar una estrategia de *dumping* jurídico o, por el contrario, medidas comunes que limitan la competencia, estableciendo lazos entre los sistemas mediante la armonización, las acciones comunes de control o el reconocimiento mutuo". GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 311-312.

³³⁷ "El impulso de la globalización del derecho proviene de manera directa de organismos internacionales y foros de grupos de expertos que pueden denominarse *globalizadores*, los cuales, a través de diferentes mecanismos, presionan a los Estados para que generen cambios en sus estructuras administrativas, tanto en lo formal como en lo material, para garantizar el desarrollo de postulados o principios considerados de carácter global, ya sea porque se estima son necesarios para consolidar naciones "civilizadas", como sería el caso de los derechos humanos, o ya sea porque se considera que son esenciales para generar estabilidad y seguridad jurídica en el ejercicio de las actividades mercantiles.

En términos políticos, lo que subyace como fundamento de las normas derivadas de la globalización es la voluntad de crear unas condiciones que garanticen mínimamente la adhesión a los postulados de la gobernanza, en aplicación homogénea de principios como los de eficiencia y eficacia en el actuar de la administración, que impliquen un mejoramiento en el desarrollo de los diferentes países y que redunden en la consolidación de mecanismos transparentes de administración pública que beneficien a los ciudadanos". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 161.

³³⁸ "En función de lo anterior, los Estados crean políticas públicas, definen su planeación e instrumentan jurídicamente unas y otras, enmarcadas en los parámetros y objetivos globales, de tal forma que sus actuaciones cumplan con los estándares materiales pretendidos por los agentes de la globalización, sin necesidad de que sean los órganos globales los que cumplan las funciones del Estado de una forma directa". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 161-162.

³³⁹ "En esa medida, las fuentes de derecho interno que manifiestan la presencia de las tendencias de la globalización del derecho administrativo tienen sus antecedentes en reuniones organizadas formalmente por instituciones internacionales o en los foros de los grupos de expertos, de donde han surgido las declaraciones o cartas que condensan los principios, los lineamientos y las recomendaciones para el desarrollo y materialización posterior de nuevas estructuras normativas ajustadas a las condiciones particulares de cada Estado". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 162.

internos se enriquecen a partir de la complementación por normas foráneas³⁴⁰. En el caso específico del derecho administrativo ese enriquecimiento puede apreciarse en la multiplicación de supuestos fácticos que ahora interesan al subsistema y que anteriormente escapaban a su órbita debido a su alcance extraterritorial o transnacional, y en la construcción de un acervo dogmático y axiológico común entre los países con tradición jurídico-administrativa³⁴¹.

Una de las tareas que ocupan los lugares prioritarios en la agenda de la teoría jurídica contemporánea es entonces la de asegurar eficacia y operatividad a regímenes normativos supraestatales y, de contera, reformular el derecho administrativo, de tal suerte que no orbite únicamente en torno del Estado y amplíe su espectro, cobijando a toda la serie de sujetos que conforman la compleja red de lo público³⁴², es decir, a los niveles infranacional,

³⁴⁰ “(...) el catedrático de *Sciences Po* advierte de que sería falso pensar que cuando el Derecho global influencia los Derechos internos tiende siempre a debilitar el Derecho público. A veces es al contrario, como ha pasado con el Derecho comunitario de los contratos (respecto, por ejemplo, al Derecho alemán) o con el CEDH (respecto al *judicial review* en Reino Unido). Además, el propio Derecho internacional tiende a «publicarse»: tradicionalmente era un Derecho de coordinación entre Estados y no un Derecho por esencia al servicio del interés público; ahora es cada vez más garante del interés público, guardián del interés común, productor de bienes públicos. Además, si a veces las normas de la globalización difuminan la idea de un Derecho específico del Estado, otras veces aceptan perfectamente la idea y contribuyen a su puesta en práctica (así, la posibilidad de excepciones por razones públicas a las normas sobre protección de derechos fundamentales, o en la OMC, o en Derecho comunitario)”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 316.

³⁴¹ “En cuanto al Derecho administrativo, el alcance de la penetración de normas internacionales en las cuestiones relacionadas con el Derecho administrativo es hoy impresionante y afecta a todas sus instituciones. Los Derechos administrativos internos cada vez tienen que tomar en consideración más situaciones de extraterritorialidad o de transnacionalidad, en relación con actos, contratos o con la cooperación interadministrativa. Además, se desarrolla una especie de patrimonio común internacional de Derecho administrativo: buen gobierno, transparencia, integridad de los responsables públicos, buena administración..., que enriquece los Derechos administrativos nacionales y los completa. Es en este contexto en el que se insertan los esfuerzos de renovación teórica y la acuñación de nuevos conceptos que intentan dar cuenta de la impregnación de los Derechos administrativos por la globalización. Aquí se inserta la teoría del «Derecho administrativo global», que tiene por principal objetivo constatar la existencia de órganos administrativos globales y la voluntad de reflexionar sobre los medios para disciplinarlos jurídicamente de forma más eficaz. Además, pone de relieve que ciertos dispositivos internacionales integran en realidad segmentos de administración nacional —por ejemplo, en la configuración de redes— y los integra en su esfuerzo de reflexión descriptivo y normativo”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 318.

³⁴² “The second task is to take into account the bent of each national law toward regional law (such as EU law) and global law. If the leading figures of the past labored (to a very high degree in Germany and Italy, less so in France and the UK) to establish the primacy of national constitutional law (“*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*”), today the more pressing task is to ensure that the increasingly important role of supra-national legal orders is widely acknowledged. If once public law was state-centered, it should now be conceived as a complex network of public bodies (infranational, national, and supranational)”. CASINI,

nacional y supranacional³⁴³. Como ya debería resultar meridianamente claro, los sujetos que hacen parte de esa compleja red no necesariamente tienen un vínculo orgánico con los Estados: instituciones independientes como el Banco Mundial o el Fondo Interamericano de Desarrollo producen normativas y reglamentaciones que son adoptadas por los países de manera aparentemente espontánea, aunque en realidad lo hagan para satisfacer las expectativas de una comunidad internacional que se torna cada vez más exigente³⁴⁴ y capaz

L., CASSESE, S. y NAPOLITANO, G. The new Italian public law scholarship. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, Vol. 9, No. 2, pp. 301-309, p. 309.

³⁴³ "(...) administrative law originated as the product of the state, but has now become dependent on other powers of transnational, global, and local dimensions". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 605.

³⁴⁴ "Asimismo, también debe ser materia de estudio la relación entre el derecho administrativo internacional y los derechos de los Estados. Al respecto, sólo recordaremos, por mencionar un ejemplo que gran parte de las políticas del Banco mundial son usualmente adoptadas como regulación interna por muchos Estados. La globalización también afecta al derecho administrativo interno de los Estados, tornándolo cada vez menos local y más global, circunstancia en la que también incide la formación de las redes de interés público global y el fenómeno del *soft-law*". FERNÁNDEZ LAMELA, P. Globalización y derecho público. En LÓPEZ OLVERA, M.A. y CIENFUEGOS SALGADO, D. (ed.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

de influenciar *de facto*³⁴⁵ —mediante la ratificación de tratados³⁴⁶— la producción normativa interna³⁴⁷, ya sea por la vía legislativa o judicial³⁴⁸.

Además de todos los cambios reseñados, los sistemas jurídico-administrativos internos han abandonado su clásica polaridad entre administrado y administración: por un lado, el ciudadano ha dejado de ser simplemente un extremo pasivo en la relación, limitándose a recibir y acatar órdenes, y es ahora titular de una serie de derechos que lo facultan para interpelar y exigir directamente la acción de las autoridades públicas; por otro lado, los sujetos involucrados en la fenomenología jurídico-administrativa se han multiplicado: intereses privados divergentes, actores privados con la capacidad de autorregularse e incluso competir con el Estado en la actividad de producción normativa³⁴⁹, agencias

³⁴⁵ “Como derivación de lo anterior se deduce que el concepto de soberanía del Estado es tan solo aparente, en la medida en que la comunidad internacional, las relaciones internacionales, el derecho internacional (público o privado) se encuentran irremediamente regulados por la dinámica del comercio (exportaciones e importaciones) y, posteriormente, por el dinamismo de los polos o centros de producción socioeconómicos propios de la instauración del capitalismo manufacturero, industrial y financiero, consecutivamente”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 10.

³⁴⁶ “Likewise, many international treaties require the adaptation of domestic administrative law to international requirements. For example, the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters has transformed administrative law and procedure by granting the public rights to information, participation, and access to justice regarding decision-making processes concerning the environment; and Art. XVI:4 of the WTO Agreement requires WTO members to «ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures» with WTO law. But also foreign public law can have an impact on how domestic administrations act, for example when the recognition of foreign administrative acts is in question”. SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

³⁴⁷ “La doctrina ya ha advertido las consecuencias que la globalización ha tenido en el Derecho y particularmente en el Derecho administrativo y puede decirse que ha sido una de las motivaciones para que la producción normativa y administrativa de un Estado quede condicionada a lo que señalen diversas fuentes de Derecho supranacionales. (...) las decisiones políticas y regulaciones jurídicas se encuentran condicionadas en estos momentos en la mayoría de los ámbitos por cuenta de personas jurídicas externas que tienen la capacidad de influenciar la producción normativa interna”. COVILLA MARTÍNEZ, J.C. Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2014, n. 12, pp. 169-190, pp. 177-178.

³⁴⁸ “National courts have great potential to act as agents for the elaboration and implementation of international law norms through the doctrines of administrative law”. MCLEAN, J. *Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 167-187, p. 174.

³⁴⁹ “Va infatti considerata la pluralità di nuovi attori privati, che non si accontentano affatto del vecchio ruolo dell’“*administré*” ma che fanno concorrenza, come “*self-regulating bodies*”, all’esercizio dei compiti statali, in parte alleggerendoli.

Le fonti del diritto amministrativo sono più variegata e i metodi di esecuzione del diritto sono diventati più complessi. Norme emanate da diversi autori e con diverso valore cogente convivono una accanto all’altra. Queste norme non possono essere appiattite nel lineare schema gerarchico della dottrina tradizionale sulle

independientes, entidades administrativas distintas, diversos niveles territoriales, entre otros, conforman un panorama complejo y multipolar que también ha cambiado las reglas de juego tradicionales del derecho administrativo interno³⁵⁰.

De manera que ya desde la perspectiva del derecho administrativo interno es claro que el Estado nación está en crisis y que el derecho administrativo se encuentra en un momento de profunda transformación³⁵¹. La causa común entre ambos fenómenos es la disolución del mito de la soberanía, que llama a una reinención del Estado de acuerdo con los nuevos

fonti del diritto. Tuttavia, non si può prescindere dal porre i diversi gruppi di norme in correlazione tra loro, dall'armonizzare per quanto possibile le loro pretese di validità, dallo sviluppare regole di risoluzione delle antinomie e (almeno in una misura minimale) dal cercare coerenza. Nel diritto si tratta pur sempre di decisioni. Ciò vale in particolare per il diritto amministrativo, perché esso ha a che fare, a tutti i livelli — nazionale, sovranazionale, internazionale e anche globale — con soggetti portatori di sovranità che devono essere messi in condizione di agire efficacemente, ma che devono anche essere limitati mediante il diritto". SCHMIDT-AßMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, pp. 287-288.

³⁵⁰ "Traditionally, administrative law was based on the bipolarity between the "administré" and the "autorité publique." In the last thirty years, two developments have occurred.

The "administré," subject to administrative authorities, has become a citizen, fully entitled to rights vis-à-vis the government: for example, he has a right to be informed, to make his voice heard, to receive reasoned decisions, and to have administrative decisions reviewed by independent courts. The "rights revolution" has produced many major changes in the field of administrative law, as well.

Broadened suffrage, organized societies, and the fragmentation of executives have replaced bipolarity with multipolarity. Today, the administrative landscape is dominated by multipolar relations among a plurality of autonomous public bodies and conflicting private interests. For example, there are numerous state and EU agencies in the field of private finance that interact with banks, insurance companies and stock markets. The state is penetrated by conflicting private interests, which, further, state agencies must address (e.g., industry versus environment, banks versus insurance, insurance versus health care). Social and economic conflicts also gain an administrative dimension and require administrative or political arbitrators.

So far, administrative law scholarship has focused on the citizen only as an addressee of public orders or benefits and on the bipolar relations between the State and citizens. New administrative law scholarship has a new task. It must develop a fresh view of statutes and statutory instruments governing administrative procedure, seeing them not only as regulations of administrative proceedings (that distribute power among governmental agencies), but as charters of citizens' rights vis-à-vis administrative authorities (that impose duties on agencies, to the benefit of private parties). It must study the "arenas" in which conflicting interests meet, dialogue, oppose one another and reach agreements, and in which agencies act as promoters, arbitrators, and controllers". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 609.

³⁵¹ En Colombia el estudio más serio publicado hasta el día de hoy es *Globalización del derecho administrativo colombiano*, de Restrepo Medina y otros. La obra adolece de un solo defecto y es que concentra todos sus esfuerzos en el análisis de las transformaciones del derecho administrativo positivo, dejando de lado las mutaciones dogmáticas, por lo que no tiene ambiciones sistémicas. Afirman los autores que, "Precisamente, el socavamiento del Estado-nación, como arquetipo de la organización política de la sociedad de la modernidad, ha derivado en el replanteamiento de los contenidos de los derechos nacionales y, de manera particular, del derecho administrativo como manifestación propia de la juridicidad de ese Estado-nación". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 1.

parámetros impuestos por el proceso de globalización³⁵², y cuya supervivencia parece depender de una radicalización de la democracia en el orden global³⁵³, que otorgue mecanismos decisorios a la sociedad mundial y eventualmente sea capaz de instaurar una estructura similar a la de un Estado, pero que abarque todo el planeta³⁵⁴, posibilidad que será estudiada más adelante.

En síntesis, la soberanía formal de los Estados cede ante una suerte de soberanía *de facto* o material en cabeza de los organismos internacionales³⁵⁵. El contenido de los ordenamientos jurídico-administrativos domésticos muta junto con el sistema de fuentes ortodoxo³⁵⁶, en el que instrumentos que no provienen de autoridades y procedimientos nacionales adquieren cada vez más relevancia³⁵⁷. De hecho, la doctrina actual encuentra en

³⁵² “Desde una perspectiva diferente, Habermas, en su obra *Más allá del Estado nación*, a la par que advierte cómo el fenómeno contemporáneo de la globalización constituye un sino de nuestro tiempo, también es consciente de que su continuo avance menoscaba las bases o fundamentos del Estado nación, pilar de la modernidad. Frente a esta situación, su trabajo desarrolla la necesidad de una reconstrucción racional del Estado de derecho, pero adoptado a las nuevas condiciones”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 23.

³⁵³ “[radicalizar la democracia procedimental o democracia deliberativa] es la forma que sugiere [Habermas] para reincorporar el concepto de soberanía que la disolución del Estado nación parece que tiende a perder”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 24.

³⁵⁴ “(...) la globalización debe considerarse una sociedad mundial sin Estado mundial y sin gobierno mundial, donde ya no existe un poder hegemónico ni régimen internacional alguno”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 23.

³⁵⁵ “Cualquiera de los dos escenarios de penetración de la globalización jurídica implica aceptar que los procedimientos flexibles y no vinculantes de dichas declaraciones evitan deliberadamente confrontar la soberanía formal del Estado nación, para imponer una soberanía material que no descansa ya en las sociedades nacionales, sino en los organismos globalizadores, de cuya influencia los Estados ya no pueden sustraerse por la propia dinámica que les ha impuesto la globalización”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 162.

³⁵⁶ “El comprobar que los ordenamientos jurídicos nacionales reciben los contenidos impulsados por agentes de la globalización pone en evidencia una transformación del sistema de fuentes y de producción jurídica; por cuanto las normas generadas en los contextos globales se incorporan en los ámbitos nacionales, bien sea mediante la expedición de leyes, de reformas (incluso del orden constitucional) o el mecanismo de mutación constitucional”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 163.

³⁵⁷ “Dado lo anterior, sea que las tendencias globalizadoras provengan de “arriba hacia abajo” o de “abajo hacia arriba”, el conjunto de presiones, acentos o significaciones llevaría a hablar de que la globalización del derecho es más un producto de un proceso de tensiones y flujos de actores que de cierta medida confluyen (hasta ciertos límites) en la reconfiguración de la democracia, el Estado y el derecho, a partir de la “participación relativa” en los escenarios de redes organizacionales en las que muchos de los actores sociales también intervienen”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G.,

los sujetos internacionales —de naturaleza tanto pública como privada— el centro de la dinámica de producción normativa. Ello no ocurre únicamente en el marco de la llamada globalización regulatoria³⁵⁸, es decir, mediante la adopción de estándares fijados por ese tipo de organismos, sino también a través del fenómeno conocido como competencia regulatoria, consistente en la transformación de los sistemas jurídicos nacionales con el fin de tornarlos más acogedores para sociedades mercantiles que operan globalmente y que, de no mediar tales cambios, podrían no verse interesadas en celebrar negocios dentro de determinado Estado³⁵⁹.

En conclusión, la primera manera de abordar la globalización jurídico-administrativa es a través del lente del derecho administrativo interno, que es precisamente el objeto primordial de la globalización en estricto sentido. Desde este punto de vista, es claro que los sistemas normativos nacionales se modifican como resultado de dos fenómenos: en primer lugar, la adopción de estándares y lineamientos producidos por actores paraestatales y, en segundo lugar, la modificación de las normativas domésticas como estrategia para atraer inversión extranjera. En suma, el sistema de fuentes del derecho administrativo tradicional ha sido definitivamente modificado³⁶⁰.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 163.

³⁵⁸ “Regulatory globalization is the process by which regulatory agencies extend their reach internationally (...) [and] a natural bureaucratic response to a real or perceived threat of domestic regulatory obsolescence”. MACEY, J.R.. Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition. En: *Emory L.J.* n. 52, 2003, p. 1353.

³⁵⁹ “Esta globalización ha permitido que personas jurídicas supranacionales tengan una mayor relevancia en el contexto interno de cada territorio. En efecto, la doctrina considera que el centro de fuentes jurídicas en la actualidad se encuentra en sociedades mercantiles internacionales y organizaciones internacionales que tienen la capacidad de influenciar en decisiones políticas y jurídicas que deben proferirse por los Estados. Las sociedades mercantiles que cubren un ámbito internacional influyen en la normativa [sic] de los Estados, por cuanto estos pretenden que aquellas entren al territorio para hacer negocios y desarrollen sus actividades mercantiles, lo que implica que el Estado debe generar un ambiente jurídico regulatorio (legislativo y administrativo) propicio para que estas sociedades puedan entrar”. COVILLA MARTÍNEZ, J.C. Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2014, n. 12, pp. 169-190, p. 177.

³⁶⁰ “This topic illustrates the degree to which global law penetrates national legal systems by dictating principles and criteria that national administrations must respect and that private actors may wield in their own interest. Though belonging to different national legal systems, these rules are nevertheless subject to the global system. We have come to expect and accept international organizations that set substantive standards (establishing, for example, legal levels of pollution or limiting the genetic manipulation of agricultural products), so it is easy to argue that national administrations ought to respect global substantive goals, standards, and criteria”. CASSESE, S. Global Standards for National Administrative Procedure. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 110.

2.4.2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERNACIONAL

La segunda perspectiva a partir de la cual es posible estudiar la globalización jurídico-administrativa es la que presta el llamado derecho administrativo internacional. Se trata de un ámbito de investigación actualmente vivo que, sin embargo, no es para nada novedoso y que, de hecho, entre todas las perspectivas resulta la más antigua: ya a mediados del siglo XIX se discutía acerca de los tratados administrativos internacionales y del acercamiento entre derecho internacional y derecho administrativo. Para entonces ya se señalaba la necesidad de diferenciar ambas disciplinas y de desligar la ciencia jurídico-administrativa del modelo ortodoxo de soberanía³⁶¹. Desde los años treinta del siglo XX la academia europea se ha aproximado al fenómeno, en particular la francesa, la italiana, la española y la alemana³⁶². En el último caso resulta interesante el aporte de Schmidt-Aßmann, para quien el derecho administrativo internacional sigue siendo una categoría válida y vigente — preferible incluso al llamado *global administrative law*³⁶³— y que se encarga de estudiar

³⁶¹ “La internacionalización de las relaciones administrativas es uno de tales temas de investigación en los que confluyen lo nuevo y lo heredado, con las fricciones consiguientes. No se trata, por supuesto, de un tema convencional, pero tampoco de un tema completamente nuevo, puesto que los problemas jurídicos de las uniones y Tratados administrativos internacionales fueron objeto de un amplio debate internacional ya a mediados del siglo XIX. La doctrina de la época advirtió ya que el Derecho internacional público y el Derecho administrativo se estaban aproximando y que era necesario diferenciarlos sobre una nueva base, debiendo concebirse el primero como un Derecho de la cooperación entre Estados y el segundo como un Derecho que fuera más allá de la concepción tradicional de la soberanía”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, pp. 8-9.

³⁶² “Es de aclarar que si bien la discusión en torno a la conceptualización del derecho administrativo global es reciente, desde los años treinta la academia europea (especialmente la francesa, la italiana y la española) viene estudiando y construyendo el concepto de derecho administrativo internacional. Se destacan autores como Federico Martens, Pierre Kazanszky, Julio Borsi, Isidoro Ruiz Moreno, José Gascón y Marín, Adolfo Posada, entre otros.

Kart Neumeyer entiende el derecho administrativo internacional como el cuerpo de normas nacionales que rige los efectos de los actos administrativos de un Estado extranjero en el sistema normativo del Estado, y Paul Négulesco, como “una rama del derecho que, al examinar los fenómenos legales que juntos constituyen la administración internacional, busca descubrir, especificar y sistematizar las normas que gobiernan esta administración”.

Se parte entonces de la distinción entre la organización administrativa internacional y la organización administrativa estatal para los asuntos internacionales. Al derecho internacional administrativo, como parte del derecho internacional público, “le corresponde la ordenación jurídica de la actividad administrativa de los organismos internacionales; y al derecho administrativo internacional, modalidad del derecho administrativo, pertenece el condicionamiento jurídico de la función administrativa del Estado, ejercida más allá de las fronteras nacionales””. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 41-42.

³⁶³ “Los trabajos de los profesores N. KRISCH, R. KINSBURY o R. B. STEWART, destacadamente, han acuñado el término «Derecho administrativo global» para referirse al fenómeno jurídico del que nos ocupamos. Prefieren este término al de «Derecho administrativo internacional», utilizado por cierta doctrina alemana, por tratarse

fenómenos de relevancia jurídico-administrativa que van más allá de las fronteras nacionales y que ponen en entredicho la territorialidad tradicional de la disciplina³⁶⁴. De acuerdo con el profesor alemán, esos fenómenos pueden enmarcarse en cuatro categorías distintas: la cooperación bilateral entre administraciones, los procesos multipolares de cooperación e integración, los esfuerzos organizativos globales y las redes informales de autoridades³⁶⁵.

Es clara entonces la necesidad de desligar la disciplina jurídico-administrativa de la idea de territorialidad asociada al Estado nación y del Estado mismo, que históricamente la han condicionado, pues la realidad es que su objeto —la administración, concebida tanto como

de una mixtura entre regulaciones nacionales e intergubernamentales, provenientes de sujetos públicos y privados o híbridos, expresadas en categorías normativas que desbordan el esquema clásico de las fuentes del Derecho internacional. Sus investigaciones parten de la constatación de que en la organización actual del mundo hay numerosas entidades internacionales, incluidas o no en organizaciones intergubernamentales, públicas o privadas, que tienen todas las características de las entidades administrativas: tienen a su cargo problemas típicamente administrativos —relativos a la pesca, los medicamentos, el medio ambiente, etc.— y están integradas total o parcialmente por expertos, más que por diplomáticos o políticos. La teoría distingue distintas especies: organizaciones internacionales formales (como ocurre con las Naciones Unidas y las organizaciones de ella dependientes); redes de Administraciones nacionales, en algunos casos formadas por Administraciones independientes (como el Comité de Basilea de reguladores nacionales bancarios); organizaciones híbridas entre sujetos privados y públicos (como ICANN, *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) o puramente privadas (como ISO, *International Organisation for Standardization*). Esta constelación de entidades globales no se encuentran suficientemente constreñidas a rendir cuentas (*accountability*) de sus actividades por tres razones: en primer lugar, no están sometidas a la disciplina jurídica de los órganos públicos nacionales, esto es, regidas por el Derecho nacional; en segundo lugar, el Derecho internacional no contiene las mismas reglas que disciplinan habitualmente a los órganos públicos internos, como transparencia, procedimiento contradictorio, motivación, etc.; finalmente, algunas de estas entidades son privadas o semipúblicas y escapan a las disciplinas internacionales y nacionales de los órganos públicos. Por ello, la teoría del Derecho administrativo global pretende la colonización por la cultura administrativa de tantas organizaciones que se mueven en el «espacio exterior» o más allá del Estado, bajo la premisa de que siendo entidades con poderes regulatorios deben regirse por principios de Derecho administrativo como la transparencia, la participación, el control y, sobre todo, la rendición de cuentas”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 307.

³⁶⁴ “(...) todos aquellos fenómenos de carácter administrativo que sobrepasan las fronteras de los espacios administrativos nacionales, tanto si proceden de los mismos como si han sido concebidos desde un primer momento sin consideración de tales fronteras. Dicha internacionalización se caracteriza, así, por una pérdida de territorialidad. Si se tiene en cuenta que el principio de territorialidad ha sido siempre uno de los axiomas «clásicos» del Derecho administrativo, resulta evidente que la internacionalización supone un reto de gran importancia”. SCHMIDT-ARSMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 9.

³⁶⁵ Cfr. SCHMIDT-ARSMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 11.

sujeto que como función— se ha internacionalizado³⁶⁶. El momento histórico actual plantea dos alternativas: o la ciencia jurídico-administrativa logra desmarcarse del molde del Estado nación, o la brecha entre su representación y regulación de la realidad y la realidad misma tenderá a dilatarse. Los vínculos cercanos entre el derecho administrativo y parámetros como la separación de poderes y el principio de legalidad se han difuminado, no en el sentido de que se haya retornado a un poder absoluto como el del *Ancien régime*, pero sí en la vía de dar vida al curioso fenómeno de las ‘administraciones sin Estado’³⁶⁷.

Cabe aclarar que para Schmidt-Aßmann la necesidad de emancipar el derecho administrativo del Estado no significa que éste haya llegado a su fin definitivo; obedece simplemente a la constatación de que las bases firmes que alguna vez pudo prestar a la disciplina hoy son bastante inestables, como consecuencia de fenómenos como la globalización. Sin embargo, en el entender de Schmidt-Aßmann, que no es compartido por toda la doctrina, los Estados siguen siendo los sujetos más importantes en el espacio jurídico transnacional porque son los únicos en capacidad de canalizar los numerosos afluentes políticos transfronterizos, o cuando menos de soportar la presión de su disenso³⁶⁸.

La importancia persistente del Estado permitiría apostar por un derecho administrativo internacional que se construya sobre los ejes de legitimidad y operatividad de los tratados internacionales y las leyes³⁶⁹. Éstos juegan el papel de vértices o de puntos de diálogo

³⁶⁶ “Resulta también necesario que los discursos sobre el Derecho administrativo rebasen el marco nacional en el que surgieron históricamente. Afortunadamente, en los últimos veinte años se ha avanzado más en este punto de lo que suele creerse”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 19.

³⁶⁷ “Preguntar por las funciones de la ciencia del Derecho administrativo es también preguntar, por otro lado, por el papel del *Estado* en dicha ordenación de las relaciones administrativas internacionalizadas. El Derecho administrativo se ha caracterizado tradicionalmente por su estrecha vinculación al Estado-nación y a sus institutos jurídico-constitucionales (separación de poderes, principio de legalidad, control jurisdiccional). ¿La internacionalización comporta, frente a ello, el surgimiento de *Amministrazioni senza Stato* —como sugiere el título de un inteligente estudio italiano—?”

Si se contempla la evolución únicamente desde una perspectiva global se observan ciertamente elementos que avalan tal pronóstico, al surgir nuevos actores (...) que han asumido papeles relevantes en procesos decisorios sujetos al Derecho administrativo”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, pp. 21-22.

³⁶⁸ “Sólo los Estados se encuentran en condiciones de servir de contrapeso al fuerte fraccionamiento de los intereses políticos existentes —como se ha visto antes— a nivel internacional”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 23.

³⁶⁹ “Siendo los Estados todavía las fuerzas más importantes de la política internacional, concurren buenas razones para seguir confiando en el Tratado internacional y en la Ley parlamentaria, las dos grandes formas

legítimo entre lo nacional y lo transnacional³⁷⁰, sin llegar a fundir ambos universos jurídicos en uno solo. La última es una aclaración fundamental, porque evidencia la imposibilidad de emplear una lógica jerárquica y vertical en el entendimiento de las relaciones normativas que se traban entre lo doméstico y lo ultra-estatal. Para Schmidt-Aßmann no existe, en definitiva, un ordenamiento jurídico unitario y monolítico en el que derecho interno e internacional estén ordenados como peldaños distintos en una pirámide³⁷¹. Para otro sector de la doctrina, la distinción entre derecho administrativo nacional e internacional tiende a desaparecer, porque el primero ha adquirido una importancia inmensa en el ámbito transnacional³⁷².

Schmidt-Aßmann restringe de manera estricta su noción de derecho administrativo internacional a aquel contenido en normas de derecho internacional público, y subraya que el derecho administrativo interno sigue siendo el referente normativo principal de la administración. En esa medida, las funciones que respectan al derecho administrativo

de conformación jurídica, y erigirlos en los *elementos estructurales centrales* de un Derecho de las relaciones administrativas internacionales”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 24.

³⁷⁰ “El Tratado y la Ley entrelazan el ordenamiento jurídico-público internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. La Ley emite la orden de aplicación intraestatal, en virtud de la cual las normas contenidas en Tratados internacionales se convierten en aquellos parámetros jurídicos a los que la Administración nacional (...) se encuentra vinculada. Y, viceversa, el Tratado abre la posibilidad de que la cooperación administrativa transfronteriza quede sometida a la sistemática de la Ley y puedan regularse cuestiones derivadas”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 26.

³⁷¹ “De *ambos* puntos de partida, del Tratado y de la Ley, emergen amalgamados el ordenamiento jurídico nacional y el internacional, sin que por ello se fundan en una unidad homogénea. Sigue habiendo *diferencias*, como, p. ej., en los métodos interpretativos, y sigue habiendo *tensiones*. Para el Derecho de las relaciones administrativas internacionales no hay una ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho. Ello presupondría un sistema político unitario, que no existe ni a nivel europeo ni —todavía menos— a nivel internacional”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 26.

³⁷² “So the formerly specific area of the so-called “international administrative law” is now becoming general administrative law, because domestic administrative law as a whole gains an increasing transnational importance. (...)

The exceptional character of international administrative law is reduced as it extends its own field of application.

It is often observed that, as a result of globalization, the domestic action of the State is more intensively regulated by international law. But there is another side of the same reality, which is rarely underlined. For the same reasons, in fact, the overseas action of the State is ever more intensively regulated by national administrative law, that is to say by the old international administrative law, which is increasingly losing its own special and exceptional character”. BATTINI, S. The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, pp. 182-183.

internacional serían de alguna manera residuales, y consistirían simplemente en la ordenación de la actuación administrativa internacional, el condicionamiento de los ordenamientos internos a partir de estándares internacionales, y la disciplina de la cooperación entre Estados³⁷³.

Si desde la perspectiva del derecho administrativo interno tradicional el foco de análisis se encuentra en la mutación normativa nacional a partir de la globalización jurídica, en el caso del derecho administrativo internacional el principal objeto de estudio es una actuación administrativa que se despliega más allá de las fronteras, y que vincula administraciones distintas y las obliga a operar y cooperar de acuerdo con lógicas que riñen con el paradigma ortodoxo. La internacionalización de la disciplina y de las administraciones resuelve las antiguas dificultades impuestas por las fronteras, pero también crea nuevos inconvenientes, especialmente de carácter organizativo y procedimental³⁷⁴.

³⁷³ “Por Derecho administrativo internacional debe entenderse el Derecho administrativo *contenido en normas de Derecho internacional público*; como tal, comporta procesos de transformación del Derecho nacional y de reformulación del Derecho internacional similares, en cuanto a sus estructuras (no así en cuanto a sus mecanismos), a la europeización.

Una anotación a efectos meramente aclaratorios: el Derecho administrativo *nacional* sigue siendo, con todo, la principal referencia orientadora para la actuación administrativa de la mayoría de autoridades. (...)

Siguiendo lo afirmado en trabajos previos sobre el Derecho administrativo europeo, considero que el *Derecho administrativo internacional* acabado de redefinir posee tres grandes círculos de funciones: es a la vez *Derecho de la actuación (Aktionsrecht)* de las instancias administrativas internacionales, *Derecho condicionante (Determinationsrecht)* de los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales y *Derecho de la cooperación (Kooperationsrecht)* de un complejo o entramado administrativo”. SCHMIDT-ABMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, pp. 32-33.

³⁷⁴ “Hoy en día puede constatarse la existencia de distintas formas de actuación administrativa internacionalizada tanto en el Derecho policial, municipal y de la Seguridad Social como en materia tributaria, medioambiental o económica. Las Administraciones implicadas asumen experiencias que la economía, la técnica y los movimientos sociales y medioambientales conocen desde hace ya tiempo. Se ven confrontadas con actos de autoridad procedentes del extranjero, intercambian datos e informes y deben aprender a manejar informaciones que en ocasiones proceden de fuentes muy poco fiables. Cooperan horizontal, vertical y diagonalmente. Sus flujos de información discurren indirectamente a través de órganos centrales o incluso de forma directa entre autoridades del nivel respectivo, pero rara vez ya a través de los canales diplomáticos. Las fronteras de los espacios administrativos se vuelven permeables. Cada nueva cooperación amplía las posibilidades de actuación administrativa, pero desvincula progresivamente a las Administraciones implicadas de sus mecanismos de dirección y control tradicionales. Surge así un nuevo complejo o entramado administrativo, de carácter sectorial-especializado, que, como todo entrelazamiento, dificulta la identificación de la contribución de cada una de las distintas Administraciones cooperantes y la depuración de responsabilidades. El resultado es, pues, en suma, ambivalente: la internacionalización resuelve problemas, pero al mismo tiempo genera otros nuevos; merece ser fomentada, pero requiere también una ordenación que la estructure”. SCHMIDT-ABMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, pp. 18-19.

2.4.3. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

A pesar de constituir la perspectiva analítica más antigua de la globalización jurídico-administrativa, el derecho administrativo internacional no constituye el esfuerzo más sofisticado de caracterización dogmática en ese sentido. El *Global Administrative Law Project* de la Universidad de Nueva York, al que la doctrina italiana ha prestado una ingente colaboración, ha abierto un debate sin precedentes al respecto y podría afirmarse que ha logrado fundar un ámbito autónomo de investigación, separable del derecho internacional³⁷⁵. Aunque algunas de sus formulaciones sean criticables³⁷⁶, los méritos de la escuela de derecho administrativo global de Nueva York son muchos, y el primero que la doctrina resalta es el de haber propuesto una nomenclatura única para toda una serie de fenómenos que en principio podrían parecer inconexos y entre los cuales, en realidad, median vínculos muy estrechos³⁷⁷.

³⁷⁵ “De este modo, el «Derecho global» se distancia del «Derecho internacional»: frente a este, que regula relaciones entre Estados que son voluntarias, contractuales y no jerárquicas, el Derecho global tiene propios órganos productores de normas, aparatos de ejecución o evaluación de la ejecución y de supervisión de controversias. Muchos de estos órganos han sido creados por otros órganos globales (hay unos dos mil) con complejas estructuras (siendo su esquema más recurrente el de asamblea representativa/secretaría ejecutiva/órgano de solución de controversias), que adoptan normas que no tienen por únicos destinatarios a los Estados, sino que a menudo tienen como destinatarios a los sujetos privados, aunque no siempre vinculantes, y que se relacionan con los Estados no a través de Ministerios de Asuntos Exteriores, sino por la materia, así como con la sociedad civil y expertos. Son sectoriales y no hay gobierno unitario ni reglas generales, lo que tiene como ventaja que facilita su penetración en los ordenamientos nacionales”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 320-321.

³⁷⁶ “Si bien la tesis del *derecho administrativo global* no se halla exenta de críticas y personalmente creemos que es técnicamente más preciso seguir haciendo referencia a un nuevo *derecho administrativo internacional* ahora reformulado, consideramos que constituye una herramienta conceptual importante para introducirse al análisis de los principales elementos que integran este campo en formación.

En tal sentido, y más allá de lo atractivo del término acuñado y difundido por los directores del *Global Administrative Law Project de NYU*, resulta preferible hablar de *derecho administrativo internacional*, habida cuenta que el *derecho administrativo global*, no podría [sic] existir en un mundo que, claramente, no está totalmente globalizado y se encuentra plagado de *failed states*. No es posible dejar de tener en cuenta que gran parte de la humanidad se halla fuera de los beneficios de la *globalización* que favorece a un grupo selecto de naciones y de sectores privilegiados, mientras se desconocen los derechos humanos más básicos de la inmensa mayoría de la población mundial”. FERNÁNDEZ LAMELA, P. El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, pp. 158-159.

³⁷⁷ “There is something about the act of naming that seems to work a kind of magic. (...) From this angle, the first and perhaps most striking achievement of those responsible for New York University’s Global Administrative Law Research Project is that they have *named* a phenomenon. In doing so, they have invited us to think about how seemingly disparate issues, structures and processes may be connected—how they might currently be connected, but also how more integrated global systems might be established in the future. (...) I could go on, but let me instead use this occasion to highlight what I think might be some dangers of this important venture—or rather, some features which might limit its capacity to achieve its full potential. For

El derecho administrativo global nació como respuesta a muchas de las constataciones que a lo largo de esta investigación han sido reseñadas y que tienen que ver con las transformaciones que el derecho administrativo atraviesa como efecto de la globalización jurídica³⁷⁸. El esfuerzo teórico del proyecto de NYU busca precisamente proponer fórmulas de control a esas transformaciones y a las dinámicas de poder global³⁷⁹, y lo hace a partir de tres premisas: en primer lugar, que existe una gobernanza global cuyo estudio y cuya disciplina pueden verse informados por los conceptos clásicos del derecho administrativo; en segundo término, que existe un sistema de regulación global compuesto por normativas e instituciones de naturaleza tanto pública como privada; y, finalmente, que es posible construir ese sistema de regulación global a partir de fundamentos normativos ya existentes³⁸⁰.

Valga señalar que para el derecho administrativo internacional, y en particular para Schmidt-Aßmann, el derecho administrativo global impide a veces identificar los denominadores comunes entre los casos prácticos y, en consecuencia, dificulta el

however much an act of naming may open up the terrain of academic enquiry, it is as well to remind ourselves that the reverse may also occur. In his book *On the Name*, Jacques Derrida asks what happens when one gives a name: "What does one give then? One does not offer a thing, one delivers nothing, and still something comes to be..." MARKS, S. Naming Global Administrative Law. En: *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*. New York: New York University Press, 2006, vol. 37, pp. 995-1001, pp. 995-996.

³⁷⁸ "Global administrative law, still in its infancy, is a logical consequence of the crisis and renewal experienced by public law in general against the backdrop of globalization. It is conformed by supranational sources, increasingly numerous and important. This growing importance stems from the fact that national authorities are no longer vested with unlimited powers in a closely interconnected world.

There are fewer studies relating to comparative law in [Latin America]. However, its significance and convenience are unquestionable in this day and age while the newborn system is being formed". DELPIAZZO, C.E. Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 100.

³⁷⁹ "La diferencia entre globalización del derecho administrativo y derecho administrativo global explica como punto de partida la causa eficiente de la aparición de cada uno de estos procesos. Así, mientras la globalización del derecho es consecuencia de las tensiones que la globalización obliga a soportar al derecho, la causa eficiente del nacimiento del derecho administrativo global se identifica con la necesidad de responder a la exigencia, propia del mundo global, de establecer mecanismos de control de las decisiones tomadas por los entes globalizadores". RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 39.

³⁸⁰ "-Los conceptos del Derecho administrativo pueden ser útiles para comprender mejor los procesos de gobernanza global;

-La regulación global está compuesta por un conjunto de normas e instituciones de los sectores público, privado y mixto; y

-Se pueden encontrar bases normativas para tal regulación global". SANCHEZ BADIN, M.R. El proyecto derecho administrativo global: una reseña desde Brasil. En: KINGSBURY, B., STEWART. R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, pp. 136-137.

aprovechamiento de recursos dogmáticos existentes en el derecho administrativo tradicional³⁸¹. En otras palabras, para el profesor alemán el derecho administrativo global implica la creación innecesaria de soluciones a problemas que podrían resolverse a partir de una aplicación ortodoxa del subsistema.

Se esté o no de acuerdo con la doctrina alemana, lo cierto es que el proyecto de NYU constituye hoy una realidad teórica que, aunque esté solo en fase embrionaria³⁸², resulta insoslayable, y omitir su reseña implicaría pecar por defecto. Adicionalmente, para los promotores del proyecto, hoy en día las fórmulas del derecho administrativo tradicional simplemente no bastan para encarar las consecuencias de la globalización en ámbitos tan diversos como la seguridad, la ayuda financiera a países en vía de desarrollo, la protección medioambiental, la regulación bancaria, la actividad de policía, las telecomunicaciones, el comercio, la propiedad intelectual, la regulación laboral y la migración. El argumento de quienes abogan por un derecho administrativo global consiste en que, aun si en gracia de discusión se admitiera la eficacia de las soluciones ortodoxas del subsistema, lo cierto es que hoy en día existe un sinnúmero de sistemas de regulación y de aparatos administrativos que no dependen de los Estados y que deberían ser controlados para evitar que su desarrollo se verifique de manera desordenada³⁸³. Efectivamente, en el panorama actual

³⁸¹ “Tampoco me ocuparé del concepto del *Derecho administrativo global*, pese a que al respecto exista, hoy en día, una sugestiva discusión científica en los Estados Unidos, Italia y otros países. Algunos de los aspectos en él comprendidos serán tratados también aquí.

Pero la perspectiva global a menudo no permite distinguir los elementos comunes de las diversas constelaciones de casos, impidiendo que se aprovechen experiencias y soluciones que existen actualmente en la praxis más aprehensible y cercana de la cooperación administrativa bilateral y fronteriza”. SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34, p. 10.

³⁸² “El derecho administrativo global es un derecho *in fieri*, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia, como se reconoce que la globalización también alcanza, cómo no, al campo del derecho administrativo”. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 351.

³⁸³ “Underlying the emergence of global administrative law is the vast increase in the reach and forms of transgovernmental regulation and administration designed to address the consequences of globalized interdependence in such fields as security, the conditions on development and financial assistance to developing countries, environmental protection, banking and financial regulation, law enforcement, telecommunications, trade in products and services, intellectual property, labor standards, and cross-border movements of populations, including refugees. Increasingly, these consequences cannot be addressed effectively by isolated national regulatory and administrative measures. As a result, various transnational systems of regulation or regulatory cooperation have been established through international treaties and more informal intergovernmental networks of cooperation, shifting many regulatory decisions from the national to the global level. Further, much of the detail and implementation of such regulation is determined by transnational administrative bodies—including international organizations and informal groups of officials—that perform administrative functions but are not directly subject to control by national

existe un déficit de responsabilidad —de *accountability*— en la estructura institucional global, que ha llevado a la formulación de dos tipos de estrategia: por un lado, la extensión del derecho administrativo interno a instancias decisorias intergubernamentales, y, por el otro, el desarrollo de mecanismos jurídico-administrativos nuevos pero de escala global³⁸⁴.

Los impulsores del proyecto de derecho administrativo global lo definen como aquel que comprende los mecanismos, principios, prácticas y hechos sociales que promueven o tienen efecto sobre la responsabilidad de las instituciones administrativas globales, que asegura que éstas cumplan con estándares adecuados de transparencia, participación, motivación de las decisiones y legalidad, y que, finalmente, proporciona un marco valorativo eficaz de las reglas y decisiones tomadas en la arena global. Dentro de la categoría de instituciones administrativas globales —o las modalidades que asume la administración pública global³⁸⁵— se incluyen los órganos reguladores intergubernamentales, las redes y acuerdos

governments or domestic legal systems or, in the case of treaty-based regimes, the states party to the treaty. These regulatory decisions may be implemented directly against private parties by the global regime or, more commonly, through implementing measures at the national level. Also increasingly important are regulation by private international standard-setting bodies and by hybrid public-private organizations that may include, variously, representatives of businesses, NGOs, national governments, and intergovernmental organizations”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. *The Emergence of Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 16.

³⁸⁴ “This situation has created an accountability deficit in the growing exercise of transnational regulatory power, which has begun to stimulate two different types of responses: first, the attempted extension of domestic administrative law to intergovernmental regulatory decisions that affect a nation; and second, the development of new mechanisms of administrative law at the global level to address decisions and rules made within the intergovernmental regimes”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. *The Emergence of Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 16.

³⁸⁵ “Teniendo claras las distinciones formuladas, se afirma que la administración global ha ido perfilando una estructura donde es posible identificar cinco tipos de administraciones globales. Cada una de ellas depende del enfoque y del tipo de regulación administrativa globalizada. La primera está basada en organizaciones internacionales formales; la segunda, en la acción colectiva de redes transnacionales de acuerdos de cooperación entre funcionarios regulatorios nacionales; la tercera, en una administración distribuida llevada a cabo por reguladores nacionales bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos; la cuarta, en una administración por acuerdos híbridos intergubernamentales-privados, y la quinta, en una administración por instituciones privadas con funciones regulatorias, por ejemplo, la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), que armonizan reglas de producción y procesamiento mundial.

Estos cinco tipos de administraciones globales tienen como sujetos destinatarios de su actividad los Estados, los individuos, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y otras colectividades que, bien en un papel activo o pasivo, ven limitadas sus actuaciones por los postulados globales. En las fuentes del derecho administrativo global se incluyen las fuentes clásicas del derecho internacional público —los tratados, la costumbre y los principios generales—; sin embargo, estas fuentes son insuficientes para justificar los orígenes y autoridad de la práctica normativa global, y por ello es necesario hacer un redimensionamiento del concepto de *ius gentium*, de forma tal que se incluyan normas más allá de las disposiciones que regulan actores y escenarios diversos y plurales”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 44-45.

de cooperación intergubernamentales informales, las instituciones reguladoras nacionales sujetas a regímenes internacionales, las instituciones reguladoras mixtas (público-privadas), y las instituciones reguladoras privadas que ejercen funciones de gobernanza transnacional o funciones de particular relevancia pública³⁸⁶.

Como se aprecia, la definición de derecho administrativo global presupone la existencia de una administración global³⁸⁷, tal como ocurre entre el derecho administrativo clásico y el Estado. Se trata de uno de los argumentos más fuertes de la escuela de NYU, y es que en realidad sí es posible hablar actualmente de un espacio administrativo global, en el que interactúan una administración reguladora y multifacética y una serie de sujetos que son destinatarios de su regulación, entre los cuales caben no solo los Estados sino también los individuos, las multinacionales y las organizaciones no gubernamentales³⁸⁸, y que se diferencia de la representación clásica de la comunidad internacional, no solo desde el punto de vista de los sujetos participantes sino también de los principios que lo regulan y de las fuentes de las que emanan las normas³⁸⁹.

³⁸⁶ “These developments lead us to define global administrative law as comprising the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 17.

³⁸⁷ “If administrative law is traditionally considered to be the regulation of administration, the notion of global administrative law presupposes the existence of a global or transnational administration. In this regard, it has been said that there is a “global administrative space” in which [various] types of global administration can be distinguished”. DELPIAZZO, C.E. Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 104.

³⁸⁸ “The conceptualization of global administrative law presumes the existence of global or transnational administration. We argue that enough global or transnational administration exists that it is now possible to identify a multifaceted “global administrative space” (...), populated by several distinct types of regulatory administrative institutions and various types of entities that are the subjects of regulation, including not only states but also individuals, firms, and NGOs”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 18.

³⁸⁹ “The emergence of a global administrative law represents a more recent phenomenon. It stems from the proliferation, as a functional response to the changing needs of the world community, of global regulatory systems by sector, sometimes provided with rulemaking powers and called to adopt individual measures, as well as of bodies responsible for the resolution of the controversies that may arise between the global regulators and the addressees of their action, or between the latter. Such development implies the establishment of a number of regulations by sector, centered around administrative law provisions (...) and established by a variety of legal sources, often differing from the traditional sources of international public law. In this context, the notion of “global administrative law” does not refer generically to a body of

Los análisis teóricos y prácticos del derecho administrativo global apuntan a que las funciones de regulación ya no son exclusivamente domésticas y han adquirido una dimensión transnacional. Las decisiones de las instituciones globales tienen tantas repercusiones en la vida cotidiana de los individuos como las decisiones de los Estados, pero no están sometidas al mismo nivel de control³⁹⁰. Esa sola circunstancia exige el reconocimiento de la existencia de un derecho administrativo global que se diferencia del derecho internacional y de los derechos administrativos domésticos, aunque reúna elementos de ambos, y demanda la imposición de parámetros normativos y mecanismos que aseguren la responsabilidad de las instituciones administrativas globales, es decir, la

administrative law beyond the State. Rather, it refers to the administrative regulation of a global legal space differing from the traditional representation of the world community in several regards: (a) as for the subjects, because the classical construction of States as the only subjects of international law is substituted by a more complex understanding, based on the recognition that the subjects of global public powers as well as private bodies, on the side of regulates, not only States but also individuals, firms, market actors and NGOs; (b) as for legal principles, rules and practices, because the regulation of the action of the various global regulatory systems and the other subjects of the global legal space, contrary to the traditional assumptions of international law science, frequently makes recourse to instruments of administrative decision and management; (c) as for the sources, because de global administrative law cannot be conflated in the classical sources of public international law, but it extensively relies on measures of different types, such as institutional practices, intra-institutional rules and private regulation. The notion of global administrative law thus describes a new legal reality of rules, institutions and practices that the classical understanding of international relations and international regimes fails to recognize or under-estimates". CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, pp. 1-2.

³⁹⁰ "This brief survey of structures and examples indicates that important regulatory functions are no longer exclusively domestic in character and have become significantly transnational, or global. This is especially true in the area of rulemaking, in which genuinely international action combines with action by national regulators in networks of global coordination to supplement, and often determine, domestic action, thus penetrating deeply into domestic regulatory programs and decisions. Further, in more and more cases, global decisions directly affect individuals or firms (...).

(...)

We argue that current circumstances call for recognition of a global administrative space, distinct from the space of inter-state relations governed by international law and the domestic regulatory space governed by domestic administrative law, although encompassing elements of each". KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, pp. 25-26.

existencia de un principio de legalidad de alcance global³⁹¹ que, aunque incipiente, ya existe desde hace tiempo³⁹².

El espacio administrativo global no solo presenta un déficit de responsabilidad sino también de igualdad, específicamente entre los países desarrollados y aquellos en vía de desarrollo. En efecto, los primeros son menos susceptibles a injerencias regulatorias externas y son de hecho los que en mayor medida promueven la mutación de los ordenamientos jurídicos nacionales de los segundos, a través de instituciones como la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que a todas luces actúan como órganos de la elusiva administración pública global. De ahí que para el proyecto de derecho administrativo global el empleo de herramientas analíticas y normativas propias del derecho administrativo tradicional pueda

³⁹¹ “This multifaceted administrative space incorporates the five different types of international or transnational administrative bodies described above. In this space, states, individuals, firms, NGOs, and other groups or representatives of domestic and global social and economic interests who are affected by, or otherwise have a stake in, global regulatory governance, interact in complex ways. The space is characterized by distinct features and dynamics that call for independent positive and normative study and theorizing. These efforts must necessarily build on, but at the same time transcend, both traditional international law, and domestic administrative law—an insight foreshadowed in writings on international administrative law in the early twentieth century, but neglected since. The relative autonomy and distinct character of this global administrative space, and its increasingly powerful decisionmaking bodies, lead us to argue for the recognition and further development of new and distinct principles and mechanisms of accountability through a global administrative law”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. *The Emergence of Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 26.

³⁹² “El derecho administrativo, tradicionalmente caracterizado como derecho *interno* de los estados, desde hace tiempo comprende también al denominado *régimen administrativo internacional*, es decir, el ordenamiento administrativo propio de los organismos internacionales.

Las organizaciones internacionales—la ONU, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la OMC, la OIT—cuentan con regímenes propios de contrataciones y personal, así como tribunales administrativos internacionales que resuelven diferendos entre las entidades y sus empleados.

Asimismo, cabe destacar el creciente desarrollo de normas internacionales, muchas de ellas de carácter administrativo. Por ejemplo, en materia ambiental, comunicaciones, salud, transporte, etc.

(...)

Reiteramos también que en este nuevo *derecho administrativo internacional* reformulado en los últimos años pueden ubicarse, entre otras, las siguientes cuestiones: El derecho administrativo de las organizaciones internacionales (...), la participación pública global (las organizaciones no gubernamentales, los individuos, sus ámbitos de participación—como las redes de ONGs y otros foros), las regulaciones internacionales y los principios y pautas consensuadas entre distintos sujetos (público y privados) en el plano global (*soft law*), el estudio de las relaciones entre el derecho administrativo internacional y el derecho administrativo de cada Estado, así como el arbitraje administrativo internacional”. FERNÁNDEZ LAMELA, P. El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, pp. 165-166.

resultar útil, no solo para comprender la nueva realidad sino también para atemperar los déficits de responsabilidad e igualdad mencionados³⁹³.

En cuanto al sistema de fuentes propio del derecho administrativo global, sus impulsores afirman que éstas incluyen las fuentes clásicas del derecho internacional pero necesariamente las trascienden: invocan una versión renovada del *ius gentium* que abarque normas de distinta índole y que no esté anclado a un *ius inter gentes* construido estrictamente sobre la base de acuerdos interestatales³⁹⁴. Los ordenamientos jurídicos internos también juegan un papel fundamental en el sistema de fuentes del *global administrative law*, porque suponen el primer nivel de control de las administraciones públicas domésticas, no solo cuando actúan como tales sino también cuando implementan normativas externas o cuando se manifiestan como órganos de redes transnacionales. En esa medida, el derecho administrativo doméstico de los países insertos en el espacio administrativo global puede funcionar como instrumento de vigilancia de la administración pública global³⁹⁵, y de hecho hoy en día desempeña un rol protagónico en ese sentido³⁹⁶.

³⁹³ “Thus, from the perspective of smaller developing countries, global regulatory institutions including the WTO, IMF, World Bank, and U.N. Security Council might already appear to be “administering” them at the bidding of the industrialized countries, which are generally subject to far less intrusive external regulation. Confronting these issues in administrative terms may highlight the need to devise strategies for remedying unfairness associated with such inequalities”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, pp. 25-27.

³⁹⁴ “The formal sources of global administrative law include the classical sources of public international law—treaties, custom, and general principles—but it is unlikely that these sources are sufficient to account for the origins and authority of the normative practice already existing in the field.

(...)

It may be that a better account of the legal sources of existing normative practice in global administration could be grounded in a revived version of *ius gentium* that could encompass norms emerging among a wide variety of actors and in very diverse settings, rather than depending on a *ius inter gentes* built upon agreements among states”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 30.

³⁹⁵ “A final problem of sources concerns the status of domestic law. Domestic law is a controlling source of law for domestic administration and thus for national administrative agencies either implementing global law or acting as a part of global administrative structures, or both. Domestic courts may also provide a forum for redress when global administrative bodies act directly on private parties. Through these means, domestic law can help ensure accountability of global administration; and a subtle architecture of accountability centered on domestic mechanisms might be a means to reflect the varying normative commitments of each national society and thus accommodate diversity. Yet domestic mechanisms established and operated according to local predilections might not meet the functional needs for a degree of global commonality in principles and mechanisms, and for responsiveness to the particular features of specific global administrative regimes”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 30.

³⁹⁶ “Given the absence of genuinely international accountability mechanisms in most global administrative regimes, domestic institutions have often taken the lead in trying to check the global administration. This is

Con independencia de las coordenadas apenas citadas para identificar el sistema de fuentes del derecho administrativo global, para sus promotores resulta claro que alcanzar una certeza absoluta acerca de la totalidad de normas específicas que lo conforman es una imposibilidad ineluctable. Ello se debe a que los cuerpos normativos son dispersos y fragmentarios, y a que las normas internas evidentemente varían entre sí, aun a pesar de que tiendan hacia la convergencia. En definitiva, el sistema de fuentes del *global administrative law* se presenta como una obra en proceso de construcción que, en todo caso, no promete a futuro una morfología sólida como la que puede tener un ordenamiento jurídico doméstico. El derecho administrativo global tiene —y necesariamente tendrá— una naturaleza líquida e incierta³⁹⁷.

No obstante, dentro de ese panorama de incertidumbre, la idea de reconocimiento mutuo entre regímenes regulatorios globales e instituciones supraestatales productoras de normas parece fundamental para el desarrollo del sistema de fuentes del derecho administrativo global, y no una mera opción. El reconocimiento mutuo apunta a un sistema de fuentes subsidiarias que rechaza la tendencia hacia la centralización y la jerarquía que siguen los ordenamientos jurídicos nacionales en su morfología³⁹⁸. Para la doctrina, el

most obvious in attempts by domestic courts to establish their jurisdiction over the action of international institutions”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 31.

³⁹⁷ “Even if agreement were reached on identifying the formal sources of global administrative law, in terms of either traditional international law or a revived *ius gentium* approach, it is unlikely that a definitive and detailed body of rules and principles governing global administration could presently be formulated, even in relation to formal intergovernmental arrangements. Written intergovernmental instruments concerning such norms are scattered and relatively sparse, the practices of global administrative bodies are fragmented, and formal domestic norms vary considerably even if some convergence is occurring. Hybrid and private global regulatory arrangements are not directly subject to many of these rules and principles, and the status of the emerging administrative legal principles and practices in relation to such hybrid and private systems is largely undetermined. Moreover, under a *ius gentium* approach, disagreement is inevitable about whose practices to count and whose not to count for the emergence of a rule, and as to how much consistent practice might be necessary to generate a strong pull for adhesion. Should the adoption (or non-adoption) of accountability mechanisms in an international institution count more toward (or against) a new norm than adoption (or non-adoption) in an informal inter-governmental network or in a hybrid institution with private participation? Such questions of methodology require considerable future work”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 31.

³⁹⁸ “(...) transnational mutual recognition regimes are not simply one option among many available in the palette of global administrative law, but rather a core element of any global governance regime that eschews global government. The diffusion of mutual recognition regimes partakes in shaping a system of global subsidiarity that rejects (or at least does not unquestionably accept) the temptations of centralization and hierarchical constitutionalization of global economic relations”. NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, G. Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 263-317, p. 263.

principio de reconocimiento mutuo debe erigirse, junto con la cláusula de Estado de derecho, como una piedra angular del *global administrative law*³⁹⁹. Una de las razones para afirmarlo es que la realidad global de nuestros días ya abunda en ejemplos de reconocimiento *de facto*, y elevarlo a reconocimiento mutuo implica institucionalizar y legalizar lo que en este punto ya constituye una realidad fáctica, que se vería enriquecida por los mecanismos de control que la institucionalización trae consigo. En suma, el reconocimiento mutuo fortalece el sistema y facilita su interacción con las realidades domésticas⁴⁰⁰.

Como se entiende con facilidad, el derecho administrativo global es una construcción en ciernes, tanto en sentido dogmático como normativo. Por ello, los impulsores del proyecto proponen dos estrategias posibles para su desarrollo, aunque confiesan que ambas adolecen de fallas. La primera de ellas se deriva de un acercamiento *bottom-up*, es decir, de la extensión, adaptación y aplicación de herramientas procedimentales e institucionales internas a contextos transnacionales. Una aproximación de esa naturaleza no está exenta de problemas porque se corre el riesgo de que funciones tradicionalmente atribuidas a administraciones nacionales y ya sometidas a estándares de transparencia, participación y control particularmente estrictos simplemente escapen a tales estándares, por no ser éstos enteramente practicables en el ámbito transnacional⁴⁰¹.

³⁹⁹ "(...) the study of mutual recognition regimes should be put at the core of the discipline described in this volume as global administrative law. Recognition is pervasive in an economically integrated world, whether that recognition is formal and mutually agreed upon or is informally applied. Thus, a better understanding of the dynamics and dilemmas of recognition provides an important lens on the project as a whole. This occurs on multiple counts". NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, G. Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 263-317, p. 313.

⁴⁰⁰ "An implicit goal of the global administrative law project is to re-examine national administrative law itself. National regulatory systems need to adapt if they are to fulfil their functions in a global economic order by developing new mechanisms of regulatory exchange and accountability. As noted throughout this article, transnational economic processes are occurring all around us. Like it or not, forms of unilateral, often unconscious, *de facto* recognition necessarily take place continuously since recognition is an implicit principle for the functioning of any integrated economic or political order. Mutual recognition arrangements thus constitute an institutionalization and legalization of recognition, offering transnational accountability mechanisms that otherwise would not exist. Mutual recognition is both about expanding recognition when there has been none, and about making prevailing recognition conditional on the respect of fundamental norms, all within a transnational framework. Since regulators already must rely to a great extent on foreign regulatory systems in an economically integrated world, mutual recognition regimes can help to provide the assurance of greater mutual oversight, review, and adaptation of national systems". NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, G. Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 263-317, p. 317.

⁴⁰¹ "The bottom-up approach attempts to ensure legality, accountability, and participation in global administration through extending (and adapting) the tools of domestic administrative law. Pressures for such extension arise when it appears that transnational or global governance institutions are taking over formerly

La otra estrategia para desarrollar el proyecto del *global administrative law* se deriva de un acercamiento *top-down*, es decir, de un esfuerzo por hacer cada vez más compleja y sofisticada la maquinaria de la administración pública global, de tal suerte que los procedimientos y tomas de decisiones se surtan directamente en ese ámbito y en sedes institucionales de raigambre transnacional⁴⁰². La dificultad de esta estrategia radica en que implica la formalización de regímenes que hoy en día son informales y que se benefician enormemente de esa informalidad, a los cuales los Estados y operadores económicos permiten funcionar sin mayores reparos, precisamente porque representan estructuras laxas que no comprometen por completo su soberanía o poder decisorio. Adicionalmente, el problema de pérdida de estándares que se presenta en el primer enfoque podría ser más grave en el segundo, porque en este caso la premisa es eliminar casi por completo la participación de las administraciones domésticas de los procesos de toma de decisiones⁴⁰³.

national administrative functions that were previously subject to domestic administrative law mechanisms of transparency, participation, and review, but are not so constrained at the global level. Such pressures intensify when it appears that national regulators participating in this extranational governance are using it to shelter their actions from effective review at the domestic level. In order to remedy this circumvention of domestic administrative law safeguards, the bottom-up approach would apply requirements of transparency, notice-and-comment procedures, and review—not only to the international components of domestic administrative decisions, but also to the participation of domestic administrators in global regulatory decisionmaking—and it would require decision-making transparency in order to support such participation. (...) The bottom-up approach is fundamentally constrained because, while domestic administrative law systems provide valuable ideas, they are not generally applicable as direct models for understanding and problem-solving in the quite different conditions presented by the global administrative space”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, pp. 55-56.

⁴⁰² “The second strategy for constructing global administrative law, the top-down approach, would more closely resemble contemporary international law patterns, and would thus avoid some of the problems involved in applying domestic mechanisms of administrative law to global institutions and actors. It would build accountability mechanisms at the global level: individuals, groups, and states would participate in global administrative procedures; review of decisions would be performed by independent international bodies, and this would include the review of domestic decisions forming part of distributed global administration”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 56.

⁴⁰³ “But this would also pose new difficulties: it would require legalization and institutionalization of administrative regimes that are at present informal, which is difficult to achieve without losing the benefits of informal modes of cooperation; and powerful states and economic actors will generally be suspicious of strongly legalized regimes because they reduce their discretionary influence. Moreover, a top-down approach might produce far greater democratic problems than one based, at least in part, on accountability in domestic fora. Also, a top-down strategy for constructing global administrative law must confront many of the same difficult challenges as a bottom-up approach, including the diffusion of decisionmaking in a multi-level system, the often indirect effects of global administrative decisions, the difficulty of providing non-state actors with rights of participation and review within the state-centered orientation of many global administrative regimes, and the significant private element in global administration”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 56.

Los promotores del proyecto son muy cautos al afirmar que para ellos no está definitivamente establecida la utilidad de hablar de una administración pública global, o de un espacio administrativo global, ni la necesidad de abogar por la construcción del derecho administrativo global como ámbito autónomo de estudio y plataforma de producción normativa⁴⁰⁴. Sin embargo, consideran que esfuerzos académicos y políticos en ese sentido podrían redundar en mayores índices de democracia, porque permitirían visibilizar más la realidad de que hoy en día existen sistemas supraestatales que toman decisiones con repercusiones importantes en los ámbitos domésticos, aumentando el nivel de control que puede ejercitarse sobre ellos, y fortaleciendo en última instancia una incipiente democracia planetaria, cuyos alcances y circunstancias simplemente dificultan pensar en un eventual poder legislativo mundial⁴⁰⁵.

De manera que el derecho administrativo global constituye hoy en día la principal apuesta por caracterizar y controlar dogmática y normativamente los efectos de la globalización jurídica sobre el derecho administrativo⁴⁰⁶. A pesar de la inexistencia de un derecho

⁴⁰⁴ “More fundamentally, there remains scope for real contestation about whether it is useful either to speak of “global administration” and “global administrative space” or to advocate “global administrative law” as a field of study”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. *The Emergence of Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 61.

⁴⁰⁵ “A final issue is the potential linkage, if any, between global administrative law and democracy. A system of electorally based representative democracy at the global level is at present far beyond reach. Nor does a consociational conception of democracy at the global level based on civil society entities seem viable. Nonetheless, the development of a global administrative law, including through “bottom up” as well as “top down” approaches, could work to strengthen representative democracy at the national level by making global regulatory decisions and institutions more visible and subject to effective scrutiny and review within domestic political systems, and thereby promote the accountability of international regulatory decisionmakers through those systems. Systems of global administrative law might also support the development of deliberative democracy at the level of global regulatory regimes, although the elements of such a conception as well as the conditions of its effective realization have yet to be adequately developed”. STEWART, R.B. *U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 63-108, p. 108.

⁴⁰⁶ “Por su parte, el derecho administrativo global es una teoría que se apoya en los conceptos construidos y aplicados en el análisis de las instituciones públicas nacionales para clarificar la organización de las instituciones administrativas globales, mientras que la globalización del derecho es un proceso resultante de la necesidad del derecho —como ciencia y como instrumento práctico de regulación de las actividades (tanto en el campo público como privado) — de adaptarse a las exigencias del mundo global. Se considera que las respuestas dadas a la demanda antes enunciada han ido creando un conjunto de instrumentos que constituye una nueva área del derecho, la cual provee varias reglas encaminadas a desarrollar el control en la globalización y que pueden denominarse *derecho administrativo global*”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 39-40.

constitucional global⁴⁰⁷, el desarrollo del proyecto de NYU ha permitido formular una serie de principios que deberían orientar las actividades y actuaciones de la administración pública global, y que se inspiran en la tradición dogmática del derecho administrativo tradicional, por lo que no desconcierta hallar entre ellos la participación procesal, la transparencia, la motivación, la contradicción o la eficiencia, entre otros⁴⁰⁸. Otra similitud que existe entre esta nueva construcción dogmática y el derecho administrativo tradicional es que también en la construcción del derecho administrativo global se verifica una concurrencia entre los criterios orgánico y funcional para determinar la existencia de situaciones reguladas jurídico-administrativamente, pero con preeminencia del segundo debido a la heterogeneidad de sujetos involucrados, que dificulta ceñirse al indicador meramente institucional para identificar fenómenos de relevancia administrativa⁴⁰⁹.

Por esas razones, la doctrina ha resaltado la naturaleza eminentemente “principal” del derecho administrativo global, integrado a partir de denominadores jurídico-culturales comunes entre los países del llamado norte global. Quizás el hecho de estar principalmente constituido por ese acervo cultural común facilita el hecho de que sus normas, de origen

⁴⁰⁷ “Ciertamente, se trata de un Derecho en génesis. En este Derecho global no se ha desarrollado un auténtico Derecho constitucional, pero sí hay elementos esenciales del Derecho administrativo, como el deber de transparencia, el principio de participación, el principio contradictorio, la obligación de motivación, la justiciabilidad de las pretensiones, o el control y supervisión de cumplimiento”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 321.

⁴⁰⁸ “La configuración del derecho administrativo global ha ido perfilando unos principios que deben caracterizar la actuación de las instituciones pertenecientes a las administraciones globales, y que corresponden en buena medida a los mismos principios que deben caracterizar dentro de sus propios ámbitos el ejercicio de su función por parte de las administraciones nacionales.

Dentro de tales principios se cuentan los de participación procesal y transparencia, provisión de razones para las decisiones administrativas (suficiencia, relevancia y pertinencia), revisión de las decisiones y estándares sustantivos de la decisión administrativa (proporcionalidad, racionalidad de medios y fines), evasión de medios restrictivos innecesarios y respeto por las expectativas legítimas”. RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 46.

⁴⁰⁹ “La clave del derecho administrativo global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que va a poder proceder no solo de estructuras administrativas tradicionales, sino también de nuevos sujetos que ahora van a cobrar especial protagonismo en el espacio jurídico global. La gobernanza global, la gobernabilidad global o la gobernación global va a ser la principal actividad que va a estudiar el derecho administrativo global, que en modo alguno invade el campo de trabajo del derecho internacional público, ya que aunque estamos en el marco de la gobernanza global y en ocasiones trabajamos en la frontera del derecho internacional, estamos en presencia de una tarea de regulación de amplios sectores de la vida económica y social de inequívoco alcance administrativo”. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 305.

tanto público como privado⁴¹⁰ y de naturaleza tanto vinculante como no vinculante, sean fácilmente aceptadas por los Estados sin que medie una delegación expresa por parte de éstos a los órganos transnacionales con atribuciones de producción normativa. De acuerdo con la doctrina, el espacio administrativo global, caracterizado por la ausencia de poderes ejecutivos y judiciales monolíticos, está y debe estar exclusivamente controlado por este patrimonio axiológico común, en el que, además de los principios de la tradición jurídico-administrativa euro-americana, los derechos humanos pueden jugar un papel

⁴¹⁰ “Es verdad que la realidad nos enseña que en los últimos tiempos existen órganos intergubernamentales y estructuras público-privadas, a veces incluso privadas, que realizan tareas de relevancia jurídica en el llamado espacio jurídico global, sobre todo en la vertiente administrativa. Este dato ha de tenerse muy en cuenta a la hora de estudiar no solo las formas de composición de la Administración global, sino los actos y las normas que se producen”. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 351-352.

fundamental⁴¹¹. La doctrina señala la posibilidad de que un andamiaje como el descrito constituya una fase embrionaria de constitucionalismo global de escala⁴¹².

La noción de un cuerpo común de principios jurídicos comunes ha suscitado dos inquietudes por parte de la academia: en primer lugar, si la división clásica entre derecho público

⁴¹¹ “Por su parte, en el Derecho administrativo global hay normas de origen público y privado, vinculantes y no vinculantes, cuya fuerza deriva de las delegaciones implícitas de los Estados o del carácter científico o técnico de sus componentes, acompañadas o no de sistemas cuasijudiciales o de arbitraje... Lo llamativo es que producen normas sin el respaldo o delegación expresa de ningún parlamento nacional y en órganos en que intervienen funcionarios que tampoco responden ante sus propios parlamentos. Tampoco hay poder ejecutivo ni judicial, pero sí principios como los de motivación, participación y audiencia de interesados, autonomía e independencia y neutralidad. Principios en los que debería basarse una nueva legitimidad y respecto de los que se produce un recíproco trasvase (*feed back*) del Derecho interno al global, y viceversa. Y es que para el profesor J. L. MEILÁN, en línea con el pensamiento de S. CASSESE, el Derecho administrativo global no ha de ofrecer menos garantías que el de los Estados, y su déficit democrático se palia por el claro sometimiento a unas adecuadas reglas de Derecho que resulten familiares a todos los Estados, que constituyen un patrimonio jurídico común (*meeting point*) de los Derechos estadounidense y europeo. De este modo, el Derecho administrativo global tiene una naturaleza fundamentalmente principal. Los derechos humanos pueden suministrar a tal efecto un aporte significativo, en cuanto a su universalidad, en los que pueden subsumirse principios generales del Derecho o principios comunes a los procedimientos e instituciones administrativos, como los de objetividad, transparencia, igualdad, independencia e imparcialidad, eficacia y proporcionalidad, rendición de cuentas (*accountability*) o el de prevención y precaución”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 324.

“Las diversas maneras de comprender el derecho, el ordenamiento jurídico, plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los cuales levantar el edificio del derecho administrativo global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco poderes públicos de carácter global claramente establecidos. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que en opinión de quien escribe deben partir de la cláusula del Estado de derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del derecho administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general requiere nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen, el sentido del derecho administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites”. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 352.

⁴¹² “This is leading us towards a “global constitutionalism” which is located above European constitutionalism and receives contributions from it. Likewise, having arrived at the top of the pyramid, global constitutionalism, we reach plural constitutionalism. By “global constitutionalism” we are referring to the formation of an array of values which gives ethical and legal form to an embryonic material constitution of the “global community”. By “plural constitutionalism” we mean the sum total of the material constitution of the New World Order (NWO) (that is, the global community), the material constitution of the various integrated regional spaces and the national constitutions. In the latter case, we may say that we find different levels of political power, organized in layers, expressed in the States, above them, in the regional spaces of integration (in our case, the European Union) and, at the top, in the global community. We are thus, as stated above, on the threshold of an era of *constitutionalism of scale*, at the world level”. DE QUADROS, F. Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 333.

nacional e internacional ha perdido sentido y, en segundo término, si esos principios realmente tienen un valor universal o si se trata de parámetros relativos⁴¹³. En cuanto a la primera pregunta, se afirma que las relaciones entre derecho público nacional y derecho público internacional ya no pueden ser estudiadas desde una única perspectiva, y que distintos puntos de vista asignan diversos grados de importancia a esa distinción: Kant dudaba de ella, mientras que Hegel y Kelsen la consideraban un axioma⁴¹⁴. De manera que no es claro si hay lugar o no a dividir dogmáticamente el derecho público nacional del internacional, pero lo cierto es que su separación ya no es universalmente aceptada y que su integración no debe descartarse⁴¹⁵. En cuanto a la segunda pregunta, las respuestas de la academia oscilan entre un *ethos* rigurosamente liberal, que defiende la universalidad de los principios, y un relativismo cultural extremo, que la impugna⁴¹⁶.

⁴¹³ “The existence of a body of general legal principles that are common to the legal orders both of states and of international and supranational institutions raises two questions. The first is whether the traditional dichotomy between domestic public law and international law has consequently lost its significance. The second is whether the new principles have a universal value or only a relative one”. DELLA CANANEA, G. The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 106.

⁴¹⁴ “It should at least be recognized that the relationship between “domestic” and “international or supranational” public law can be considered from several angles and that those angles may be of varying importance. (...) The dichotomy between “internal” and “external” public law was challenged by Kant, in the perspective of a universal public law that was indispensable for a permanent peace. Conversely, it was considered obvious, indeed almost axiomatic, in Hegel’s philosophical formulations and Kelsen stood by it”. DELLA CANANEA, G. The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 106.

⁴¹⁵ “It is nevertheless necessary to see whether the data would confirm the paradigm’s continuing validity or whether they challenge it and therefore require its revision. The data considered here demonstrate that the procedural guarantees that have been developed in some legal orders to defend private parties against the arbitrary impositions of those who govern and administrate are no longer an exclusive prerogative of the states. They define the activity of public authorities in, precisely, their capacity of public authorities. (...) Both the traditional assumption that states are the only parties to the law of nations and the conviction that administrative law is a feature exclusive to states (perhaps not even to all of them) and certainly not one belonging to other kinds of legal order, must be relativized. Both were based on a now superseded idea of the separateness of the law’s various component fields. It is preferable to configure the relations between legal principles in terms of specialization. All this would suggest that the existence of two distinct public-law cultures is not axiomatic. Even were one to continue to consider it so, however, the possibility that the two cultures may at least be closer and better integrated, with benefits for both, cannot be ruled out”. DELLA CANANEA, G. The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 107.

⁴¹⁶ “(...) globalization does not yet warrant the onset of a global administrative legal system with common rules and principles that could apply to all State institutions”. CASSAGNE, J.C. Globalization and its Impact on the Rule of Law. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 9.

Ahora bien, se trate del acercamiento *bottom-up* o *top-down* y con independencia de la discusión acerca de la generalidad de los principios que lo informan, el desarrollo del derecho administrativo global pasa necesariamente por la penetración del principio de legalidad en el ámbito global⁴¹⁷. No se trata de una observación superficial, ya que el reto que se presenta es semejante al que se verificó durante las revoluciones liberales: se trata de imponer límites jurídicos claros y eficaces a una forma de poder que ya no está atada a la idea romántica de nación ni a una concepción clásica de la territorialidad normativa, y que es propensa a cometer abusos similares a aquellos consumados bajo el *Ancien régime*⁴¹⁸. Una limitación eficaz del régimen global implica la superación de un paradigma nominalista o literal del principio de legalidad, es decir, la admisión de una lectura de la legalidad que vaya más allá de la producción normativa de los órganos legislativos nacionales⁴¹⁹.

Extrapolar la seguridad jurídica, la igualdad, la legalidad, la transparencia, la separación de poderes y la independencia judicial es por tanto el desafío fundamental de esta disciplina jurídica *in fieri*⁴²⁰, y no se agota en una mera transferencia *verbatim*: requiere de una adaptación al contexto global⁴²¹. Del éxito de esa empresa, tanto dogmática como

⁴¹⁷ “E questo ci porta alla terza strada, che è forse ad oggi la più proficua, quella che dalla penetrazione della *rule of law* nelle regolazioni e decisioni sovranazionali (nei termini nei quali appunto se ne occupa il diritto amministrativo globale) porta alla forza crescente del nucleo essenziale del costituzionalismo, vale a dire la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona”. AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8., p. 5.

⁴¹⁸ “En la actualidad lo que se puede reclamar de este nuevo derecho administrativo es que sea capaz, y no es poco, de juridificar el orden económico global, sometiendo a regulaciones jurídicas el complejo mundo de la actividad administrativa de orden económico que se produce en el espacio global. La panoplia de organismos públicos, semipúblicos y privados que realmente están protagonizando la realidad de la normación en el espacio global demuestra que como lo fáctico suele ir por delante de lo jurídico, es fundamental que la regulación global que va surgiendo para racionalizar el ejercicio de esos poderes globales se haga en el solar del Estado de derecho. A pesar de que estamos en el siglo XXI y de que deberíamos habitar en un mundo más justo y racional que en el pasado, nos enfrentamos todavía a fenomenales ejemplos de arbitrariedad y de autoritarismo en la esfera global que reclaman del derecho público soluciones jurídicas y, por ello, profundamente humanas”. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, p. 340.

⁴¹⁹ “L’ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci, metodi di controllo dei poteri pubblici”. CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 459.

⁴²⁰ “Junto a las cuestiones de legitimidad es necesario trasladar a la globalización jurídica las exigencias del Estado de Derecho: seguridad jurídica, igualdad ante la ley, control de legalidad, transparencia, separación de poderes, independencia judicial, a las que el espacio jurídico global responde de forma insuficiente en el caso de los actores públicos y, más aún, de los privados”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 314.

⁴²¹ “It is not a matter of simply transferring the categories of administrative law or the institutions of a State.

normativa, depende en gran medida que se atempere el déficit democrático descrito en páginas anteriores, que constituye hoy en día una característica principal de la arena global⁴²² y cuyo antídoto efectivamente puede estar en la globalización del rigor procedimental propio de las estructuras dogmáticas del derecho administrativo⁴²³.

Extender la lógica propia del Estado de derecho y elevarla a piedra angular⁴²⁴ del *global administrative law* implica evidentemente una limitación de la actividad administrativa global, pero ello no debe entenderse como un reblandecimiento de su poder sino como todo lo contrario: precisamente establecer unas coordenadas de actuación a la estructura administrativa transnacional puede dotarla de una mayor legitimidad, por vía de un control democrático y constante, y puede aumentar la confianza por parte de los Estados y los otros sujetos participantes en la arena global; finalmente, puede significar su ulterior empoderamiento⁴²⁵ a través de procesos cuidadosos de producción normativa, prestación

The proper approach would be to ponder, from a global perspective, to what degree existing principles and regulations may be taken advantage of in the different national laws". MEILÁN GIL, J.L. *Global Administrative Law and Human Rights*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 15.

⁴²² "I argue that just as domestic policymakers and administrative law scholars have devised rules and procedures to bolster the legitimacy of administrative agencies, global policymakers might look to the first principles of administrative law to remedy the democratic deficit and legitimacy concerns at the transnational level". ESTY, D.C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562, p. 1494.

⁴²³ "(...) the procedural rigor of administrative law is a critical tool for refining international governance and legitimizing the exercise of supranational authority". ESTY, D.C. *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562, p. 1495.

⁴²⁴ "El derecho administrativo global, tal como sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, se refiere a todas las regulaciones, procedimientos y principios que ayuden a asegurar la *accountability*, la transparencia, la participación, la racionalidad y el control en la toma de decisiones en el espacio administrativo global. Estos autores no son muy partidarios de articular el sistema de fuentes del derecho en su versión tradicional y postulan, de alguna manera, un renovado *ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *ius inter gentes* construido sobre acuerdos entre Estados. (...) De esta manera entiendo la afirmación de la cláusula del Estado de derecho como base y fundamento del derecho administrativo global. La cuestión, sin embargo, aunque es compleja, requiere unos mínimos básicos que han de aceptar todos los integrantes de la Administración global. El desarrollo del derecho administrativo global, que es un derecho *in fieri*, en formación, nos irá ilustrando acerca de cómo es posible articular el derecho interno de un Estado que participa en una Administración global con la norma que regula el funcionamiento de esa institución en el plano local". RODRÍGUEZ-ARANA, J. *El derecho administrativo global: un derecho principal*. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 338-339.

⁴²⁵ "(...) whether the decisionmaking role assigned to international bodies is narrow or broad – supporting mere intergovernmental exchange or full-scale supranational decisionmaking - these institutions must adopt basic administrative law procedures to achieve better results and bolster public confidence in the choices they make and the policies they advance. This argument has both an empirical element, drawn from a close review of the performance of existing international institutions, and a normative logic, derived from political theory and the functioning of administrative law on the national level". ESTY, D.C. *Good Governance at the*

eficiente de servicios públicos y un tratamiento justo tanto de los individuos como de los operadores mercantiles⁴²⁶.

Los profesores de NYU también admiten que las herramientas dogmáticas cuyo empleo proponen pertenecen al derecho administrativo propio de la tradición liberal y que, por tanto, extrapolarlas al orden global implicaría de una u otra forma agravar el déficit de igualdad antes aludido. Por ende, afirman la necesidad de informar el *global administrative law* con ingredientes dogmáticos y normativos que no provengan necesariamente y en todos los casos de una tradición rigurosamente occidental, en un esfuerzo por descolonizar el proyecto que resulta evidentemente esencial si su alcance ha de ser genuinamente global⁴²⁷.

Ése es precisamente otro de los grandes méritos del proyecto: su nivel de autocrítica con respecto al riesgo de caer en dinámicas neocoloniales. Los pioneros son plenamente conscientes de la posibilidad de que las instituciones y normas que conforman el espacio administrativo global funcionen como órganos y mecanismos de imposición por parte de los países ricos sobre los países pobres. El derecho administrativo global podría funcionar entonces como un potenciador de la desigualdad o como un mecanismo para atemperarla;

Supernational Scale: Globalizing Administrative Law. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562, p. 1495.

⁴²⁶ "Although administrative law cannot completely compensate for the absence of an electoral connection between the governed and their officials, a refined system of procedures can promote decisionmaking based on the rule of law, participation, rationality, clarity, stability, neutrality, fairness, efficacy, deliberation, efficiency, and accountability. If properly developed and implemented, administrative procedures promote careful rulemaking, efficient delivery of public goods, and fair treatment of both individuals and economic entities". ESTY, D.C. Good Governance at the Supernational Scale: Globalizing Administrative Law. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562, p. 1496.

⁴²⁷ "The models of administrative law used in this essay and throughout the project are of European and American origin, and are closely connected with the rise of the liberal state and the expansion of its regulatory and administrative activities in the late nineteenth and early twentieth centuries. Thus, transferring these models to the global administrative space may seem to imply a liberal order for that sphere, at the expense of somewhat different ways of ordering society that exist especially in Asia and Africa. But not all normative bases of global administrative law are connected to a liberal model of society. Approaches focused on intra-regime control and protecting states' rights might just as well apply in a non-liberal order. However, in order to justify a more demanding conception of global administrative law (and one more congenial to democratic views), it is unlikely that reliance solely on these two approaches will suffice; instead, justifications must probably be based, in one way or the other, on individual civil rights, economic rights, and democracy, reflecting in some measure solidarist or cosmopolitan conceptions of international ordering. Yet even a limited form of such reconceptualization could face political challenges: an international order based on individual or economic rights may be too close to Western, liberal conceptions to be universally acceptable. Emphasizing the organizing role of state sovereignty may prove superior in coping with the challenge of diversity". KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 51.

ello depende principalmente de la capacidad del proyecto para hacerse consciente de la heterogeneidad de la realidad global y para formular soluciones que maximicen la inclusión y participación de los países en vía de desarrollo⁴²⁸.

La prevención de los impulsores del proyecto se predica especialmente del estándar de transparencia conforme al cual se espera que opere la administración pública global. En efecto, el solo hecho de que la institucionalidad supraestatal actúe de manera transparente no garantiza que se eviten dinámicas de imposición neocolonial y, de hecho, puede funcionar como dispositivo discursivo legitimador de ese tipo de situación⁴²⁹, y ello ha sido resaltado por los promotores del proyecto para todo el mundo en vía de desarrollo⁴³⁰, pero

⁴²⁸ “A second challenge might focus on the current international institutional order that global administrative law seeks to build on and improve. In a radical form of critique, the current institutions of global governance can be seen as “imperial” institutions, furthering the goals and stabilizing the dominance of Northern industrialized countries at the expense of the South, and of the dominant capitalist classes at the expense of subaltern peoples. Suppose this charge were correct (and it is certainly plausible): what would this mean for global administrative law? Defenders would probably argue that global administrative law seeks to improve current institutions and, by making them more accountable, might lay the seeds for a future empowerment of those currently underrepresented and excluded. Critics, however, might claim that the strategy of global administrative law is far too limited; that even if it succeeds, it would only scratch the surface of the current institutional injustice. Moreover, it would at the same time help legitimate the current order and thus stabilize it, whereas radical change is actually needed. This would recall the classical and intractable debates between reformers and revolutionists, in which both sides are probably right in some way. But it would also point to the need for thinking about distributional issues and ways to achieve greater accountability of global administration to those who are the most excluded today. Most initiatives currently proposed would have the effect of increasing accountability towards Northern populations, market actors, social interests, and states. Increasing the ability of such actors to hold global governance to account may aggravate the cleavages currently existing in the world, and might weaken institutions that offer the most promise to disadvantaged groups. In order to address the central problems of accountability, global administrative law might have to devise ways to empower and include people and their representatives from the South. From this perspective, a more effective participation of the developing world in global administrative structures might be more urgent than implementing yet another path of influence for the affluent parts of the world”. KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. *The Emergence of Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61, p. 52.

⁴²⁹ “Almost without exception contributors to New York University’s research project have stressed the importance of transparency as a check on arbitrary power, and clearly it must be a key element in any system of global administrative law. But here we receive a reminder that it can also be co-opting. It can help to forestall emancipatory change, sustaining exploitation with a fresh legitimating ideology. So what I am suggesting is again a familiar point, that we need to remain alert to the way progressive concepts can become pacifying ideologies. However valid and indeed precious as a strategy for curbing abuses in global administration, transparency is not an end in itself and must not be allowed to appear so”. MARKS, S. *Naming Global Administrative Law*. En: *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*. New York: New York University Press, 2006, vol. 37, pp. 995-1001, p. 998.

⁴³⁰ “These impacts and more subtle effects are often especially powerful in the case of developing countries, which are particular dependent on foreign investment and assistance, and may often lack the institutional resources and expertise to influence, deflect, or otherwise deal with them”. KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. *Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America*. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, pp. 12-13.

especialmente para el caso latinoamericano⁴³¹, para el que incluso proponen una serie de preguntas de investigación que permitan explorar y resolver el problema⁴³².

A pesar de las prevenciones expresamente manifestadas por los promotores del proyecto de NYU, la academia europea ha tendido a trenzar su estudio con el análisis del derecho de la Unión Europea, dejando de lado otros procesos de integración. *Global Administrative Law* y derecho europeo suelen concebirse como los dos componentes de un derecho administrativo más allá del Estado que, aunque puedan estudiarse paralelamente, tienen importantes relaciones horizontales entre sí⁴³³.

⁴³¹ “Globalization has more and more pervasive impact on government decisions and policies in Latin American countries. They are strongly affected by the decisions of global regulatory bodies in areas such as trade (e.g. WTO), investment (e.g. international investment arbitral tribunals), monetary policy (e.g. IMF), development aid (e.g. the World Bank and the Inter-American Development Bank), environment (e.g. OECD), health and safety (e.g. Codex Alimentarius), human rights (e.g. the Inter-American Commission and Court of Human Rights), and others. They are also subject to regulatory requirements imposed through conditions on financial assistance (for example, by the World Bank and other multilateral and bilateral development assistance agencies) and through treaty provisions such as the provisions in investment treaties prohibiting expropriation of foreign investor’s investments (treaty provisions on fair and equitable treatment or expropriation can change the possibilities of re-negotiation of contracts and imposition of environmental and other regulatory requirements by host countries)”. KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, p. 12.

⁴³² “From the perspective of Global Administrative Law, these various regulatory and procedural and institutional impacts in Latin America raise at least five sets of questions for investigation. First, what has been the impact of these requirements and conditions, as well as of broader global governance dynamics, on government decision making and policies in Latin American countries, with particular emphasis on regulatory policies, procedures and the functioning of administrative law including the role of domestic courts? To what extent have these impacts been beneficial or adverse from the perspective of particular Latin American countries and their citizens? Second, are global regulatory bodies that impose these requirements and conditions, adequately accountable and responsive to the distinctive needs and interests of Latin American countries? Third, in so far as the legitimate interests and needs of Latin American countries are being adversely affected or disregarded by global authorities, to what extent can the development and adoption of new administrative law mechanisms and techniques in the global or national administrative space help address these problems? Fourth, who are the winners and losers from the adoption of global administrative law techniques and values? Does Global Administrative Law primarily serve the interests of rich countries and multinational firms and investors, or can it be harnessed to protect the interests of developing countries and social interests? Fifth, in what ways are Latin American countries and their civil society organizations knowledgeable and effective players in global regulatory governance, and how might this expertise be enhanced and integrated with better management of the domestic implications and influences of global regulatory standards and practices?” KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, p. 13.

⁴³³ “The two mentioned components of administrative law beyond the State – EU administrative law and global administrative law – have been studied so far as two parallel bodies of law. Little attention has been paid to their “horizontal” relationships, while the analysis of “vertical” relationships between national administrative law and, respectively, EU and global administrative law has been privileged”. CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative

En ambos casos se admite la existencia de aparatos administrativos cuando menos emergentes, distintos de las administraciones públicas nacionales⁴³⁴, que imponen transformaciones dogmáticas y normativas de hondo calado al derecho administrativo tradicional. Es justamente por esa razón que, de acuerdo con la doctrina, una reformulación de los fundamentos tradicionales tiene necesariamente que pasar por un estudio comparativo de los componentes del derecho administrativo más allá del Estado⁴³⁵. En ese orden de ideas, las diferencias identificadas por la academia entre ambas administraciones públicas son dos: en primer lugar, el hecho de que en el contexto regional europeo el principio de legalidad rige principalmente como dispositivo de balance institucional, mientras que en el espacio administrativo global funciona ante todo como instrumento de protección de los sujetos participantes; en segundo lugar, ambas administraciones se diferencian en que en la Unión Europea existe un poder ejecutivo al cual responder, mientras que en la arena global el agente de control está constituido por una red sectorial de administraciones domésticas⁴³⁶. Por el contrario, la semejanza general entre ambas administraciones está marcada por sus modelos organizativos y por el rol asignado a los privados en el ejercicio de función administrativa⁴³⁷.

Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 2.

⁴³⁴ "In both the European Union (EU) and the global legal space, a genuine administrative organization is rapidly emerging. In the EU legal order, the implementation of European laws and policies is carried out not only by the member States' administrations, but also by the European Commission and by an increasing number of EU administrative bodies, such as European agencies, executive agencies and European independent authorities. In the global legal space, an "extraordinarily varied landscape of global administration" is developing and consolidating". CHITI, E. EU and Global Administrative Organizations. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 13.

⁴³⁵ "(...) in so far as administrative law is experiencing a radical expansion and it comes to regulate the functioning not only of national administrations but also of the EU administrations and of the administrations of global regulatory systems, a comprehensive reflection on the overall features of the "new" administrative law needs to be based also on the conclusions that can be reached through a comparison between the different kinds of administrative law beyond the State". CHITI, E. EU and Global Administrative Organizations. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 14.

⁴³⁶ "These two groups of administrations distinguish one from the other quite clearly as far as their position in the wider context of public powers is concerned. Both the EU and global administrations are subject to the rule of law. But the rule of law has a different foundation from one system to another: in the EU, it operates mainly in function of institutional balance, while in the global legal space it seeks to protect the positions of private actors and public powers. Moreover, the administrations of the global space are not anchored in an executive power equivalent to that of the European Union, as are not called to respond to a global government or set of higher institutions, but rather to a plurality of sectoral sub-governments". CHITI, E. EU and Global Administrative Organizations. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 32.

⁴³⁷ "The EU and global administrations thus reveal a combination of limited similarities and marked differences. They are different in terms of the "constitutional" anchorage of their public administrations,

Ahora bien, a partir del ejercicio comparativo entre los dos componentes del derecho administrativo más allá del Estado emerge un panorama con una apariencia vagamente similar al de una pirámide, aunque definitivamente se diferencie de la pirámide normativa clásica, propia de los ordenamientos domésticos. Este panorama podría compararse al fenómeno de las economías de escala, y en su base se encuentran los derechos nacionales, en el peldaño intermedio los derechos regionales como el de la Unión Europea, y en el sustrato superior el derecho administrativo global propiamente dicho⁴³⁸, menos desarrollado que el segundo escalón⁴³⁹. De acuerdo con la doctrina, las relaciones entre los tres niveles de este nuevo sistema deben reconocerse, es decir, ha de admitirse que entre ellos existen diálogo y complementariedad⁴⁴⁰. La integración entre los tres peldaños de la pirámide se define a partir de una división de competencias, es decir, una repartición implícita de funciones cuya efectividad se busca a través de una interacción razonada entre los sistemas caso por caso⁴⁴¹.

which is present in one case but not in the other. Their organizational models and the role assigned to private actors in the exercise of administrative functions do tend to converge. But this convergence takes place at the general level of their overall orientation, while the specific arrangements maintain important, distinguishing specificities". CHITI, E. *EU and Global Administrative Organizations*. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 33.

⁴³⁸ "Thus, by analogy with the phenomenon of economies of scale in political economics, it has become possible to speak of that which may be called, in the field of law, *legal systems in pyramid or legal systems of scale*.

In this pyramid, the base is occupied by national law, or the legal order of the State; immediately above this we have the law of regional integration, at continental level has so far only been put in place in the European continent; lastly, at the top of the pyramid, we find global law or, as is preferred by one of the pioneers in this trend in the best legal theory "global legal space". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 329.

⁴³⁹ "At a higher level than European administrative law we find global administrative law. This is the administrative law born out of globalization.

How has global administrative law been formed? Here, too, it has been, above all, the free circulation brought about primarily by the liberalization of trade at world level which has given rise to this layer of administrative law. It is important, however, to point out that, given that this free circulation at world level is more tenuous than at European level, global administrative law is much less developed and dense than European administrative law". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 338.

⁴⁴⁰ "It is not sufficient to recognize the existence of this pyramid within the framework of plural constitutionalism. It is also necessary to realize that the three levels of this pyramid are coherent between themselves – that is, they engage in dialogue with each other and complete each other". DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, p. 334.

⁴⁴¹ "(...) there is a functional division of competences between the different levels of regulation, or rather "an implicit ordering of functions in which the effectiveness of law is sought through managed interaction

Ahora bien, las diferencias cualitativas no existen únicamente entre el derecho administrativo global y los derechos regionales; evidentemente también existen entre el primero y los derechos domésticos, y son de hecho más acentuadas. Las discrepancias van más allá del hecho de que estén en etapas de desarrollo distintas y podrían resumirse en cuatro: en primer lugar, los derechos administrativos domésticos orbitan en torno de un único centro, a saber, los gobiernos nacionales, mientras que el *global administrative law* es multipolar porque está anclado a una constelación de autoridades sectoriales⁴⁴²; en segundo término, dichas autoridades han tenido un desarrollo distinto respecto de los órganos nacionales: si bien en el espacio jurídico global existen fuertes productores de normas y poderes judiciales transnacionales —cuyo nivel de injerencia depende de la influencia del respectivo régimen normativo transnacional sobre los ordenamientos domésticos—, el poder ejecutivo a escala global presenta una relativa debilidad, pues depende en la mayoría de casos de las autoridades domésticas para hacer eficaces sus decisiones. En otras palabras, se está ante un sistema con un poder legislativo fuerte, un poder judicial cuya fuerza depende de la situación, y un poder ejecutivo completamente supeditado a las realidades institucionales de los distintos Estados⁴⁴³; la tercera diferencia entre el derecho administrativo global y los ordenamientos nacionales se deriva de la segunda, y consiste en el hecho de que en el primero las funciones administrativas correspondientes a la administración global son llevadas a cabo de manera indirecta por órganos nacionales, mientras que en los segundos las decisiones se ejecutan de manera

between the [international, the European and the national] systems”, the concrete shape of which depends on the circumstances of each case. In some cases, this interplay ultimately impacts on private persons’ legal spheres”. MENDES, J. *Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems*. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 112.

⁴⁴² “It is not just that national and global administrative law are developed to a greater or lesser degree. There are also some important qualitative differences between the two. First, national administrative laws rotate around a single pole—the state or the national government—even if in federal or regional states many authorities may establish primary rules. Global administrative law, by contrast, is multi-polar. It lacks a hierarchically superior power similar to the power of the central state, which prevails over the other powers in the domestic legal system. The global administrative law system is characterized by sectoral authorities, and sometimes just sectoral networks of national authorities. It is also for this reason that here it is better to speak of “governance” than “government” or “regimes.””. CASSESE, S. *Global Standards for National Administrative Procedure*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 124.

⁴⁴³ “Second, the various authorities of the global legal system have developed differently than states have. A strong lawmaking power exists in both systems, and there are many legal prescriptions in the global legal system. But the executive power is weak at the global level, because (for various reasons) sectoral enforcement is carried out by, or delegated to, state executive powers or their offices. There are judicial authorities at the global (for example, the WTO) and the supranational (for example, the E.U.) levels, and their development is directly related to the influence of the global system over national legal systems”. CASSESE, S. *Global Standards for National Administrative Procedure*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 124.

directa por las mismas autoridades que las profirieron. Ello supone dificultades de implementación comparables a las existentes en el caso de procesos de regionalización como el de la Unión Europea⁴⁴⁴; finalmente, el *global administrative law* se diferencia de los derechos administrativos nacionales por su naturaleza compuesta: ostenta una dimensión estatal y una dimensión ultra o supra-estatal. La segunda de ellas requiere de una articulación o armonización con la segunda, que se verifica de dos maneras distintas: a través de la circulación de capital, bienes y servicios, y mediante la apertura de los ordenamientos domésticos y el reconocimiento de regímenes normativos transnacionales⁴⁴⁵.

Así como los aportes del profesor Schmidt-Aßmann tienen un valor fundamental en la caracterización teórica del derecho administrativo internacional, una descripción del derecho administrativo global que omita las contribuciones teóricas del profesor Sabino Cassese estaría necesariamente incompleta, principalmente por el hecho de que, como se señaló con anterioridad, la construcción de esta disciplina jurídica en ciernes ha sido un trabajo emprendido de manera conjunta entre la Universidad de Nueva York y la academia italiana, en la cual brilla especialmente su nombre.

Para Cassese, el derecho internacional es un conjunto de instituciones y normas que regulan las relaciones entre los Estados y que se fundan sobre su voluntad soberana, por lo general, aunque excepcionalmente ostenten un carácter consuetudinario. Por contraste, el orden jurídico-administrativo global posee productores propios de normas, aparatos propios que las hacen efectivas y órganos propios encargados de dirimir conflictos⁴⁴⁶, desligados total o

⁴⁴⁴ “That executive powers in the global system are underdeveloped creates a third kind of difference between global and state administrative law: the former is characterized by an “indirect rule” that consists of national authorities carrying out the functions belonging in fact to the global system. This enables the global system—in a way similar to the E.U.—to be effective using just a modestly sized administration of its own. But it also creates—as in the E.U.—serious enforcement problems. A modest administration means having limited tools to guarantee enforcement”. CASSESE, S. Global Standards for National Administrative Procedure. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, pp. 124-125.

⁴⁴⁵ “Finally, the global legal system is of a mixed or composite character, as it is made up of both a state and an “ultra-state” dimension. The latter, functioning as a kind of common law, not only requires national laws to conform to it, but also enables them to communicate with each other. This communication takes place in two ways: (1) through the circulation of capital, goods, and services (and, to a lesser degree, businesses and persons); and (2) by the state legal system’s opening up to recognize other legal orders. Both of these ways enable a choice of the most favorable law and may lead to regulatory competition. The communication between different legal systems, made possible by the consolidation of higher and common rules, does not, however, unfold in a regular, symmetrical way: there are important differences between sectors, goods, and objectives”. CASSESE, S. Global Standards for National Administrative Procedure. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126, p. 125.

⁴⁴⁶ “Il diritto internazionale, *ius gentium*, *ius inter gentes*, *law of the nations*, è un corpo di istituti e norme che regolano i rapporti tra Stati. Ha carattere volontaristico, contrattuale, non gerarchico (salvo un ristretto

parcialmente de la voluntad de los Estados. Por lo demás, para el profesor italiano no resulta del todo preciso hablar de un orden jurídico global, en la medida en que, en realidad, se trata de una serie de ordenamientos sectoriales que se traslapan y que no se sitúan sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de acuerdo con una lógica jerárquica, sino que se entremezclan constantemente con éstos, dando lugar a sistemas heterogéneos en los que se encuentran elementos normativos domésticos con estándares ecuménicos. En el orden jurídico global, o, más precisamente para Cassese, en los órdenes jurídicos globales se disuelve la línea divisoria entre lo público y lo privado, y se refuerza la frontera entre las funciones de producción normativa, en cabeza de órganos propiamente transnacionales, y las ejecutivas, encargadas tanto a organismos globales como a estructuras administrativas domésticas que actúan como vicarias del orden administrativo global. Finalmente, en su caracterización, Cassese llama la atención sobre el hecho de que los sistemas jurídicos globales no se dirigen únicamente a los Estados sino también a los individuos, con los que establecen relaciones directas⁴⁴⁷.

numero di norme consuetudinarie). L'ordine giuridico globale si fonda su di esso, ma lo supera: ha propri organi produttori di norme, propri apparati chiamati ad attuare le norme o a valutare la loro attuazione, propri organi di soluzione delle controversie". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 133.

⁴⁴⁷ "Innanzitutto, come si evince da tutti i casi, (...) non c'è, in senso stretto, un ordine giuridico globale, bensì [sic] tanti ordinamenti settoriali, relativi alle singole materie. Tra questi si stabiliscono legami di vario genere: ad esempio, limitazioni commerciali possono servire a far rispettare i diritti dei lavoratori, o, per tutelare l'ambiente, viene riconosciuto ai privati il diritto di partecipare al procedimento.

In secondo luogo, (...) gli ordini giuridici globali non sono posti in una scala gerarchica rispetto a quelli nazionali. Essi non costituiscono un livello più alto, separato da quelli sotto-ordinati. Elementi strettamente globali, transnazionali, nazionali e persino sub-nazionali entrano a far parte di quelli che chiamiamo ordini giuridici globali.

In terzo luogo, il sistema giuridico globale non è uniforme, in quanto deve bilanciare diversità nazionali (*iura particularia*) con un corpo di regole o standard generali (*ius commune*). (...)

(...) una quarta caratteristica: anche negli ordini giuridici globali, come in numerosi sistemi nazionali, la linea di distinzione tra pubblico e privato è poco netta. In questo caso, un ente privato svolge funzioni pubbliche in base ad accordi con enti sovrani.

Quinta caratteristica: potere normativo e potere esecutivo sono separati (...). Gli ordini globali debbono fare affidamento sull'esecuzione nazionale, che tengono, però, sotto controllo mediante organi di verifica dell'ottemperanza o vere e proprie corti giudiziarie.

D'altra parte, i sistemi giuridici globali non fanno ricorso solo a norme per imporsi, ma anche a moduli contrattuali, (...) al pari di quanto avviene in diversi sistemi amministrativi nazionali.

Settima caratteristica: gli ordini giuridici sovrastatali non si indirizzano soltanto ai governi nazionali, ma anche ai privati, con cui stabiliscono rapporti diretti. (...)

Ottava caratteristica: gli ordini giuridici globali impongono a quelli nazionali il rispetto della *rule of law*, sia nei rapporti con i privati (...), sia nei rapporti con altri governi (...).

Infine, il sistema di risoluzione delle controversie nell'arena globale presenta caratteristiche peculiari, in quanto frequentemente le dispute sono multipolari, non bipolari (...); gli organi giudiziari o quasi giudiziari globali intervengono in sede di riesame di decisioni giudiziarie nazionali (...); l'esecuzione delle decisioni giudiziarie globali, in assenza di strumenti diretti di *enforcement*, deve far ricorso a surrogati quali le misure di ritorsione, proporzionali e sotto controllo giudiziario globale (...)" CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 131-133.

Las características del orden jurídico global reseñadas son las razones de su debilidad, pero también de su fortaleza: el hecho de que no exista un sistema unitario de gobierno ni un único bloque monolítico de reglas se compensa por la facilidad con que las normas de raigambre global permean los ordenamientos domésticos, debida fundamentalmente a su carácter sectorial⁴⁴⁸. El profesor Cassese llama la atención sobre el carácter rizomático del espacio jurídico global, que lentamente parece transmutar en un auténtico orden jurídico global, en buena medida gracias a órganos judiciales transnacionales que reconocen la existencia de un tejido de conexión entre los distintos regímenes, en principio independientes⁴⁴⁹.

Otras características del espacio jurídico-administrativo global que enervan su poderío tienen que ver con la falta de una constitución que regule las relaciones del sistema con otros órdenes normativos, y con la ausencia de los principios de plenitud, coherencia y jerarquía que rigen en los ordenamientos domésticos para que en ellos no se verifiquen lagunas y antinomias. La razón estriba en que la soberanía continúa siendo un atributo estatal, que de manera excepcional y solo mediante la aquiescencia de los Estados puede depositarse en manos de organismos del orden global⁴⁵⁰. Finalmente, un factor de debilidad

⁴⁴⁸ “Gli organi ed enti globali – come già notato – sono, però, settoriali (...). Manca un sistema unitario di governo. Non vi è un corpo di regole generali. Di qui la debolezza dell’ordine giuridico globale o, meglio, dei numerosi ordini giuridici globali, non connessi in un sistema unico. (...)”

Il carattere settoriale degli ordini globali facilita, però, la loro penetrazione negli ordinamenti nazionali”. CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 134.

⁴⁴⁹ “Più complessa la rappresentazione dello «spazio» giuridico globale, nella fase di trasformazione in un «ordine» giuridico globale. I sistemi regolatori sono separati. Ma in molti di essi vi sono corpi giudiziari che riconoscono l’esistenza di un tessuto connettivo comune e stabiliscono legami tra i diversi corpi. La rappresentazione più [sic] diffusa di questi molteplici legamenti tra punti separati è quella che fa ricorso alla metafora della rete («non hierarchical deliberative networks»)". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 152.

⁴⁵⁰ “Gli ordinamenti statali dispongono di due strumenti di regolazione dei loro rapporti con altri ordinamenti e dell’ordine interno delle norme, che sono assenti nello spazio giuridico ultrastatale.

In primo luogo, gli ordinamenti nazionali sono fondati su costituzioni. Queste sono investite di un compito sovrano, in quanto operano da interfaccia tra ordinamento nazionale e altri ordinamenti giuridici. (...)”

In secondo luogo, gli ordinamenti nazionali sono organizzati secondo i principî di unità, di gerarchia e di competenza, non ammettono lacune e ricorrono a proprie regole di completamento (...)”

Ciò vuol dire che ogni ente od organo che fa parte di un ordinamento nazionale ha una precisa collocazione e un ambito materiale di attività riconosciuto, per cui c’è una divisione del lavoro in relazione ai compiti e una prevalenza in relazione ai poteri.

(...)

Nello spazio giuridico ultrastatale, gli enti sovranazionali e gli organismi globali non dispongono di atti solenni (costituzioni), diretti a regolare i rapporti con altri ordinamenti. D’altro lato, nello spazio giuridico globale non vi è un tessuto connettivo atto a stabilire l’area della competenza di ciascun ente od organismo, né una precisa gerarchia tra di essi, né legami reciproci, né, infine, un sistema di completamento atto a evitare le lacune.

La costituzione (in senso formale) è l’atto espressivo *par excellence* della sovranità. Questa viene riconosciuta agli Stati, non agli ordinamenti ultrastatali. Quando si parla di *international constitutionalism*, ci si riferisce alla

importante está relacionado con la eficacia de las normas de fuente global: en pocas palabras, el orden jurídico global no es directamente vinculante y su cumplimiento depende de factores como la adhesión voluntaria y el reconocimiento mutuo⁴⁵¹.

Como se precisó anteriormente, la actividad administrativa global es ejercida preeminentemente por órganos domésticos, por lo que los Estados nación pasaron de ser *fons et origo* del espacio jurídico-administrativo global a ser sus instrumentos, e incluso por organismos de estirpe global que no fueron creados por los Estados sino por otros organismos transnacionales⁴⁵². La actividad administrativa en el nivel global tiene por tanto una doble naturaleza: por un lado, impulsa, guía y estimula el ordenamiento jurídico-administrativo global y, por el otro, controla el desempeño de los órganos administrativos domésticos cuando actúan como agentes vicarios de dicho ordenamiento. En realidad, dicha actividad de control, aunada a la gestión de cuentas y de personal, constituye el grueso de la actividad efectivamente desarrollada por los organismos globales propiamente dichos⁴⁵³.

En su caracterización del orden jurídico-administrativo global, el profesor Cassese se pregunta acerca de su fuente de legitimidad y, con el argumento de la existencia de

costituzione in senso materiale, o nel senso di rapporti di fatto o convenzionali (quindi nel senso inglese del termine)". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 140-141.

⁴⁵¹ "Nell'ordine giuridico globale non si è sviluppato un vero e proprio diritto costituzionale, mentre sono presenti gli elementi essenziali del diritto amministrativo: obbligo di trasparenza, principio della partecipazione e del contraddittorio, obbligo di motivazione delle decisioni, giustiziabilità delle pretese, controllo dell'adempimento. Ma questi principi, pur avendo una struttura simile a quelli propri del diritto domestico, hanno una diversa funzione. Quindi, operano in maniera diversa.

L'ordine giuridico globale, infine, non ha, di regola, carattere direttamente vincolante. Esso assicura la sua effettività in modi complessi: per adesione volontaria, per mutuo riconoscimento o supporto, in base alla reazione dei controinteressati (sotto controllo giudiziario)". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 135.

⁴⁵² "Lo sviluppo di sistemi giuridici ultrastatali è stato reso possibile dalla presenza degli Stati, ma ha assunto caratteri propri. Gli Stati sono sempre più [sic] impegnati al rispetto di norme non statali (...). Gli Stati, da «fonte» dell'ordinamento giuridico ultrastatale sono divenuti strumento di quest'ultimo. D'altra parte, numerosi organismi globali non sono stati istituiti da Stati, bensì [sic] da altri organismi globali". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 134.

⁴⁵³ "L'attività amministrativa a livello globale ha una duplice natura. Da una parte, è impulso, guida e stimolo dell'ordinamento globale; dall'altra è controllo della *compliance* degli ordinamenti nazionali che agiscono in veste globale, come organismi serventi, di secondo grado. (...)

Inoltre, l'attività amministrativa globale è svolta in vario modo. Le organizzazioni globali provvedono, innanzitutto, all'attività interna (gestione del bilancio e del personale). Esse, poi, cooperano con altre organizzazioni globali e con amministrazioni nazionali. Infine, svolgono attività di controllo: per esempio, per assicurare l'esercizio effettivo da parte delle amministrazioni nazionali dei compiti loro assegnati, sono spesso istituite *compliance committees*, organi semicontenziosi che hanno funzioni di controllo sulla conformità dell'azione amministrativa e di fronte ai quali è possibile una rudimentale forma di contraddittorio". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 26.

organismos globales que no nacen de la voluntad de los Estados, descarta rápidamente la respuesta tradicional de que el sistema global de instituciones se funda sobre un sistema de legitimación indirecta que pasa por la soberanía nacional. Evidentemente, el hecho de no provenir de la voluntad estatal comporta un déficit de legitimidad democrática para ese tipo de organismos⁴⁵⁴, y Cassese considera que existen dos formas de atenuarla: por un lado, la utilización de mecanismos alternativos de legitimidad, como comités integrados por representantes de las administraciones domésticas, de la sociedad civil, de organizaciones no gubernamentales o de los directamente interesados, que tengan injerencia en los procesos de toma de decisiones en el nivel global; por el otro, el aprovechamiento de los recursos domésticos existentes, como los límites y parámetros constitucionales o los principios nacionales aplicables a la función administrativa, que pueden operar como limitaciones al derecho administrativo global. No obstante, el profesor italiano advierte que el déficit democrático es un problema que se plantea con un alcance diverso en los contextos nacional y global, porque la envergadura del poder ejecutivo en ambos ámbitos es fundamentalmente distinto⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ “(...) le organizzazioni globali sono prive di una legittimazione democratica e comportano una diminuzione del potere, della sovranità e della democrazia degli Stati. In particolare, la globalizzazione giuridica violerebbe le tradizioni democratiche nazionali, essendo insensibile ai bisogni democratici e indifferente ai valori e interessi locali. La sottoposizione degli Stati Uniti al governo di poteri globali contrasta – è stato scritto – con il rispetto dei propri principî costituzionali: se gli Stati Uniti sono sottoposti alla volontà di poteri esterni, non possono essere governati secondo il modello indicato dalla Costituzione. La globalizzazione, colpendo la sovranità dello Stato, minaccia la sovranità popolare e la democrazia nazionale. Quindi, la globalizzazione giuridica lederebbe i principî sia dello «Stato democratico», sia dello «Stato di diritto». CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 162.

⁴⁵⁵ “Si può ora tentare di dare una prima risposta (...) alle due questioni poste all’inizio: chi legittima? Chi dà garanzie?

La tradizionale risposta a questa domanda è che l’ordine globale si basa su un sistema di legittimazione indiretta, attraverso gli Stati nazionali.

Il quadro si fa però piú [sic] complicato se si considera la parte dell’ordinamento globale autonoma dagli Stati: ad esempio, l’Icann e la Iosco. Queste organizzazioni non sono state costituite dagli Stati e, quindi, non hanno neppure una legittimazione indiretta.

Il deficit di democrazia può essere attenuato in due modi. Il primo: si fa ricorso a meccanismi di legittimazione alternativi. Tra questi, innanzitutto, i comitati, composti di rappresentanti di amministrazioni nazionali o della società civile, che, con la propria attività, penetrano nel processo decisionale globale; poi le organizzazioni non governative, che operano a stretto contatto con le istituzioni globali, valutandone, incentivandone, controllandone l’azione; infine, la partecipazione degli interessati al processo di decisione (in tal caso si parla di *deliberative democracy* o democrazia «dibattimentale»: le decisioni sono sottoposte, nella fase istruttoria, all’esame dei destinatari o di un pubblico piú [sic] largo, ai quali è consentito di intervenire e di replicare).

Il secondo modo per attenuare il deficit di democrazia a livello globale consiste nello sfruttamento di *countervailing powers*. L’ordine globale poggia sugli ordinamenti nazionali. Se, ad esempio, si deve effettuare una perquisizione nell’abitazione di un cittadino ateniese, per eseguire un ordine comunitario, dovrà essere chiesta l’autorizzazione di un giudice greco. I principî delle Costituzioni nazionali possono, quindi, funzionare come limiti dell’ordinamento globale.

Va, da ultimo, fatta un’avvertenza. Il problema del deficit democratico si pone nell’ordinamento globale in termini diversi rispetto a come si presenta in ambito statale. Basti pensare ai motivi che hanno storicamente giustificato l’esistenza dei parlamenti nazionali. Essi vengono istituiti per tenere a freno l’attività

Finalmente, Cassese considera que el espacio jurídico-administrativo global no puede considerarse como un orden anárquico pero tampoco como un auténtico régimen jurídico global: está compuesto por una pluralidad de sistemas sectoriales entre los cuales existen nexos de contigüidad y no de continuidad, que no siempre logran coordinarse y que, de hecho, podrían representar un ejemplo de pluralismo jurídico⁴⁵⁶, bastante alejado de un ordenamiento ecuménico como el que podría proyectarse desde el punto de vista del globalismo jurídico-administrativo.

2.4.4. EL GLOBALISMO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

Existe una cuarta manera de abordar el fenómeno de la globalización del derecho administrativo, que no se desprende de una mirada doméstica (derecho administrativo globalizado) ni de una perspectiva supra-estatal clásica (derecho administrativo internacional) o novedosa (derecho administrativo global). Esta cuarta perspectiva de alguna manera constituye la prolongación lógica de los tres modelos explicativos ya estudiados, y parte de una intuición razonable: si persisten las tendencias hacia la convergencia de sistemas jurídicos nacionales, hacia la pérdida de protagonismo estatal, hacia la desterritorialización del derecho, el Estado y la administración pública, y hacia el resquebrajamiento del sistema de fuentes, es posible —e incluso probable— que estemos presenciando los primeros signos de nacimiento de un nuevo orden jurídico mundial, en el que una sociedad planetaria dará origen a un Estado de alcance global, dotado de un poder legislativo facultado para expedir normas ecuménicas, puestas en práctica por un ejecutivo

dell'esecutivo. Ma nell'ordine giuridico globale non si presenta questo stesso problema, in quanto esso non nasce in opposizione a un forte potere esecutivo". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, pp. 27-28.

⁴⁵⁶ "Insomma, lo spazio giuridico globale non è costituito da una «anarchical society» (...) e non è un «free floating melange of legal organizations», perché non è composto da «self-contained regimes» frammentati e separati. Ma non può neppure essere considerato un «global legal regime», perché è costituito da un aggregato di sistemi regolatori speciali, tra i quali non c'è il vuoto, ma manca il requisito dell'unità, vi è contiguità, non continuità, il diritto generale e unificante ha un basso tasso di densità, il coordinamento non è imposto dall'alto, ma è stabilito dagli stessi corpi che vi operano. Il diritto globale, insomma, proprio perché «without any author», costituisce un esempio estremo di «legal pluralism»". CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009, p. 142.

"Although confirmed by Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice, the idea that there exist general principles of law that are recognized by civilized nations has lost ground in recent years. This fact raises the question of whether such general principles have any order-providing meaning or value beyond the State. If compared to the apparently "natural" systematic structure of the state legal orders, the global legal space appears to lack a body of general rules and seems dominated by sectionalism and fragmentation. Indeed, it resembles the medieval legal order, characterized as that was by the simultaneous presence of various legal orders competing with each other". DELLA CANANEA, G. The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011, p. 89.

universal y respaldadas por un poder judicial investido de jurisdicción territorialmente ilimitada, sobre la base de una nacionalidad cosmopolita o de la destrucción del mito nacional heredado de la Paz de Westfalia. Naturalmente, un proyecto de tal naturaleza implicaría también la existencia de una administración pública y de un derecho administrativo universales.

Esta cuarta perspectiva, que recibe el nombre de globalismo jurídico, no constituye un modelo teórico como el derecho administrativo interno globalizado, el derecho administrativo internacional o el *global administrative law*. Es, por el contrario, una conjetura en la que parecen coincidir varios de los autores que se pronuncian sobre el fenómeno, algunos de manera más explícita que otros, y una propuesta que no proviene de la ciencia jurídica sino de la filosofía y de la filosofía política. Ya el mismísimo Kant había entretenido la noción de una república mundial como medio para alcanzar la paz perpetua —*Zum ewigen Frieden*— entre los seres humanos, aunque la descartara sobre la base de nuestras imperfecciones como especie, favoreciendo finalmente la idea de una federación de pueblos que pusiera en el núcleo del *foedus* la renuncia a la guerra⁴⁵⁷. Por su parte, Rawls había llamado la atención sobre la arbitrariedad intrínseca de las fronteras, aunque reconociera su necesidad ante la ausencia de un Estado ecuménico⁴⁵⁸, que fue considerado por Kelsen —y Norberto Bobbio— como la única manera de evitar la guerra⁴⁵⁹, y por Habermas como un proceso en curso y absolutamente inevitable⁴⁶⁰.

Sin embargo, a pesar de su raigambre extra-jurídica, la idea de un gobierno, un derecho y una democracia planetarios ya ha sido ponderada por la doctrina jurídica. Para el profesor Jean-Bernard Auby, por ejemplo, hoy en día resulta desacertado hablar de un sistema jurídico global y prefiere referirse a un espacio jurídico global, debido a la inexistencia de una sistematicidad o sentido de unidad entre todos los regímenes e instituciones ultra-

⁴⁵⁷ “La Repubblica mondiale era la prima tra le soluzioni caldeggiate da Kant per la pace perpetua. Ma già lui aveva escluso che la natura degli uomini consentisse di arrivarci e aveva proposto per questo una federazione di popoli, che ponesse come cuore del *foedus* la rinuncia alla guerra”. G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello stato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 1, 7.

⁴⁵⁸ “en ausencia de un Estado mundial, debe haber fronteras de alguna clase, que parecen arbitrarias si se las considera de manera aislada y que dependen hasta cierto punto de circunstancias históricas”. RAWLS, J. *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Barcelona, Buenos Aires, México D.F.: Paidós, 2001, p. 52.

⁴⁵⁹ “For this reason —argues Norberto Bobbio, inspired by Kelsen— the only way to eliminate war is to institute a unique and universal world state above all the existing states”. ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 32.

⁴⁶⁰ “For Habermas, (...) a process of transition from the Westphalian international system to a new Cosmopolitan order corresponding to the social and communicative dimension of ‘universal citizenship’ is in full development”. ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 33.

estatales⁴⁶¹. Para el profesor francés, además, la noción de un sistema jurídico global no solo es impensable en la actualidad sino también a futuro, debido a la formidable diversidad que existe entre los sistemas jurídicos domésticos⁴⁶². Contra ese reparo podría argumentarse que la globalización jurídica ha traído consigo un diálogo entre ordenamientos y que la tendencia actual no parece ser otra que la de la convergencia. Para Auby, sin embargo, parece obvio que la construcción de un sistema jurídico global y legítimo resulta imposible dada la inexistencia de un Estado mundial, que, por demás, considera una aspiración demasiado utópica e incluso indeseable⁴⁶³. Sin embargo, el profesor francés no descarta por completo la posibilidad, y de hecho acepta que el desvanecimiento de las fronteras entre el derecho internacional y el derecho interno y entre el derecho público y el privado son realidades inobjetables en nuestros días⁴⁶⁴.

Por su parte, Janet McLean anota que el hecho de que un Estado global se considere o no viable depende en buena medida del marco de referencia jurídico-cultural desde el que se aborde el problema: desde el punto de vista del derecho internacional clásico, el Estado ha sido tradicionalmente concebido como una persona jurídica unitaria que tiende a perpetuarse, mientras que, para la tradición del *common law*, el Estado está conformado por una serie de unidades disgregadas que compiten entre sí por poder, que se controlan

⁴⁶¹ “Capítulo aparte objeto de especial atención lo constituye el análisis del poder y la legitimidad en el espacio jurídico global (término que, en el estado actual de desarrollo de la globalización jurídica, le parece a J.-B. AUBY más adecuado que el de «sistema jurídico global», en ausencia de un aparato formalizado de órganos, principios propios de arquitectura normativa...)”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 312.

⁴⁶² “J.-B. AUBY considera que la elaboración de un Derecho verdaderamente común está en la mayoría de los ámbitos fuera de toda posibilidad, habida cuenta del contexto económico y político y de la diversidad de culturas jurídicas”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 311-312.

⁴⁶³ “Pues bien, ante esta nueva realidad se plantean cuestiones de legitimidad: cómo construir un orden político y jurídico mundial sin haber construido un Estado mundial (que, en opinión de J.-B. AUBY, no sería una agenda realista ni probablemente deseable)”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 313.

⁴⁶⁴ “Se está construyendo con las bases analizadas la estructura de un Derecho global: un trenzado de relaciones jurídicas, de instituciones, de normas, que no se ajustan ya del todo a los cánones clásicos, que conforman el funcionamiento jurídico de este conjunto interconectado —vertical y horizontalmente— de actores estatales, interestatales, no estatales, que constituye el mundo implicado en el proceso de globalización. No conocemos aún mucho sobre este Derecho global en construcción; sí comenzamos a saber cómo se construye, pero no cuál será el producto final. En todo caso, destaca J.-B. AUBY dos notas que le son características: la progresiva eliminación de la distinción entre Derecho internacional y Derecho interno y entre Derecho público y Derecho privado”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 316.

mutuamente mediante un sistema di pesi e contrapesi e che godono di un mandato temporale e contingente. Per McLean, il successo degli esperimenti di regolazione regionale e globale —e per di più di un eventuale Stato ecumenico— dipende in buona misura dalla concezione di Stato che si adotta: è più fattibile concepire un apparato transnazionale di accordo con la concezione anglosassone e non tanto sotto la prospettiva del diritto internazionale classico⁴⁶⁵. Ciò si deve, evidentemente, a che in un apparato di portata globale la concezione monista del potere sarebbe difficilmente praticabile⁴⁶⁶, per la complessità dei problemi e le esigenze amministrative che questi comporterebbero.

Per Giuliano Amato, il globalismo giuridico sarebbe una prosecuzione naturale del processo di integrazione europea e attraverserebbe ostacoli simili, che a suo giudizio non derivano dalle cessioni di sovranità implicanti ma del destinatario delle stesse, a sapere, un sistema intergovernativo sclerotico che tende a mettere in risalto le differenze tra gli Stati invece di evidenziarne i punti comuni. Al contrario, il destinatario delle cessioni di sovranità dovrebbe essere un sistema federale che riesca a unificare le diverse realtà domestiche senza trascurarne le identità⁴⁶⁷. Si tratta, come afferma Amato, di una discussione nella quale dovrebbero partecipare anche —e specialmente— i costituzionalisti, e che

⁴⁶⁵ "Different areas of law appear to conceive of the state in fundamentally different ways. In particular, public international law, in its twentieth century guise, has tended to conceive of the state as a unified legal person, a perpetual entity able to bind itself into the future. Domestic administrative and constitutional law in the common law tradition, by contrast, does not conceive of the state at all, but rather views the government apparatus as a series of disaggregated entities often competing with each other for power, subject to checks and balances, and enjoying a temporally contingent mandate. (...) (...) the success of the various strategies for the development of transnational systems of governance will depend on how well they integrate or assimilate these differing domestic and international legal archetypes of the state". MCLEAN, J. *Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law*. In: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 167-187, p. 167.

⁴⁶⁶ "per adoperare la nota metafora per cui il diritto costituzionale è il tronco dal quale si dipartono le varie discipline pubblicistiche, sono state mutate le radici (...), non il tronco né i rami. (...) Per quanto riguarda, in particolare, la pubblica amministrazione, il problema più grave è quello di avere un tronco ispirato ancora al concetto monistico del potere". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 450.

⁴⁶⁷ "Ma c'è la quarta strada, la più ambiziosa, che intende raccogliere e organizzare le strade precedenti in un'unica mappa, quella di un assetto di governo sovrastatale, organizzato secondo le regole democratiche. È la strada che stiamo percorrendo noi europei e che proprio oggi è oggetto di delusioni e addirittura di ripensamenti, davanti agli ostacoli in cui ci stiamo imbattendo. È mia convinzione che le ragioni dello scontento risiedono non tanto nel fatto in sé delle cessioni di sovranità che stanno intervenendo, quanto nei modi ibridi in cui stanno avvenendo, a beneficio non di un potere federale (che abbiamo costruito soltanto a metà), ma di un intergovernativismo intrusivo e paralizzante, che ci mette gli uni contro gli altri e ci porta a cercare la difesa, dagli altri, nei nostri parlamenti e nelle nostre istituzioni nazionali". G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 1, 6.

hasta ahora ha sido dominada por los administrativistas desde la plataforma del proyecto de NYU⁴⁶⁸.

Aunque sea aún demasiado pronto para hablar de un Estado global en sentido literal, Fausto de Quadros considera que la globalización de nuestros días trasciende la economía y el mercado y ha llegado a la entronización de una serie de valores comunes a gran parte de las naciones, anclados en la universalidad de los derechos humanos, que recuerdan las reflexiones de Kant y Habermas acerca de un gobierno mundial⁴⁶⁹ y que bien podrían estar en la base de lo que para algunos es un lento pero irreversible proceso de creación y consolidación de un sistema de sistemas, un orden global⁴⁷⁰.

En efecto, para muchos la alternativa no solo resulta posible sino incluso aconsejable, bajo la idea de que, evidentemente, si se instituyera un aparato estatal de alcances globales éste no podría ceñirse a una forma de gobierno distinta a la democrática, y, en esa medida, implicaría globalizar no solo el modelo de Estado sino también la democracia, revelándose como una solución ideal para los problemas que trae consigo la globalización. Globalizar la democracia —y el Estado— equivaldría entonces a democratizar la globalización⁴⁷¹, o, en otras palabras, la globalización portaría en sí el antídoto a gran parte de sus males.

⁴⁶⁸ “Che crediamo o no a una scelta dell’Onnipotente come fonte della Babele planetaria in cui ci troviamo a convivere con tutte le nostre diversità, certo si è che per tutti noi ne è uscita una sfida, quella appunto di dare un ordine a Babele. È una sfida che vale anche per noi costituzionalisti e davanti ad essa, a proposito di diversità, mi spiacerebbe che si ergesse soltanto il meritorio impegno dei nostri colleghi amministrativisti”. G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello stato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 1, 7-8.

⁴⁶⁹ “Even if it is too early for us to have a “public authority” in the literal interpretation at the world level, there is already, however, globalization which goes beyond economics and trade. Indeed, the end of the cold war and, particularly, the democratizing of all States in Eastern Europe have made possible the launch of a New World Order (NWO) based on “ethics” and “values”, above all via the strengthening of the universality of human rights and of the consequent expansion of the *ius cogens*. Louis Henkin tries to find an “ethical substance” for what he calls the “post-national state”, basing himself on Kant’s *perpetual peace*, revisited by Habermas, and calling for politics and values in international relations”. DE QUADROS, F. *Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law*. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010, pp. 332-333.

⁴⁷⁰ “Podremos o no estar ya inmersos en un orden jurídico mundial, eso es materia de interpretación, pero en todo caso la tendencia hacia él parece indubitable. No hay vuelta atrás en el creciente orden jurídico mundial. Son cada vez más los supuestos en que el derecho aplicable a nuestro país, tanto en el orden externo como interno, proviene de normas internacionales a las cuales nuestro país se ha sometido voluntariamente y que tienden a su vez a generar importantes normas de segundo grado (...). No parece posible un retorno de esa tendencia universalista; aunque su avance sea lento, es irreversible”. GORDILLO, A. *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*. En: KINGSBURY, B., STEWART. R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009, p. 109.

⁴⁷¹ “È allora possibile una democrazia globale, così come auspicato tante volte nel corso degli ultimi decenni e di recente da un «Manifesto per la democrazia globale», firmato da molti intellettuali di diversi paesi del mondo, nel quale si scriveva che «globalizzare la democrazia è l’unico modo di democratizzare la globalizzazione?»” G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello stato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 1, 7.

El déficit democrático en la arena global podría efectivamente encontrar solución en la construcción de un Estado y un ordenamiento jurídico globales y, por ello, autores como Emilio Guichot consideran que la alternativa, además de posible y aconsejable, resulta urgente. Así como de Quadros propone, de la mano de Louis Henkin, la construcción del derecho global sobre la base de los derechos humanos, el profesor español propone la institucionalización del gobierno planetario sobre la base de una Organización de las Naciones Unidas profundamente reformada, capaz de satisfacer necesidades globales y evitando la imposición de los nuevos actores públicos y privados sobre las poblaciones de los distintos Estados actuales, con total inobservancia de la soberanía nacional y sin ninguna clase de *accountability*⁴⁷².

De la mano de Hanna Arendt, Gaetano Silvestri se aparta de la tendencia y, sin ahondar mucho en el problema de la factibilidad, anota que no reputa aconsejable la idea de un Estado y un derecho globales. Para el jurista italiano resulta problemático identificar en la Organización de las Naciones Unidas un punto posible de partida para el proyecto, debido a que su estructura es actualmente incompatible con el principio de separación de poderes. Un contrargumento sería el esgrimido por de Quadros, es decir, la precisión de que la utilización de la ONU como cimiento del Estado global presupondría necesariamente una profunda reforma. En cualquier caso, lo cierto es que *el statu quo* presente no se presta, en efecto, para embarcarse en el proyecto; hacerlo entrañaría el riesgo real de dar nacimiento a una pesadilla distópica y totalitaria⁴⁷³. Para Silvestri, la única alternativa realista y segura

⁴⁷² “[Se] parte de la (...) constatación (...) de la existencia de necesidades globales pero la ausencia de una Constitución o de un poder legislativo mundial, y de la necesidad de construir un «Derecho público global» al servicio de una «autoridad política mundial» que debería ostentar una Organización de las Naciones Unidas profundamente reformada, si no de forma única, al menos siguiendo los postulados de la gobernanza en red. Se trataría de un Derecho que debe responder a un ordenamiento social y democrático, al servicio de intereses universales. La necesidad de construir una autoridad y un Derecho global es urgente por cuanto actualmente entes públicos y privados se imponen a los Estados, saltando por encima a parlamentos y gobiernos, y sin dación de cuentas o *accountability*”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 323.

⁴⁷³ “Sembra molto lontana, e peraltro poco auspicabile, la formazione di un’ autorità di governo mondiale, in grado di dare veste politica unitaria ai poteri che vengono esercitati nella spazio globale [sic].

Sui pericoli di una simile prospettiva v’è poco da aggiungere alle parole di Hanna Arendt, che ha osservato come «sia perfettamente concepibile, e in pratica politicamente possibile, che un bel giorno un’umanità altamente organizzata e meccanizzata decida in modo democratico, cioè per maggioranza, che per il tutto è meglio liquidare certe sue parti».

Quanto alla ricerca di una possibile «costituzione mondiale», sembra molto problematica la sua individuazione della Carta delle Nazioni Unite, giacché i poteri del Consiglio di sicurezza sono incompatibili con qualsiasi idea, anche molto attenuata, di separazione dei poteri e perché, al suo interno, i membri permanenti possiedono un diritto di veto libero, illimitato e irresponsabile, che spiega i suoi effetti sul resto dell’umanità. Da un punto

consiste en la regionalización, es decir, en la paulatina cesión de soberanía mediante acuerdos interestatales que tengan como límites infranqueables los derechos fundamentales y las instituciones democráticas creadas para garantizarlos⁴⁷⁴.

También Danilo Zolo se ubica en lo que podría llamarse una posición escéptica, no en lo que se refiere al problema de la factibilidad —pues, de hecho, considera que se trata de un proyecto posible— sino en lo que se refiere a la conveniencia. Para Zolo, las apologías del globalismo tienden a menospreciar el papel positivo que han jugado los Estados en el escenario internacional y a asumir de manera inocente que una estructura de poder ecuménica no caería en el despotismo⁴⁷⁵. De manera muy acertada, el profesor italiano señala que el sueño de un gobierno mundial puede parecer admirable desde el punto de vista de los países occidentales desarrollados, pero para los países en vía de desarrollo o pertenecientes a culturas distintas puede resultar más cercano a una pesadilla⁴⁷⁶.

di vista costituzionalistico, la forma istituzionale delle Nazioni Unite non risponde ancora ai «requisiti minimi» fissati dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Nella situazione storica attuale, pertanto, un governo globale —constatata l'inesistenza di una costituzione mondiale in senso proprio— «sarebbe necessariamente un Leviatano dispotico e totalitario». G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 4, 909-910.

⁴⁷⁴ «La via d'uscita dall'alternativa drammatica tra «assegnare alla capra il compito di giardiniere» e l'incubo di un ordine coercitivo globale potrebbe essere, in questa fase storica, lo sviluppo di accordi inter-statali, con progressiva cessione di quote di sovranità, con i limiti dell'integrità sia dei principi e dei diritti fondamentali, sia delle istituzioni democratiche destinate a garantirli. È stato giustamente osservato che la politica, nella realizzazione di tali accordi inter-statali, «non è messa in disparte o ridotta al silenzio, ma chiamata a decisioni più gravi e alte». Esempio cospicuo in questo senso è oggi il doppio processo di integrazione che si sta sviluppando in Europa, sia nell'ambito dell'UE, sia nell'ambito della CEDU, pur con le differenze che contraddistinguono l'uno e l'altro e considerati i sempre più numerosi incroci che si verificheranno nel prossimo futuro.

Il limite di tali processi è la loro «regionalità», che non li rende attualmente idonei ad essere modelli utilizzabili, nel complesso, nello spazio globale.

L'espansione, ancora ridotta, di tale metodo ed il consolidamento delle tutele su basi cooperative, e non come frutto di imposizione, fa comprendere che il costituzionalismo su scala globale deve essere oggetto, nel presente momento storico, di una *battaglia culturale*, lunga, difficile, di esito incerto, ma senza alternative". G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2013, n. 4, 916.

⁴⁷⁵ "However, according to several authors —and I substantially agree with them— the 'globalists' underestimate the positive role that the states have played and continue to play in the international arena. The modern state is the source of some important achievements on the international plane (...). Abolishing the borders between states in the name of a supreme cosmopolitical order —as Bull wisely warned— could open the doors not to international peace and justice, but to the might of the great powers". ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 34.

⁴⁷⁶ "This is well known by the people of Africa and Asia who have emancipated themselves from colonial powers. From their own point of view as poor and politically weak communities, the state structures that they struggled to conquer offer the only possible barrier to the political and economic penetration of the West. For these countries, the erosion of their sovereignty would mean their increased exposure to the aggression of Western values, with which cosmopolitanism is impregnated. A good example of this is the

El Estado nación se revelaría entonces como la última línea de defensa de ciertos pueblos contra el colonialismo y el eurocentrismo⁴⁷⁷, que los apologistas de un gobierno mundial no parecen cuestionar⁴⁷⁸. Aunque para Zolo sea cierto que los Estados están fuera de rango con respecto al contexto en el que deben operar⁴⁷⁹, el globalismo omite la realidad de que éstos aún conservan sus funciones tradicionales y de que son enteramente capaces de

paternalistic ideology of the 'international protection of human rights' and of 'humanitarian intervention'. ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 34.

⁴⁷⁷ "The philosophical premise of 'legal globalism' is the moral unity of the human species. This Enlightenment idea has been analyzed by Hans Kelsen in several innovative and radical theses: the supremacy of international law, the 'partial' character of the national legal system, and the need to ban the very concept of sovereignty. On a normative level, Kantian universalism translates into an instance of legal globalization in the form of a universal legal system that attributes to all individuals full subjectivity within international law, and supersedes all other systems. The law should take the form of universal legislation —a sort of *lex mundialis valid erga omnes*— on the basis of a gradual abolition of political and cultural differences, and national legal traditions". ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 38.

⁴⁷⁸ "We should not fail to criticize the ethnocentric prejudice (European and Western) of the globalist legal philosophy. Whilst they propose a normative unification of the world, the legal globalists are usually not very interested in those political, cultural and legal traditions that depart from Western traditions. And amongst these 'deviant' traditions are cultures and civilizations —such as India and China— that are far from natural law philosophy, individualism, and the technological efficacy of Western civilization, and are, on the contrary, in open ideological conflict with it. This is valid first and foremost for the doctrine of human rights, which can be considered 'universal' only within the legal and political *koiné* of the West.

Of extreme importance is the fact that Japanese, Malaysian and Chinese authors such as Shintaro Ishitara, Mahatir Mohammed, Son Qiang and Zhang Xiaobo argued from the perspective that the political and cultural values of Western modernity must be refused by Eastern cultures. Such refusal, as is well known, concerns in particular the liberal-democratic tradition and the doctrine of human rights, whose pretence of universality is refused in the name of *Asian values*. Lee Kuan Yew, the famous philosopher-king of Singapore, sustained the view that the Confucian tradition —with its rigid conception of authority and its organic idea of family and society— provides the ideological framework most appropriate to contain the anarchic effects of the market economy, and to attenuate the disintegrative impulses of Western individualism and liberalism.

A similar argument, albeit stated in different terms, could be put forward on behalf of a large portion of the Islamic world and of indigenous African and American cultures. In this perspective, the West appears as the place where communal values decay under the impulse of limitless individualism, and of a political conception that imposes on the state the recognition of a growing number of individual rights, which correspond neither to any obligations nor to any bonds of solidarity. The theory of the normative universality of human rights is in essence a dogmatic postulate of Western ethical rationalism, which fails to be confirmed at theoretical level. It is criticized with good arguments by the Western philosophies with historicist and realist orientations, and also mistrusted by non-Western cultures that see it essentially as an ideological support of 'Western globalism'. ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, pp. 39-40.

⁴⁷⁹ "As a result of these expansive movements, it can be argued, nation states are functionally and spatially out of phase with respect to the magnitude of the context within which they are supposed to operate for the protection of the individual rights of their citizens. The very theory of human rights must confront problems that go far beyond the context of nation states, and must attempt to become international". ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 38.

adaptarse a la nueva realidad global, sin tener necesariamente que capitular su soberanía⁴⁸⁰. Por ello, el autor italiano aboga por un orden político minimalista en el ámbito global, gobernado por poderes respetuosos de la libre autodeterminación de los pueblos y distanciado del intervencionismo⁴⁸¹, definido por una actividad subsidiaria que limite la soberanía estatal únicamente en situaciones excepcionales, basado en una regionalización policéntrica⁴⁸² con un grado realista de desorden funcional y sin pretensiones de dar un orden a lo que por definición es caótico, es decir, al espacio jurídico global⁴⁸³.

Como se entiende, con independencia de que la alternativa de un gobierno mundial se considere o no posible y aconsejable, las consecuencias desde el punto de vista de la ciencia jurídico-administrativa son tan obvias como relevantes: postular un Estado universal implica extrapolar las estructuras estatales tradicionales al orden planetario y, por ende, supone proyectar una administración pública y un derecho administrativo ecuménicos. No debe caerse en el error de confundir esta alternativa con el llamado *global administrative law*, ya que los impulsores de dicho proyecto descartan, como fue explicado anteriormente, la idea

⁴⁸⁰ “As opposed to the analysis and deontology of the Western globalists one can observe that a cosmopolitan emphasis omits the simple fact that the nation state still preserves its traditional functions, and is likely to do so for a long time. These are functions that the structures of regional or global aggregation are not in any position to absorb, in spite of the progressive weakening of the sovereignty of many —but not all— nation states. While it is undeniable that some of the typical functions of the Keynesian era —for example industrial and labour politics, fiscal and monetary politics, military politics— appear to evade the control of the state, it is also true that the nation state is able to adapt some of its old functions to the new global contexts. In other situations the state tends to acquire entirely new functions such as the regulation of migratory flows and the definition of rules for foreigners in the context of indigenous citizenships”. ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42, p. 34.

⁴⁸¹ “Hedley Bull was the first to bring forward against this Enlightenment project the neo-Grotian (and liberal) idea that at international level it is instead preferable —as well as more realistic— to aim at a “minimum political order”, governed by limited, not very interventionist powers, respectful of the autonomy and integrity of the various cultures”. ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. En: *Ratio Juris*. New Jersey: Blackwell Publishers, Diciembre 1999, Vol. 12 n. 4, pp. 429-444, p. 442.

⁴⁸² “Drawing inspiration from this minimalist thesis, one may maintain that international law ought to aim at setting up a “legal society” among collective subjects —and therefore not at a community of moral persons— operating according to a logic of normative subsidiarity in relation to the powers of the State systems, that is, it should yield a limited amount of supranational power to centralized organs and allow recourse to coercive interventions limiting the “equal sovereignty” of the members of the international community only in exceptional cases. The minimum political order might be founded on a sort of “polycentric regionalization” of the international order, instead of on a centralized, hierarchical structure”. ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. En: *Ratio Juris*. New Jersey: Blackwell Publishers, Diciembre 1999, Vol. 12 n. 4, pp. 429-444, pp. 442-443.

⁴⁸³ “Thus “international anarchy” is tending spontaneously to be translated into “co-operative anarchy,” or to use the oxymoron proposed by Kenneth Waltz (1979), “anarchical order.” This tendency seems, moreover, to fit a fundamental theorem of general systems theory: In situations of high complexity and turbulence of environmental variables, it is more functional to live with a certain degree of disorder than to seek to impose a perfect order”. ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. En: *Ratio Juris*. New Jersey: Blackwell Publishers, Diciembre 1999, Vol. 12 n. 4, pp. 429-444, p. 443.

de una administración total que reemplace a las administraciones domésticas. El globalismo jurídico-administrativo se diferencia del proyecto de los profesores de NYU porque no constituye un modelo teórico sino una mera alternativa o intuición por parte de algunos doctrinantes, y porque en su base se encuentra la posibilidad de extender las instituciones propias del Estado nación a todo el planeta.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBALIZADO: HACIA UNA REDEFINICIÓN DEL MARCO DOGMÁTICO

Los modelos de comprensión estudiados en el capítulo anterior presentan visiones parciales del mismo fenómeno y pueden complementarse entre sí para lograr un acercamiento más completo a la globalización de la disciplina. Sin embargo, como teorías generales de derecho administrativo resultan muy limitadas, porque excluyen y dejan de lado aspectos importantes. En efecto, estudiar el fenómeno desde la perspectiva del derecho administrativo interno no rinde mayores frutos, pues finalmente lo reduce a la tensión que existe entre derecho interno e influjos externos, sin proponer una visión que integre lo doméstico y lo transnacional. Por su parte, perspectivas como el derecho administrativo internacional o el derecho administrativo global también resultan limitadas como teorías generales, porque no tienen en cuenta el espacio en el que el derecho administrativo encuentra aún hoy —y a pesar de todo— su mayor aplicación, es decir, el nivel doméstico, y porque la distinción entre lo público y lo privado sigue siendo fundamental para ellas, impidiendo un análisis extensivo de la incidencia que tienen los particulares en la administración⁴⁸⁴. Finalmente, el globalismo jurídico administrativo dista mucho de una teoría general y no parece ser aún más que una hipótesis, auspiciosa para ciertos autores e indeseable para otros, viable para algunos e imposible para el resto.

De manera que resulta acertado afirmar que la globalización del derecho administrativo es un fenómeno que no ha sido estudiado aún de manera cabal y satisfactoria, y que se revela como un objeto de estudio tan ambiguo como complejo: no tiene sentido demonizarla ni defenderla a capa y espada, porque tiene tantas ventajas como desventajas⁴⁸⁵. En todo

⁴⁸⁴ “Finally, a growing body of literature focuses on Global Administrative Law, international administrative law, and International Public Authority. These projects react to the phenomenon that there are more and more international institutions whose activities, in terms of their modes of operations and their effect vis-à-vis private citizens, resemble that of domestic administrations. Instead of making use of classical public international law concepts and methods, they draw on (domestic) administrative law thinking and analogies to analyze the resulting problems of accountability when international institutions take decisions that directly impact the lives of ordinary citizens. However, as a general theory of administrative law they are also limited because they exclude the area where administrative law still is most widely practiced and rooted, namely the domestic level. Furthermore, the distinction between private and public remains crucial for them, thus excluding an analysis of the influence of private actors on public governance”. SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁸⁵ “(...) la internacionalización resuelve problemas pero, al mismo tiempo, genera otros nuevos; merece ser fomentada, pero requiere también una ordenación que la estructure y cumpla los dos cometidos del Derecho administrativo: proteger los derechos de los individuos frente a la Administración pública y poner a disposición de esta procedimientos e instrumentos jurídicos que le permitan un cumplimiento eficaz de sus funciones”. GUICHOT, E. *Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea*. En:

caso, lo que sí resulta meridianamente claro es que el Estado nación y el derecho administrativo clásico se encuentran en situaciones de crisis y transformación. Ante tal coyuntura, es posible asumir una de tres actitudes teóricas: la indiferencia de quien se niega a aceptar los cambios, la inercia de quien, aun aceptándolos, se rehúsa a hacerles frente, o la diligencia de quien acepta la realidad presente y se apresta a darle un orden. En definitiva, el derecho público —y en particular el administrativo— se enfrentan a transformaciones de hondo calado que ameritan una redefinición de marco dogmático⁴⁸⁶, es decir, una relectura de algunos fundamentos teóricos.

En efecto, si el derecho administrativo ha de sobrevivir a la coyuntura actual, es necesario construirlo —o reconstruirlo— sobre un nuevo andamiaje: la globalización. Ello presupone cuestionar cada uno de los mitos teóricos que conforman la mitología clásica de la disciplina, es decir, redefinir la dogmática desde sus axiomas fundamentales. Esa actualización puede permitir, a su turno, una renovación total de la dogmática en su conjunto —y no solo de sus piedras angulares— y, eventualmente, una reforma de la parte especial y sus sectores de referencia.

La paradoja es evidente: el Estado nación tiende a disolverse, pero el derecho administrativo está más presente que nunca, ha expandido su campo de estudio y de regulación hacia nuevos ámbitos, ha descubierto nuevos instrumentos de *governance* y ha incursionado en el espacio jurídico transnacional⁴⁸⁷. Esa gran expansión ha restado

Revista de Administración Pública. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, p. 308.

⁴⁸⁶ “(...) la qualità e l’incidenza [dei cambiamenti] sul “modello classico” del diritto amministrativo — che ne risulta “destrutturato” e “destabilizzato” — [sono] tali da dover condurre ad un reinquadramento [sic] teorico del diritto amministrativo stesso”. LONGOBARDI, N. Presentazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. IX.

⁴⁸⁷ “The idea of the nation-state as the exclusive unit of governance wanes, but administrative law is more present than ever. In times of globalization, it is pushing its disciplinary boundaries in multiple dimensions. *First*, it has expanded its subject-matter over the past decades and entered areas such as the regulation of energy, telecommunication, food safety, health, migration, employment, anti-trust, competition, and financial market regulation; and it continues to do so as recent discussions about fracking, carbon capture and storage, or geo-engineering show. *Second*, it has discovered novel modes and instruments of governance, including information, indicators, or tax incentives, but also contractual arrangements, such as public-private partnerships (PPPs) and public procurement. And *third*, it has expanded into the transnational legal space, with domestic agencies regulating extraterritorial behavior, such as corporate or environmental responsibility in foreign trade and investment, with domestic agencies cooperating across borders, for example by sharing information or implementing joint projects, and with international institutions and international law fulfilling administrative functions and being analyzed with administrative law tools, for example the Basel Committee, the International Atomic Energy Agency, the Clean Development Mechanism, or multilateral development banks. All of this leads to an impressive expansion of administrative law, partly within, but above all beyond the nation-state”. SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

estabilidad al edificio dogmático del derecho administrativo y, en particular, a dos de sus columnas estructurales: en primer lugar, la jerarquía como único criterio de organización de las relaciones jurídico-administrativamente relevantes y, por otro lado, la otrora inescindible relación entre administración pública, Estado nación y ordenamiento interno. Ambos paradigmas clásicos sufren modificaciones y el derecho administrativo se enfrenta hoy a formas no jerárquicas de *governance* y a actividades que trascienden la territorialidad de los Estados nación y de sus ordenamientos internos. La corrosión de esos pilares cuestiona las antiguas distinciones entre el derecho administrativo y el derecho privado, el derecho de otros Estados y el derecho internacional⁴⁸⁸.

Ante tales vicisitudes, el profesor Stephan W. Schill se pregunta cuáles pueden ser los caracteres distintivos del derecho administrativo de nuestros días, y considera que la disciplina no puede seguir anclada a la idea de un centro piramidal y monolítico de poder, y que debe desligarse de sus bases nacionalistas. El autor plantea la necesidad de reformular el marco dogmático del derecho administrativo, de tal suerte que ya no sea concebido como un derecho inglés, francés, alemán, italiano, estadounidense o colombiano, sino como un único organismo, a partir de una perspectiva global que conciba a la administración y al ordenamiento jurídico-positivo como niveles distintos de *governance*, que involucran distintos actores tanto en el ámbito doméstico como en el espacio transnacional⁴⁸⁹. Para Schill, el derecho administrativo de la posmodernidad ya no

⁴⁸⁸ "At the same time, the theory of administrative law is in crisis. The enlargement of administrative law's subject matter, the use of new instruments, cooperation between public and private actors, the rise of administrative actors at the supranational and international levels, and the interaction between international and national law have started to corrode the two foundational paradigms upon which administrative law, and its theory, traditionally have been based: *first*, hierarchy (or command and control) as an internal and external ordering model for administrative law-relations and a method of governance; and, *second*, the intrinsic connection between administrative action, the state, and domestic law. Both elements are dissolving with the rise of non-hierarchical forms of governance and with the emergence of administrative action that is not tied to the territory and domestic law of a specific state. This challenges the main boundaries that have traditionally defined administrative law: its distinction from private law as a consent-based horizontal order between equal actors, its distinction from the administrative legal orders of other states, and its distinction from international law". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁸⁹ "These developments raise the question of what the distinctive features of administrative law are, or can be, today. What seems clear is that administrative law in a global perspective cannot be construed around the idea of a monolithic center, or acme in a pyramidal structure, but needs to be decoupled from its nationalistic bases. Moreover, one needs to ask how a discipline of administrative law can be framed that does not understand itself as a discipline of English, French, German, Italian, or US administrative law, but that has a global outlook and that deals with administration and administrative law as a phenomenon of different levels of governance, involving multifaceted actors, both within and beyond the nation-state. What, in other words, is the identity of administrative law when administrative action takes place in a seemingly fragmented, but global administrative space on the basis of multiple legal sources and implemented, often across borders, by actors who are not coordinated vertically through hierarchy or horizontally by compartmentalizing their

tiene como problema central el sistema de fuentes sino las funciones y los mecanismos jurídicos que permiten la existencia de una administración en la que confluyen actores domésticos, internacionales y transnacionales, de naturaleza tanto pública como privada⁴⁹⁰.

El profesor de la universidad de Ámsterdam concuerda con la necesidad expresada al inicio del capítulo, en el sentido de dotar al derecho administrativo de un nuevo andamiaje que lo haga compatible con la globalización. Para Schill, se trata de una necesidad teórica derivada de tres realidades empíricas: la disolución de los límites verticales entre derecho nacional e internacional, de los límites horizontales entre distintos ordenamientos jurídico-administrativos y, finalmente, del límite entre el derecho público y el privado, que atraviesa de manera transversal las dos primeras distinciones⁴⁹¹. Para el autor esas vicisitudes enmarcan el derecho administrativo en el espacio jurídico transnacional porque la

authority into defined territorial units? Under such circumstances, what are possible anchors to frame the identity and unity of administrative law in times of globalization?" SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁹⁰ "In addition, one should not exclusively focus on the exercise of public authority by public actors and the changes of administrative law in supranational and international legal processes, but also take account of the incremental dissolution of the public-private divide and the closer interaction between public and private actors in public governance. In my view, a new theory of administrative law that manages to frame administrative law as a global subject-matter and discipline should therefore take a transnational legal outlook, meaning that it is open towards comparative law, supranational and international legal developments, just as it is vis-à-vis the impact of private law, private actors, and their norm-generating activity in the area of administrative relations and administrative law. In this perspective, administrative law is not exclusively a matter of national culture and national law — and therefore compartmentalized into different territorial sectors — but a discipline that focuses on the legal infrastructure that enables and restricts how public governance plays out in a world where borders become increasingly permeable and where accountability vis-à-vis those affected is needed.

Such a transnational legal approach accounts for the fact that a theory of administrative law cannot anymore be attached to the state and the nature of administrative law not be understood in terms of its domestic sources. Instead, it takes its course from a functional analysis of social relations and public-private interaction wherever and whenever administrative action takes place. A transnational legal approach does not put the sources of administrative law or specific institutions at the center of a theory of administrative law, but focuses on the functions of, and the legal instruments used to implement administrative governance". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁹¹ "Accordingly, globalization embeds administrative law in a transnational legal space. This process can be observed by all administrative lawyers worldwide and can be described along three dimensions: *first*, the dissolution of vertical boundaries between national and international law; *second*, the dissolution of horizontal boundaries between different domestic administrative legal orders; and *third*, the dissolution of the boundary between public law and private law that lies diagonally towards, or cuts across, the two other distinctions". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

amministrazione, la attività e le attuazioni amministrative sono disperse tra lo pubblico e lo privato e tra lo domestico e lo internazionale⁴⁹².

Finalmente, per Stephan W. Schill, costruire —ricostruire— il diritto amministrativo su queste premesse permetterebbe preservare la sua autonomia rispetto ad altre discipline giuridiche, da un lato, e renderebbe possibile che i suoi specialisti dialogassero tra loro con indipendenza dalle normative applicabili ai casi e su una base di un linguaggio dogmatico comune, dall'altro⁴⁹³.

Altri assiomi fondamentali che meritano una rilettura sono indicati dal professor Jean-Bernard Auby: il sistema delle fonti, lo spazio della attività amministrativa e gli elementi soggettivi che concorrono nelle situazioni con rilevanza giuridico-amministrativa⁴⁹⁴. L'autore francese coincide con la valutazione, che al suo giudizio risulta persino ovvia, di che il modello classico di diritto amministrativo è in crisi e

⁴⁹² "All of these developments entail various and partly contradictory dynamics that affect administrative law. Some of these dynamics lead to more harmonization across different administrative legal orders, as is the case with EU law. Others fragment administrative law, dissolve well-established boundaries, and create less rather than more homogeneity. Moreover, these dynamics lead to a modified perception of what characterizes administrative action and administrative law. They deterritorialize administration and reflect an increasing functional differentiation, as well as the increase in international law, international institutions, but also private law and private actors. These developments question the boundaries between international and national law, both public and private law. In addition, cooperative elements in administrative law increase both at the domestic level, but also across borders, including public-private, but also public-public cooperation. (...) They embed administrative law today in a transnational legal space because administrative action is dispersed across the spectrum of domestic and international, private and public law". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁹³ "This identity of administrative law would have a twofold function: *first*, to designate the specificities of administrative law in comparison to other legal disciplines; and *second*, to ensure that administrative lawyers can communicate across borders regarding solutions to problems of administrative relations independently of the domestic or international law that may govern particular cases". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁴⁹⁴ "La destabilizzazione del modello classico del diritto amministrativo può essere — a giudizio di Auby — apprezzata nella sua estensione con riguardo *a*) al sistema delle fonti del diritto amministrativo ed al contenuto delle sue norme; *b*) allo spazio ed alle modalità di azione dell'amministrazione; l'autore francese parla al riguardo di «teoria delle competenze»: quali atti giuridici l'amministrazione può fare e su quali oggetti? *c*) alle figure soggettive del diritto amministrativo ed al loro statuto giuridico, nonché al rapporto tra le figure soggettive pubbliche e gli attori privati («*la théorie des organes*» per Auby)". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 8.

necesita ser reformulado desde su marco teórico, teniendo en cuenta su apertura al derecho constitucional, al derecho europeo y al análisis económico del derecho⁴⁹⁵.

Que el profesor Auby llame la atención sobre esos tres nuevos referentes no deja de parecer un tanto reduccionista, porque restringe la apertura del derecho administrativo a tres disciplinas, y parece estar contaminado de cierto eurocentrismo, ya que no se entiende, en principio, por qué razón o con qué fundamento ordenamientos jurídico-administrativos externos a la Unión Europea habrían de tener en cuenta sus vicisitudes, más que como meros referentes de derecho comparado. No obstante, debe rescatarse en la observación de Auby lo que parece ser su exigencia implícita para un nuevo derecho administrativo: la apertura a disciplinas más allá de sus fronteras epistemológicas, es decir, su necesaria interdisciplinariedad.

Las observaciones traídas a colación en páginas anteriores permiten identificar seis mitos o axiomas clásicos del derecho administrativo tradicional que es preciso reformular, no solo desde la perspectiva de los autores ya citados sino también de otros que, como Jacques Chevallier, han comprendido la necesidad de reevaluar los antiguos pilares de la disciplina a través del prisma de la globalización⁴⁹⁶. A continuación se pretende explicar en qué medida

⁴⁹⁵ “Che il modello classico del diritto amministrativo — spogliato, sottolinea *Auby*, di taluni aspetti fondamentali della sua struttura e soprattutto delle sue finalità — sia in crisi profonda è difficilmente contestabile.

Storicamente, il diritto amministrativo è stato — secondo la formula di *Prosper Weil* ricordata dall'autore francese — il «miracolo» costituito dall'assoggettamento del potere allo Stato di diritto per opera di un giudice in una posizione affatto particolare, considerato il legame di «consanguineità» con il governo, oggetto principale dei suoi giudizi. Il giudice amministrativo è stato anche chiamato ad inquadrare l'attività amministrativa attraverso le regole speciali ad essa adatte.

Queste due storiche missioni del giudice amministrativo sono oggi recessive. Il diritto amministrativo tende, da un canto, a divenire il diritto ordinario del potere pubblico, delle relazioni tra soggetti pubblici e privati ed è sovrastato, quanto agli aspetti essenziali dello Stato di diritto, dal diritto costituzionale e dal diritto europeo. Le regole speciali di esso, d'altro canto, elaborate per inquadrare l'azione amministrativa, sono pervenute a maturazione e si sono stabilizzate in seno allo Stato provvidenza. Il superamento di questo intacca necessariamente l'edificio costruito dopo la seconda guerra mondiale.

È una crisi del modello classico del diritto amministrativo, non una crisi del diritto amministrativo *tout court*, che è anzi in continua espansione. Lo dimostra, nota *Auby*, anche lo sviluppo del diritto amministrativo nei Paesi di *common law*.

Si impone, pertanto, una riflessione che conduca al reinquadramento teorico del diritto amministrativo.

Il reinquadramento teorico del diritto amministrativo, a giudizio di *Auby*, deve tener conto: a) della fine dell'isolamento del diritto amministrativo e della sua apertura e penetrazione da parte del diritto costituzionale e comparato; b) della necessità di porsi in una prospettiva di diritto europeo; c) della necessità di testare le questioni del diritto amministrativo alla luce dell'analisi economica del diritto”. LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 16-17.

⁴⁹⁶ “El derecho administrativo entró en crisis allí donde, como en Francia, había prosperado. Esta crisis es obviamente indisoluble de las transformaciones más generales que afectan a la sociedad y al Estado en la edad de la posmodernidad: la modulación de los mecanismos de producción y de contenido de las normas

tales paradigmas hacen parte de la columna vertebral de la teoría clásica, y en qué sentido han sido modificados —o deben serlo— para actualizar la dogmática jurídico-administrativa. Esas piedras angulares son el Estado y su soberanía (3.1.), la legitimidad democrática (3.2.), el sistema de fuentes ortodoxo (3.3.), la jerarquía (3.4.), la división entre lo público y lo privado (3.5.) y, finalmente, la intradisciplinariedad (3.6). Es necesario advertir que a continuación no se pretende hallar soluciones concretas a las rupturas identificadas, pues cada una de ellas ameritaría un estudio independiente, sino plantear una carta de navegación para orientarse en el proceso de transformación del derecho administrativo contemporáneo de cara a la globalización y, acaso, proponer de manera casi intuitiva los resultados posibles de dicho proceso.

3.1. MÁS ALLÁ DEL ESTADO Y LA SOBERANÍA

Tal como fue explicado en el capítulo II, existe una relación histórica y lógica entre el Estado nación y el derecho administrativo; lo que le ocurra a aquél tendrá por fuerza que afectar a éste. Asimismo, se tuvo la oportunidad de constatar que si los Estados nacionales están en crisis ello se debe en buena medida a que la piedra angular en su construcción está siendo amenazada por las dinámicas propias de la globalización; esa piedra angular es la soberanía.

El derecho administrativo de nuestros días se ha desanclado del Estado nación y, se deduce por transitividad, de su piedra angular. Esa realidad se verifica en tres ámbitos: el primero de ellos es la administración pública propiamente dicha, y ello es cierto con independencia de que ésta sea concebida como órgano o como actividad. En efecto, es obvio que existe una ruptura entre la administración, el Estado y la soberanía porque hoy en día ésta debe competir con otras administraciones y con otros sujetos relevantes —de naturaleza tanto pública como privada y del orden tanto interno como externo— que están desprovistos de soberanía y aun así tienen la capacidad de actuar en ámbitos que originalmente eran exclusivos del aparato administrativo. Asimismo, desde la perspectiva funcional o desde el prisma de la actividad, la ruptura es todavía más evidente porque hoy en día las actividades típicamente administrativas no son monopolio estatal y muchas veces son ejecutadas sin consideración de las fronteras, y porque el Estado ha incursionado en actividades que desbordan su *ratio* original.

consecutivas a la mundialización no puede dejar de afectar la estructura de un derecho concebido en un marco nacional; el repliegue del Estado de la esfera de las actividades económicas implica una ampliación del ámbito de aplicación del derecho privado; las nuevas expectativas de los individuos cada vez más exigentes y reivindicativos promueven el cuestionamiento de los privilegios administrativos". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 129.

El segundo de los ámbitos en los que se verifica la separación entre el derecho administrativo, el Estado y la soberanía es el del ordenamiento positivo. Lejos ha quedado el tiempo en el que el monopolio de la producción normativa era estatal y en el que, por ende, el contenido del derecho administrativo de una nación estaba única y directamente condicionado por su Estado. Hoy en día, en la construcción de las normativas jurídico-administrativas participan no solo los Estados sino muchos otros sujetos, que se localizan en niveles inferiores, paralelos o superiores al aparato estatal, y que tienen la capacidad de influenciar la morfología de los ordenamientos domésticos aunque no cuenten con soberanía⁴⁹⁷. Este aspecto es fundamental y se verá en detalle más adelante, cuando se aborde la mutación del sistema de fuentes ortodoxo: el poder de producir normas vinculantes ya no se deriva de la soberanía estatal.

Finalmente, el tercer ámbito en el que se desligan el Estado, la soberanía y el derecho administrativo es la dogmática. La ciencia jurídico-administrativa justificó ciertas actuaciones de la administración sobre la base de su inscripción en el ámbito orgánico, funcional y teórico del Estado, pero esa identidad hace aguas. Hoy existen formas de administración capaces de crear, modificar y extinguir situaciones jurídicas sin estar ligadas de manera orgánica o funcional a un aparato estatal clásico. Las administraciones globales estudiadas por el *global administrative law* son un buen ejemplo: no necesariamente hacen parte del organigrama de un Estado nación, pero sus decisiones afectan a los ciudadanos de muchos Estados. Desde el punto de vista teórico, la afectación de realidades jurídicas individuales o colectivas con base en el argumento de la soberanía estatal simplemente no es posible en esos casos y por ende existe una ruptura y exige un replanteamiento.

Ese replanteamiento debe ir en la siguiente vía: si el derecho administrativo ha de seguir vinculado —aunque ya no estrictamente anclado— al Estado y, en particular, a la noción de soberanía, ésta debe resignificarse y ser concebida ya no como un derecho sino acaso como un deber de los Estados, y entendida ya no como exclusiva y excluyente sino como inclusiva

⁴⁹⁷ “En la concepción moderna del derecho, fundada sobre el principio de soberanía, el Estado aparece como la fuente exclusiva del derecho: así como el derecho internacional público se concibe como un derecho interestatal, fundado sobre el acuerdo de los estados, el derecho internacional privado se presenta como el producto de la iniciativa de los estados, “custodio de las llaves de la apertura y del cierre de su ordenamiento a las normas venidas del exterior”. Así, cada estado define los términos de su coexistencia con los otros ordenamientos jurídicos y conserva el poder de determinar las normas aplicables en caso de conflictos de leyes o jurisdicciones.

Esta visión es superada por la dinámica de la globalización: el buen funcionamiento de un mercado cada vez más globalizado supone el establecimiento de normas, requeridas por los propios operadores, que no pueden ser únicamente creación de los estados; un nuevo derecho surge así, junto al derecho tradicional de origen estatal, para responder a los retos de la globalización”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 214-215.

y cooperativa⁴⁹⁸. Ello de alguna manera implica desnaturalizarla, pues, como se vio en el capítulo I, la concepción primigenia de soberanía estaba relacionada con el poder absoluto de los monarcas europeos, que se consideraban únicos y por encima de toda autoridad. Precisamente, aun en contra de su naturaleza primigenia, una soberanía consecuente con la realidad global debe desterrar por completo de su conceptualización la idea de unicidad, tal como el derecho administrativo debe dejar de abordar su objeto —de regulación y de estudio— de una manera unidimensional. Ni el Estado ni la administración pública están ya dotados del poder absoluto. Deben compartir la escena doméstica y transnacional con otro tipo de sujetos⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ “[Debe partirse] de la regresión del poder político, económico, pero también jurídico del Estado, caracterizado este último por la coexistencia de instancias internacionales y regionales productoras de normas, el recurso al arbitraje, e incluso por la consideración de los derechos fundamentales y la propia idea de democracia representativa como normas de Derecho internacional que privan a los Estados del atributo tradicional de la soberanía, cual es el de elegir su régimen político. Esto no significa que el Estado no retenga una función reguladora clave: al igual que en el plano económico y político, es el único apto para asegurar las funciones esenciales de mantenimiento de la paz y la seguridad —lo cual puede ser, añadimos, cuestionado en su generalización—, es el responsable de la constitución jurídica de la sociedad y del mercado, regula las relaciones jurídicas entre el plano interno y el externo, y garantiza la seguridad jurídica, de tal modo que se constituyen en pilares de la globalización, a la que permiten funcionar (como puede observarse, aquí el pensamiento se aproxima, al menos en el diagnóstico, a una de las ideas centrales de E. SCHMIDT ASSMANN). Esta función de mediación implica una redefinición de la propia noción de soberanía, que aparece más como una responsabilidad que como un derecho, y que deja de ser exclusiva para transformarse en «inclusiva» o «cooperativa» (o en compartida, en el caso de los Estados miembros de la Unión Europea). Esta regresión es paralela al incremento de funciones de las cada vez más numerosas instituciones internacionales que llevan a cabo cada vez más funciones tradicionalmente nacionales (en materia ambiental, de salud, transportes o comunicaciones, por ejemplo) integradas por órganos que se parecen cada vez más a los órganos administrativos nacionales, en su composición (no diplomáticos ni políticos, sino expertos) y en sus funciones, y a veces se acompañan de tribunales administrativos. A ellos se suman actores internacionales o transnacionales no estatales que juegan un rol creciente en la gestión de los asuntos públicos en la globalización y los propios aparatos públicos nacionales que asumen funciones internacionales (p.ej., las labores humanitarias de los ejércitos). Cabe aún añadir la multiplicación de redes de todo tipo: asociadas a una organización internacional o no, mediante meros acuerdos administrativos, de administraciones clásicas o independientes, o semipúblicas (p.ej., Comité de Basilea) o privadas, así como de arbitraje internacional. Son las formas jurídicas de la gobernanza internacional en la globalización”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 312-313.

⁴⁹⁹ “La mundialización ejerce un efecto disolvente sobre la soberanía oficial de tres maneras diferentes: en primer lugar, reduce el margen de libertad de los estados, llevándolos a inclinarse, de buena o mala gana, a las dificultades de un orden transnacional que los sobrepasa y en los cuales se inscribe en adelante su acción; además, la mundialización favorece la potenciación de nuevos protagonistas, que rompen el monopolio tradicional tenido por los estados sobre las relaciones internacionales y con los cuales éstos deben concertarse; finalmente, ella promueve la constitución de entidades más extensas, fragmentando el marco demasiado exiguo del Estado-Nación. De ahora en adelante, enmarcado en un juego complejo y pluridimensional de interacciones, el Estado no dispone más de la potencia suprema, de la autoridad sin división que eran sus presupuestos”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 57.

En conclusión, se asiste hoy al rompimiento del nexo entre Estado nación, soberanía y administración pública. El lugar común de acuerdo con el cual el derecho administrativo es el derecho del Estado ha sido completamente desvirtuado. La existencia de la administración como sujeto diferenciado de derecho y titular de ciertas prerrogativas ya no puede justificarse sobre la base de su inscripción orgánica al aparato estatal o de su desarrollo funcional de actividades relacionadas con el interés general, es decir, no puede justificarse con base en el poder supremo en el que alguna vez se tradujo la soberanía. Ésta ha mutado definitivamente porque su núcleo conceptual —la unicidad y supremacía— se ha visto seriamente comprometido por el advenimiento de nuevos sujetos que, aunque estén desprovistos de ella, pueden llegar a tener más importancia en la arena global que los mismos Estados⁵⁰⁰.

3.2. MÁS ALLÁ DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

El segundo axioma sobre el que el derecho administrativo tradicional está estructurado es la legitimidad democrática. El razonamiento es bastante simple: la autoridad de la administración y su facultad para tomar y ejecutar decisiones, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, se desprende del hecho de que quienes toman y ejecutan esas decisiones lo hacen sobre la base de un mandato democrático, ya sea por vía de representación directa⁵⁰¹ o indirecta⁵⁰². En otras palabras, la legitimidad de una norma o de

⁵⁰⁰ “Otro de los tópicos clásicos que la realidad contemporánea se ha empeñado en reconfigurar es el de la soberanía nacional. Poco queda hoy de su comprensión absolutista, según la cual “el rey no reconoce ningún señor superior a sí”. Entendida la globalización como el conjunto de “tendencias y procesos que están haciendo del mundo un lugar más interdependiente”, la globalización no solo supone una resignificación de los límites nacionales y reposicionamiento de los Estados frente al entorno global y a los problemas de escala planetaria que nos aquejan. Trae aparejado, asimismo, un fuerte cuestionamiento al monismo jurídico liberal que suele presidir la concepción más expandida del derecho y un difícil reto para el principio democrático, para la supremacía constitucional y para la jerarquía normativa”. SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 145.

⁵⁰¹ “Por una parte, el *principio democrático* postula que la fuente de todo poder, el fundamento de toda autoridad reside en la colectividad de los ciudadanos: sólo hay poder legítimo si emana del pueblo y no hay coacción aceptable si no está basada en su consentimiento. La democracia se revela así como un sistema de gobierno que pretende incluir la libertad en la relación política: la autoridad es, en efecto, constituida “de tal modo que, fundada sobre la adhesión de quienes se someten, siga siendo compatible con su libertad”; se trata de una autoridad derivada, “delegada””. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 276.

⁵⁰² “Por otra parte, la *lógica representativa* implica algunas modalidades de organización del poder: según este postulado, el pueblo no tiene la responsabilidad directa de la gestión de los asuntos públicos; son sus representantes elegidos quienes están encargados de actuar y decidir en su nombre. A diferencia de la democracia antigua, aislada de toda idea de representación, la democracia liberal fue concebida como una democracia “gobernada”, en la cual el poder efectivo es ejercido por los representantes. Para Siéyès, la soberanía de la Nación es, ante todo, una “potestad constitutiva”, expresada por la promulgación de una

una decisión está dada —en el esquema tradicional— por la participación de los destinatarios en el proceso de formación de dicha norma o decisión.

Ello ya no siempre es cierto y, por ende, la dogmática jurídico-administrativa debe hallar una nueva fundamentación para aquellos casos en los que se eche de menos la legitimidad democrática. De lo contrario, se corre el riesgo de justificar el poder por el poder, dando al traste con las conquistas liberales del principio de legalidad y del principio democrático. De no dar con una justificación igualmente apta, el derecho administrativo estaría reproduciendo un orden de cosas similar al *Ancien régime*, porque daría cabida a la toma de decisiones y a la producción de normas sin fundamento distinto al capricho de quien detenta el poder.

La formulación de un derecho administrativo nuevo pasa necesariamente por la reformulación de lo que Chevallier llama el vínculo político, es decir, el principio que da cohesión a una sociedad. Siguiendo al autor francés, el hecho de que el Estado esté en crisis también implica una crisis del vínculo político de inspiración demo-liberal, porque aquél fue el marco de referencia organizativo en el que éste pudo surgir y desarrollarse⁵⁰³.

La crisis y consecuente transformación del Estado trae aparejada, entonces, una revisión del sistema político, porque aquél es un reflejo de éste. Así, bajo el absolutismo monárquico el Estado absoluto evidenciaba un vínculo político de carácter autoritario, mientras que el Estado liberal dejaba ver una preocupación por la representatividad y el Estado social un marcado interés en la satisfacción de necesidades e intereses generales. Por tanto, una reevaluación del Estado como la que se vive en nuestros días es indicativa de una crisis

constitución; una vez establecida, esta potestad se diluye: la propia Nación no es más que un órgano constituido, encargado de designar los representantes facultados para decidir en su nombre". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 277.

⁵⁰³ "Las transformaciones que sufre el Estado son indisociables de una redefinición del vínculo político, de la relación entre gobernantes y gobernados, y, más generalmente, de la consistencia del vínculo social, es decir, de la relación de los individuos con la colectividad. El Estado es, en efecto, una forma singular de organización política, aparecida con el acceso de las sociedades occidentales a la modernidad: su construcción tomó apoyo en un imaginario político indisociable de una reflexión de las representaciones colectivas respecto del mundo y la sociedad; reflejo de la modernidad, el Estado pasó a ser la envoltura de la relación política, el molde en el cual toma forma. El Estado aparece así como la expresión de una determinada concepción del vínculo político, de una determinada visión del poder que constituye el fundamento profundo de su institución: como lo destacaba Carl Schmitt (1922), "el concepto de Estado presupone el concepto de política"; el Estado es una "instancia", es decir el contexto jurídico e institucional en el cual se desarrolla normalmente la actividad política, pero ésta constituye su "sustancia", que sobrepasa al Estado y resiste a su posible desagregación. No se puede, pues, determinar la política a partir del Estado, sino a partir de lo que le es consubstancial". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 273.

política⁵⁰⁴ y, más precisamente, de una crisis de la democracia, por paradójico que pueda resultar⁵⁰⁵.

El problema se torna más complejo cuando se constata que, en realidad, el déficit democrático aludido se presenta de cara a sujetos de relevancia administrativa con alcance global. Esos sujetos pueden ser de naturaleza tanto privada como pública⁵⁰⁶, y tienen la capacidad de tomar decisiones y de producir normativas sin preocuparse en todos los casos por dar posibilidades de participación real a los destinatarios e interesados. La complejidad viene dada por el hecho de que pretender extrapolar la democracia al ámbito global presupone la noción de una ciudadanía o comunidad política ecuménica, que evidentemente no existe al día de hoy. Resulta imposible globalizar la democracia ante la falta de un vínculo de pertenencia, o, mejor, ante la ausencia de una ciudadanía planetaria capaz de legitimar las actuaciones de los nuevos poderes transnacionales⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ “Por lo tanto, los cambios que afectan la estructura oficial deben ser relacionados con evoluciones más globales que se refieren a lo político: así como el Estado absolutista es el reflejo de la concepción absolutista de la autoridad del monarca sobre sus súbditos, el Estado liberal se basa en la representación de un poder que procede de la voluntad de los ciudadanos y el Estado-providencia presupone la visión de un poder designado a la satisfacción de las aspiraciones colectivas, por lo cual el cambio de la configuración oficial debe considerarse el signo revelador de una reevaluación más profunda de la lógica democrática”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 273-274.

⁵⁰⁵ “Hablar de “crisis de la democracia” es paradójico: si la reflexión sobre la democracia fue, en efecto, uno de los grandes debates que agitaron el siglo XX, a través de la confrontación de concepciones diferentes, o incluso contradictorias, hasta la recusación del ideal democrático, estas controversias se apaciguaron en el curso de la última década: el modelo democrático liberal triunfó, apareciendo como el “único régimen político legítimo”, a causa de la eliminación de las versiones concurrentes —proceso que autoriza a algunos a prever, no sin audacia, el “final de la historia”. Y, con todo, la idea de una crisis de la democracia es, paradójicamente, más que nunca, de actualidad”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 275.

⁵⁰⁶ “La cuestión básica que aquí se presenta resulta fácil de formular.

Desde un punto de vista democrático, es difícil admitir que las normas jurídicas sean, a un nivel significativo al menos, producidas, consagradas, en instancias que no estén de un modo u otro bajo el control del ciudadano.

La dispersión de las fuentes normativas en la globalización supone naturalmente un problema al respecto. Lo supone evidentemente en todos los casos en los que deja que se desarrollen formas de autorregulación por los actores privados, o de corregulación con los actores privados; desde un punto de vista democrático, sólo puede aceptarse dentro de límites estrictos. Pero también supone un problema en todos los casos en los que se deja que se desarrollen focos normativos en espacios públicos diferentes del espacio nacional, que sigue siendo el punto de encuentro de los mecanismos de la democracia. Y también cuando el poder de decisión en el seno de las organizaciones internacionales se aleja de los órganos intergubernamentales para pasar a los órganos administrativos, instancias de comitología, etc.”. AUBY, J.B. *La globalización, el derecho y el Estado*. Sevilla: Global Law Press, 2012, pp. 167-168.

⁵⁰⁷ “La democracia presupone la existencia de una *comunidad política*, es decir, que los individuos que hacen parte de la sociedad puedan reconocerse e identificarse con referencia a valores comunes: esta comunidad sostiene la institución del poder y funda su legitimidad; ella hace posible la integración social, por el rebasamiento de los particularismos y de las singularidades. El vínculo político se basa, pues, en una conciencia más difusa de pertenencia, en relación con las raíces mismas de la identidad individual y colectiva, que traduce el concepto de ciudadanía. Concepto central y fundador, la ciudadanía aparece como un verdadero cimiento

Para Chevallier, globalizar la democracia encuentra su obstáculo principal precisamente en la inexistencia de barreras que permitan diferenciar a quienes son ciudadanos de los que no lo son, y esos límites —ese muro social— solo es practicable en el contexto de los Estados nación, cuya pertinencia está en duda. Al igual que el derecho administrativo y que el Estado mismo, el sistema democrático se enfrenta hoy a una disyuntiva: o adapta su estructura desde sus bases más profundas, o simplemente desaparece⁵⁰⁸.

Ahora bien, la crisis de legitimidad democrática puede ser entendida desde una perspectiva histórica para considerar que, en realidad, los cambios entre paradigmas de Estado — estudiados en el primer capítulo— cuentan entre sus causas diversas crisis de legitimidad del poder. Ese hecho es claro en el tránsito entre absolutismo y liberalismo, pues a la justificación autoritaria se superpone la democrática, y va haciéndose menos evidente a medida que la historia avanza: el paso del liberalismo al paradigma social habría estado asociado a una exigencia ulterior para el poder, que no podía ya justificarse únicamente con la mera representación democrática y el simple papel abstencionista de la administración, sino que requería el despliegue de una actividad; asimismo, el paso entre Estado social y Estado regulador habría dependido de una crisis de legitimidad relacionada con el papel demasiado intervencionista de aquél, por un lado, y la necesidad de restringir su actividad a la demarcación de coordenadas jurídicas claras para el desarrollo de actividades relacionadas con el interés general, por el otro.

En conclusión, la crisis de legitimidad presente quizás anuncie el advenimiento de un nuevo paradigma de sociedad, de modelo estatal y de vínculo político. Al respecto, conviene tener en cuenta la tendencia creciente hacia formas de democracia directa y participativa y el rol, cada vez más prominente, que adquieren los mecanismos de participación directa. Esa

de la sociedad, lo que vincula sus distintos elementos constitutivos y les permite permanecer unidos”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 293-294.

⁵⁰⁸ “La democracia moderna, bajo su forma representativa, se concibió en el marco de los estados-nación: ella implicó el establecimiento de una línea de demarcación entre aquellos que, como ciudadanos, se incluyen en la comunidad política y disponen del conjunto de derechos políticos y aquellos que son rechazados, privándolos de los derechos políticos; unas fronteras, unas barreras, un “muro social” son indispensables para hacer funcionar el juego democrático. Ahora bien: el proceso de globalización en curso pone en entredicho la pertinencia del marco del Estado-Nación: los estados se encuentran controvertidos por la aparición de nuevos mecanismos de regulación de tipo transnacional y de entidades más extensas que tienden a englobarlos; hay, por lo tanto, un desajuste del espacio político nacional, lugar tradicional del ejercicio de los procesos democráticos y de los espacios ampliados resultantes de la dinámica de la globalización. La democracia se arriesga, así, a ser privada progresivamente de su esencia, si permanece adjunta al marco oficial, o a sufrir una verdadera transmutación, si se transpone a una escala más amplia; en todos los casos, la cuestión de la posibilidad de realización de una “democracia sin fronteras” resulta pertinente”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 297-298.

tendencia da cuenta, nuevamente, de una reducción —o cuando menos de una transformación— del papel del Estado y de un reconocimiento cada vez más significativo del ciudadano en la esfera política, que se verifica en el universo del derecho administrativo a través de la consolidación de principios como el de transparencia⁵⁰⁹ y que debería abarcar tanto la esfera doméstica como la transnacional. Sin duda, la tecnología y la capacidad de organización actual permite disipar fácilmente los reparos que la magnitud demográfica presente suponía para formas de democracia distintas a la representativa. Un regreso posmoderno a la democracia directa como el apenas sugerido seguramente permitiría ejercer mayor control sobre nuevas formas de corporativismo, impidiendo que en el diseño del ordenamiento jurídico transnacional —y en la influencia de éste dentro de los ordenamientos domésticos— las corporaciones y dinámicas del mercado tengan más incidencia de la conveniente o, al menos, permitiendo que su incidencia esté jurídicamente reglada⁵¹⁰.

3.3. MÁS ALLÁ DEL SISTEMA DE FUENTES ORTODOXO

El tercer axioma de la teoría clásica del derecho administrativo que es preciso revisar es su sistema de fuentes tradicional. Las normas que en palabras de Schmidt-Aßmann componen la Parte especial de la materia, es decir, los elementos constitutivos del ordenamiento jurídico-administrativo positivo, simplemente ya no se reducen a los mandatos emanados de las constituciones y las leyes de los distintos Estados nación. En ese mito fundacional del derecho podía creer Kelsen, pero la realidad es que las normas jurídicas, incluyendo las propias del subsistema jurídico administrativo, emanan también —y acaso mayoritariamente— de la discrecionalidad amplia dejada a las administraciones públicas, que son limitadas por el legislador fundamentalmente por reglas de carácter procedimental. Y no solo eso: para tener un panorama completo del ordenamiento positivo, tampoco es suficiente con admitir la creciente relevancia del derecho internacional que ingresa a los distintos marcos normativos nacionales y que se origina de acuerdos convencionales entre Estados.

⁵⁰⁹ “Si può parlare di riduzione dello spazio dello Stato a vantaggio dei cittadini — secondo *Auby* — come effetto di un movimento, comune ormai da decenni alle democrazie occidentali, che ha condotto ad oltrepassare le esigenze classiche della democrazia rappresentativa per andare verso il riconoscimento diretto dei cittadini. Si tratta, pertanto, soprattutto dei progressi della “democrazia amministrativa”, attraverso l’affermazione e lo sviluppo del principio di trasparenza amministrativa e degli istituti di partecipazione. Al riguardo, tuttavia, non di riduzione dello spazio dello Stato deve parlarsi, bensì di trasformazione del ruolo di esso”. LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 4.

⁵¹⁰ GÓMEZ, C.A. Influencia de los grupos de interés y asociación en las reformas y los sistemas de salud. En: *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. Bogotá, 2005, Vol. 4, No. 9, pp. 62-80.

El panorama es mucho más rico, complejo y, por lo mismo, confuso. No obstante, aun si hubiera claridad respecto de las fuentes concretas de las que emana el derecho administrativo, también se está ante la ausencia de un criterio ordenador que las sistematice. En la teoría clásica, ese principio era el de jerarquía normativa, que en el derecho administrativo globalizado ya no es enteramente válido.

Esta complejidad del sistema de fuentes puede ser vista como una forma de pluralismo jurídico y no necesariamente como la ausencia de un orden. Así lo indica Chevallier cuando señala que la crisis del Estado también tiene que ver con la pérdida del monopolio de la producción normativa de cara a la aparición de nuevos actores facultados para producir normas jurídicas. Sin embargo, para el autor francés, esa abundancia de fuentes no necesariamente implica un desarreglo, sino simplemente el destronamiento de una forma específica de construir ordenamientos jurídicos, a saber, aquella que de manera transitiva o en cascada producía normas coherentes entre sí, que derivaban validez de aquellas superiores y que eran expulsadas del ordenamiento cuando las contradijeran⁵¹¹. Ese derecho, que Chevallier llama monológico, ha sido reemplazado por un derecho dialógico e intransitivo, en el que la normativa válida se deriva de relaciones entre productores de normas, ya no en términos de jerarquía sino de igualdad⁵¹².

Pero se afirmaba que esa complejidad no necesariamente se traduce en desorden sino, por el contrario, en una suerte de pluralismo ordenado, ya no de acuerdo con un esquema piramidal o arborescente sino de manera similar a una red, a un rizoma⁵¹³, que ya no habita

⁵¹¹ “La unidad de la reglamentación jurídica estatal es garantizada, en el modelo tradicional, por el principio de la jerarquía de normas: el ordenamiento jurídico estatal se presenta como un edificio formado por niveles superpuestos y supeditados los unos a los otros; una norma que se sitúa en un nivel dado sólo es válida en la medida en que se ajusta a las normas de nivel superior. El respeto de la jerarquía de normas es garantizado a la vez por el control jurisdiccional y por los controles burocráticos: jerarquía y tutela contribuyen al respeto de la legalidad; la unidad de regulación jurídica estatal se basa en la construcción unitaria de la organización del Estado”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 225.

⁵¹² “El pluralismo domina la producción del derecho. Por una parte, el Estado no aparece más como el único núcleo de derecho y la única instancia de regulación jurídica: aparecieron otros productores de derecho y de reglamentación, sea en diferentes niveles, sea paralelamente; el derecho estatal es en adelante “transferido”, cuando el Estado delega sus competencias reguladoras; “suplido”, por la utilización de otros método [sic] de regulación; “suplantado”, por la aparición de otros ordenamientos jurídicos. Por otra parte, el pluralismo gana al mismo derecho estatal, por el desarrollo en el seno del Estado de núcleos autónomos de producción del derecho. Al “derecho monológico”, basado en la “transitividad”, por el cual la generación de normas se efectúa según un proceso en cascada, le sucede un derecho “dialógico” fundado en la “intransitividad”, “derecho de Hermes” basado en una multiplicidad de actores jurídicos”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 214.

⁵¹³ “La existencia de núcleos múltiples de producción de derecho no significa el final de todo principio de orden: numerosas relaciones se establecen necesariamente entre los distintos productores, dado que su campo de intervención lo cubre, o al menos coincide, parcialmente; el pluralismo es un *pluralismo ordenado*. Si encontramos en su organización ciertos aspectos que evocan el modelo vertical tradicional, su construcción

en un espacio jurídico euclidiano⁵¹⁴. Ello no debería sorprender: la globalización se debe en buena medida a una necesidad del mercado, y a esa necesidad responde la profunda transformación del sistema de fuentes del derecho en general y, en particular, del derecho administrativo⁵¹⁵.

Ello no quiere decir que la jerarquía sea desterrada por completo: sigue presente dentro del sistema de fuentes, pero no aplica de una manera continua a la totalidad de bloques normativos y de sujetos productores de normas. El principio de jerarquía subsiste de manera fragmentada⁵¹⁶. El nuevo derecho administrativo globalizado tiene ante sí el enorme reto de dar con una nueva fórmula, un nuevo criterio o principio de sistematización de las fuentes, que sea capaz de garantizar los principios de plenitud y coherencia al interior de los distintos ordenamientos jurídicos —¿o acaso de uno solo?—, o de formular unos nuevos, que no estén necesariamente dirigidos a procurar unidad y evitar la contradicción, sino quizás al establecimiento de criterios hermenéuticos que permitan determinar, caso por caso, qué marco normativo es aplicable⁵¹⁷.

está circunscrita en una lógica diferente, de tipo horizontal”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 227-228.

⁵¹⁴ “Los dispositivos de regulación no forman un conjunto coherente, formado por niveles superpuestos y jerarquizados: la regulación se desarrolla de ahora en adelante “en un nuevo espacio no euclidiano, concebido como un campo abierto y heterogéneo, organizado según conexiones múltiples”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 232.

⁵¹⁵ “En la concepción moderna del derecho, fundada sobre el principio de soberanía, el Estado aparece como la fuente exclusiva del derecho: así como el derecho internacional público se concibe como un derecho interestatal, fundado sobre el acuerdo de los estados, el derecho internacional privado se presenta como el producto de la iniciativa de los estados, “custodio de las llaves de la apertura y del cierre de su ordenamiento a las normas venidas del exterior”. Así, cada estado define los términos de su coexistencia con los otros ordenamientos jurídicos y conserva el poder de determinar las normas aplicables en caso de conflictos de leyes o de jurisdicciones.

Esta visión es superada por la dinámica de la globalización: el buen funcionamiento de un mercado cada vez más globalizado supone el establecimiento de normas, requeridas por los propios operadores, que no pueden ser únicamente creación de los estados; un nuevo derecho surge así, junto al derecho tradicional de origen estatal, para responder a los retos de la globalización”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 214-215.

⁵¹⁶ “Lejos de ensamblarse de manera lógica, los dispositivos de regulación se caracterizan, al contrario, por sus enlaces: se inscriben en espacios jurídicos diferentes, cuya articulación sigue siendo problemática, pues señalan características y preocupaciones diferentes, y cuya coexistencia no es evidente; tanto en el ámbito internacional (cada organización internacional constituye un marco de regulación) como en el europeo (las comunidades europeas y el Consejo de Europa forman entidades distintas) y en el nacional (regulación ejercida por poderes privados, locales o independientes) existe una yuxtaposición de dispositivos de regulación dotados de autonomía constitutiva y controlados por una racionalidad específica”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 232.

⁵¹⁷ “Si bien hay jerarquía, tiene poco que ver con la concepción piramidal tradicional: mientras que las rupturas de la cadena normativa crean “jerarquías discontinuas”, erigiendo “pirámides inacabadas”, el entrecruzamiento de los dispositivos producido entre las “jerarquías enlazadas” crea también “circuitos extraños”; se tratará, por lo tanto, de “ordenar la multiplicidad”, por métodos destinados a realizar la

Para tener una noción de la importancia de esta transformación basta con pensar que el derecho administrativo nunca ha sido un subsistema particularmente tradicionalista en lo que al sistema de fuentes se refiere porque —incluso en Francia, que se ha caracterizado por un marcado formalismo al respecto— se trata de un derecho tradicionalmente emanado de la jurisprudencia. Ahora bien, ese papel protagónico del juez de lo contencioso administrativo fue atemperado por la creciente importancia de los jueces constitucionales y europeos y por la emergencia de un derecho administrativo legislado. Con independencia del agente protagónico en la actividad de producción normativa, lo cierto es que ni la ley ni la jurisprudencia detentan la llave maestra del ordenamiento jurídico-administrativo. Es necesario agregar nuevas fuentes⁵¹⁸. Esa es la primera transformación. La segunda consiste en la desarticulación del principio de jerarquía como criterio ordenador, no solo de las nuevas fuentes sino también de las tradicionales⁵¹⁹.

No se trata de una afirmación trivial y, por alarmante que parezca, parece ser indiscutible⁵²⁰: el sistema de fuentes clásico debe ser reordenado y ello tiene profundas implicaciones en

coherencia y a garantizar la compatibilidad de normas de distinta procedencia". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 233.

⁵¹⁸ "La complejidad de los mecanismos de producción del derecho impondría por lo tanto la ampliación de la teoría clásica de las "fuentes de derecho", fundada en la primacía de la ley: junto a las fuentes clásicas "del derecho" ("derecho duro" producido por el Estado), convendría tener en cuenta nuevas fuentes "de derecho" (normas no obligatorias y no sancionadas inscritas en la perspectiva de un "derecho flexible"), así como las fuentes "de inspiración del derecho", sostenidas por el derecho sin formar parte de él". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 230.

⁵¹⁹ "Non vi è più — osserva *Auby* — una gerarchia chiara nel sistema delle fonti: Costituzione, Trattati, leggi, principi generali del diritto amministrativo, regolamenti amministrativi.

Particolarmente per la Francia è vero che nella pratica questa gerarchia era più formale che reale in quanto nel diritto amministrativo penetravano in modo assai scarso la Costituzione, i Trattati e le stesse leggi, mentre campeggiava in esso l'essenziale ruolo creatore del giudice amministrativo.

Questo non è più il produttore principale del diritto amministrativo. Questo ruolo è stato assai ridimensionato da quello del giudice costituzionale e del giudice europeo, nonché dall'attivismo del legislatore. Ne sono conseguiti la costituzionalizzazione e l'internazionalizzazione del diritto amministrativo, nonché lo sviluppo del diritto amministrativo legislativo.

Non è del tutto certa — osserva *Auby* — la posizione delle norme internazionali e del diritto europeo. Quest'ultimo è in teoria sottoposto alle norme costituzionali, ma tuttavia consente al giudice ed anche all'amministrazione, a differenza delle norme costituzionali, di disapplicare le leggi.

Incerta è poi la collocazione del potere regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, divenuto concorrenziale con il prima assolutamente dominante potere regolamentare governativo e che, anche da noi, problematicamente si colloca al livello "subprimario" delle fonti, in quanto conferito alle autorità sostanzialmente senza prescrizioni contenutistiche in merito al suo esercizio". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, p. 8.

⁵²⁰ "El agotamiento del modelo clásico torna imperativo fijar las líneas fundamentales del nuevo esquema. Las fuertes transformaciones experimentadas por el sistema de fuentes a lo largo de los tres ciclos del que hemos llamado período clásico, sumadas a las que emergen de una realidad especialmente compleja, dinámica e

la estructura normativa del subsistema. Quizás el mayor damnificado por la nueva realidad es el principio de supremacía constitucional, que se ve puesto en duda por la irrupción de un sinnúmero de nuevas categorías normativas que de una forma u otra complican la eficacia y el cumplimiento de lo establecido por las cartas fundamentales, sin el respaldo democrático que las caracteriza, sin una articulación clara con los ecosistemas normativos nacionales y emanadas de sujetos desprovistos de soberanía⁵²¹. Para decirlo en palabras claras: la construcción de legitimidad normativa de los sistemas jurídicos, basada sobre la soberanía estatal y el respaldo democrático, ha quedado atrás.

En conclusión, los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales han sido transformados de raíz. La mutación es cuantitativa⁵²², porque implica una multiplicación

interconectada del siglo XXI, requieren un giro significativo en la forma como se concibe el modelo normativo jurídico-administrativo. No es viable aferrarse a un esquema concebido sobre ideas refutadas y superadas por la realidad de un derecho administrativo en pleno cambio". SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 128.

⁵²¹ "Enlazado a lo anterior viene un complejo desafío para los principios democrático y de supremacía constitucional: la creciente producción normativa llevada a cabo en dichas instancias [transnacionales], por vías formales y no formales, cobra una importancia creciente dentro de la toma de decisiones por los poderes públicos responsables del desarrollo de los sistemas normativos nacionales. Su innegable influencia en los circuitos de toma de decisiones públicas a nivel interno no solo eclipsa atributos clásicos de la soberanía como el gobierno exclusivo del territorio y su potestad de fijar las reglas y políticas al interior de este; de forma más crítica acaso, compromete la efectividad de los principios, reglas y fines constitucionales, así como la operatividad del principio democrático como la base para la imposición de decisiones normativas por parte de las autoridades. Ello no solo es producto de la desregulación de determinados sectores, seguida del reconocimiento de facultades de autorregulación y de la subsecuente privatización de tales procesos de regulación (...). Es también resultado de la multiplicación de foros globales como redes regulatorias informales intergubernamentales (...), órganos regulatorios híbridos público-privados (...), y algunos órganos regulatorios privados (...). Surge asimismo de la promoción de estándares globales no oficiales (y por ende, *prima facie* no vinculantes), cuyo seguimiento por parte de los Estados es, no obstante, decididamente impulsado por instancias internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional; fruto de lo cual terminan revestidas de una singular fuerza persuasiva, que pone en entredicho su carácter "no vinculante". Por obra de esta realidad, el cumplimiento del programa constitucional resulta entorpecido o entreverado con "misiones, programas, agendas, acciones, documentos de trabajo, guías, indicadores, informes y reportes (muchos de origen global) que condicionan y determinan el quehacer de la burocracia estatal contemporánea". La supremacía normativa de la Constitución es puesta en entredicho por esta realidad; lo mismo que la jerarquía del sistema normativo, también resentida como consecuencia de la irrupción de este aluvión de categorías normativas no siempre reconducibles a las formas jurídicas tradicionales y difícilmente incardinables en los escalones del orden jurídico tradicional". SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, pp. 145-147.

⁵²² "De una parte, cuantitativa y formalmente, se produce una notable *amplificación del ordenamiento*: la aparición de nuevas fuentes y nuevas formas de producción normativa llevan a que su radio de cobertura se expanda de manera significativa. Como sombra de una Administración omnipresente e hiperactiva, el derecho administrativo está hoy en todas partes; no siempre bajo la forma de una ley, pero la proliferación de normas

descomunal de las fuentes, y cualitativa⁵²³, porque supone una apertura al ámbito transnacional y la ruptura del nexo estricto con el Estado, concebido sea como único sujeto actuante de la fenomenología jurídico-administrativa, sea como productor de normas.

Desde cierto punto de vista, sería posible dejar de pensar en el derecho administrativo en términos nacionales: no existirían más los ordenamientos de Francia, de Italia y de España; existiría un único ordenamiento jurídico-administrativo, de alcance transnacional, que conocería pequeñas variaciones según el país del que se tratara y que, en todo caso, tendería hacia la convergencia total. Quizá el momento presente es el de una gran transición, y el aparente desorden no es más que el reajuste necesario de los ingredientes tradicionales. Acaso la jerarquía discontinua y fragmentaria del sistema eventualmente se realinee, y las pirámides a medio construir se articulen nuevamente en una nueva pirámide, mayor que la tradicional pero igualmente sistemática⁵²⁴.

Ese sería el caso si hubiéramos de seguir el ejemplo del derecho canónico y del derecho administrativo de la Iglesia católica⁵²⁵. Se trata de un derecho que no solo se caracteriza por

de distinta clase lleva a que, hoy como nunca, sea perceptible el patente ensanchamiento de las fronteras de esta disciplina. *Las categorías que integran este universo normativo se han multiplicado y enriquecido* a partir de la introducción de normas procedentes del derecho internacional, del derecho comunitario y de las distintas clases de *soft law* que entran a ser parte de él". SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 173.

⁵²³ "Desde un ángulo cualitativo, lo anterior produce enormes repercusiones: fruto de la irrupción de estas nuevas categorías normativas, *el derecho administrativo deja de ser un derecho interno, monopolizado por el Estado, para empezar a recibir también el input externo*". SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 173.

⁵²⁴ "Ahora bien, todos estos cambios no se han dado sin "daños colaterales". *La gran sacrificada ha sido la armoniosa arquitectura formal del sistema de fuentes clásico*. Hay aquí un cambio notable. *La tradicional pirámide ha perdido capacidad explicativa de lo que sucede en el interior del esquema de fuentes*. La irrupción de las múltiples formas de derecho global y su potencia para penetrar el sistema jurídico por vías ajenas a los circuitos habituales del derecho público envuelve un serio cuestionamiento a su carácter sistemático, así como a la clásica jerarquía de las normas, llegando a comprometer incluso la supremacía constitucional". SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 176.

⁵²⁵ "En ese sentido, y a la luz de los conceptos que llevamos expuestos, estamos en condiciones de entender la siguiente definición: «El derecho administrativo canónico es el derecho de la Administración pública y de la función administrativa en la Iglesia».

Por tanto, es objeto propio del derecho administrativo el régimen del conjunto de órganos que ejercen la potestad ejecutiva y de los actos a los que da lugar el ejercicio de esa potestad. Sin embargo, como sabemos, la función administrativa no se agota en el ejercicio de la potestad de gobierno mediante la realización de actos jurídicos, ya que tiene por objeto atender de manera inmediata a las necesidades públicas gestionando y aplicando los medios de que dispone la Iglesia. Por ese motivo, la definición se completa indicando que el

la peculiaridad de relaciones que regula, sino además por la singularidad de su sistema de fuentes, que no está compuesto por realidades normativas del todo autónomas, ya que éstas no se bastan a sí mismas⁵²⁶. En efecto, que una norma eclesiástica exista no implica de manera automática que haga parte del ordenamiento jurídico, porque la colisión entre los principios de pluralismo y de soberanía estatal implica siempre una supremacía del último, en el sentido de que solo es considerado derecho positivo aquel que emana del Estado⁵²⁷.

Esa victoria inexorable de lo estatal sobre lo eclesiástico se debe a una incorporación del dogma kelseniano de estatalidad del derecho en el discurso jurídico tradicional, que exige la admisión interna de las normas externas⁵²⁸ y que se enfrenta al problema de la relación

derecho administrativo regula también la función administrativa, incluyendo todas las actividades de gestión pública". MIRAS, J., CANOSA, J. Y BAURA, E. *Compendio de derecho administrativo canónico*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2001, p. 49.

⁵²⁶ "Il diritto ecclesiastico, generalmente definito come il ramo del diritto pubblico italiano costituito dal complesso delle norme statuali e confessionali vigenti in materia ecclesiastica, regolative del fenomeno sociale religioso, si distingue e si connota rispetto agli altri settori dell'ordinamento giuridico, non solo per la particolarità della materia regolamentata, ma soprattutto per la singolarità della delle fonti che ne costituiscono e ne qualificano il sistema.

Sia sul fronte dei contenuti sostanziali (...), sia sul versante dei contorni formali (...) il diritto ecclesiastico si caratterizza come una disciplina giuridica peculiare, nella quale trovano svolgimento e sintesi principi ed istituti di diversa provenienza, e geneticamente ascrivibili all'esperienza di altre branche dell'ordinamento generale. Il collegamento simbiotico con gli altri rami del diritto statale evidenzia, d'altro canto, l'impossibilità di concepire il sistema delle fonti ecclesiastiche come un mondo chiuso, isolato, a se stante, ossia come un diritto del tutto «speciale», retto da principi e canoni regolatori propri, ed avulso dal resto della fenomenologia giuridica. Viceversa, la particolarità e, nello stesso tempo, la 'diversità' delle fonti del diritto ecclesiastico italiano può giustificarsi —in una visione unitaria dell'esperienza giuridica positiva— nei limiti in cui venga intesa come «specificazione di un sotto o micro-sistema ovvero di un sistema di settore, compatibile e non contraddittorio rispetto ai tratti generali di un più ampio macro-o polisistema». LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 1-2.

⁵²⁷ "(...) il riconoscimento di un'autonoma e giuridica esistenza di norme di origine confessionale non ne comporta un'automatica inserzione, vigenza ed efficacia nell'ambito del diritto ecclesiastico italiano. Il postulato della pluralità degli ordinamenti giuridici, che in materia ecclesiastica si traduce nel principio di *separazione* (o di *estraneità*) tra ordine civile e ordine religioso, va infatti coordinato con l'altro principio costituzionale parimenti fondamentale, quello della *sovranità* dello Stato nella sua sfera (...). Nel quale ultimo devesi considerare assorbito il dogma, di ispirazione Kelseniana, della *statualità del diritto*, secondo cui, essendo lo Stato autore e fonte unica e sovrana delle norme che ne costituiscono il relativo ordinamento, è da considerarsi «diritto» (oggettivo) solo quello posto o fatto valere dal legislatore statale". LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 3.

⁵²⁸ "Coordinando ed armonizzando la teoria dualista (o pluralista) sottesa nel principio istituzionale della separazione degli ordinamenti giuridici con la teorica [sic] monista della statualità (o esclusività) del diritto connessa con l'affermazione del principio di sovranità, discende che le disposizioni di provenienza confessionale possono assurgere a norme costitutive del sistema ecclesiastico italiano soltanto nei casi in cui siano state "richiamate", e quindi implicitamente od esplicitamente "positivizzate", dal legislatore italiano".

entre el derecho internacional y el derecho interno de dos maneras distintas: una visión dualista, de acuerdo con la cual efectivamente existe una separación entre orden internacional e interno⁵²⁹, y una solución monista, que estima la existencia de un único ordenamiento y rechaza la posibilidad de varios sobre la base de que las antinomias no resultan admisibles⁵³⁰. Evidentemente, la visión monista entraña el problema de determinar qué ordenamiento prima sobre el otro. La gran mayoría de autores que suscriben a la concepción monista consideran que el derecho internacional tiene primacía sobre el ordenamiento interno⁵³¹, y en esa medida habrían resuelto la problemática presente del sistema de fuentes jurídico-administrativas: aquellas provenientes de órdenes transnacionales tendrían prioridad respecto de aquellas producidas por los Estados, rompiendo definitivamente con la noción kelseniana de que el único derecho válido es el que emana de los órganos estatales.

LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 4.

⁵²⁹ "La teoria *dualista* è quella che ha incontrato maggiori consensi in dottrina, sia all'Estero che in Italia. Tale dottrina afferma che gli ordinamenti dei singoli Stati e l'ordinamento internazionale non costituirebbero una realtà unica ed unitaria, non costituirebbero un *unicum*, ma coesisterebbero in sfere distinte ed indipendenti, e troverebbero ciascuno in se stesso la propria norma genetica ed originaria. In altre parole, essi troverebbero ciascuno in se stesso il titolo della loro rispettiva validità, il fondamento e la giustificazione prima del loro stesso esistere". LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 124-125.

⁵³⁰ "Diversa dalla teoria *dualista* è quella *monista*. Si tratta di una dottrina espressa in forme differenti delle quali la più importante è quella prospettata dalla scuola viennese, e soprattutto dal Kelsen. La concezione Kelseniana critica il pensiero *dualista* della possibilità di contrasti tra norme interne ed internazionali asserendo, sulla base di un postulato *criterio di effettività*, l'impossibilità logica che norme tra loro contraddittorie possano coesistere, possano essere, cioè, contemporaneamente effettive. L'affermazione del *criterio di effettività* implicherebbe la sussistenza di uno stato di costante armonia e sintonia caratterizzante l'intero mondo giuridico, tale da escludere categoricamente sia l'ammissibilità (potenziale ma latente) di contraddizioni fra sistemi normativi sia l'ammissibilità dell'esistenza di una *separazione* tra ordinamenti giuridici.

Sulla fondamentale premessa metodologica data dall'esigenza di *unità* del mondo del diritto, ridotto a pura realtà o dimensione normativa, il *monismo* Kelseniano postula l'esistenza di un unico ordinamento giuridico (*reductio ad unum*), inteso come espressione diretta dell'essenza e della natura stessa del diritto (oggettivo)". LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 127-128.

⁵³¹ "In questa prospettiva, la dottrina *monista* ha posto, sin dal principio, il dilemma dell'alternativa tra il "primato" del diritto internazionale e il "primato" del diritto interno, considerandolo problema risolvibile in un senso o nell'altro, a secondo dell'orientamento ideologico (pacifistico o imperialistico) prescelto.

Ad ogni modo la gran parte dei *monisti* ha abbracciato la tesi del "primato" del diritto internazionale, secondo cui l'ordinamento internazionale condizionerebbe la validità delle norme di diritto interno, e la sovranità degli stessi Stati dovrebbe configurarsi come una sfera di *competenza* non propria, e quindi originaria, ma ad essi *delegata* dall'ordine internazionale.

Pertanto, il diritto statale deriverebbe la sua giuridicità, il suo stesso fondamento, dal diritto internazionale, al quale ultimo sarebbe formalmente subordinato: gli ordinamenti statali altro non rappresenterebbero che delle parti dell'ordinamento internazionale, il quale tutti ricomprenderebbe". LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 128-129.

Pero también es dable pensar que la esquematización del sistema jurídico en forma piramidal es algo del pasado y que, en realidad, la transición no se dirige hacia un edificio análogo sino hacia uno completamente distinto: un sistema abierto de fuentes como el del derecho romano clásico, en el que no existía un único órgano autorizado para producir normas jurídicas y en el que, en todo caso, el derecho positivo no representaba una cornisa infranqueable para los intérpretes sino un mero punto de referencia a partir del cual idear soluciones caso por caso⁵³². Quizás la concepción piramidal y monológica del ordenamiento se ajustaba a sociedades reducidas y bien determinadas como las de un país, y un sistema de fuentes abierto, multifacético, multipolar y dinámico sea más adecuado para regir sobre un territorio de la extensión del imperio romano o del planeta entero en tiempos de la globalización.

La complejidad de este nuevo sistema puede ser entendida de dos formas distintas: como un obstáculo en la aplicación del derecho debido al conflicto entre normas de distinta proveniencia, o como el surgimiento de algo enteramente nuevo, que es mayor a la simple sumatoria de sus partes gracias a la cantidad y calidad de su interacción, y en donde se imponga aquel principio aplicado por la corona inglesa de cara al pluralismo jurídico en India: uniformidad cuando pueda haberla, diversidad donde deba haberla, pero en ambos casos, certeza⁵³³.

3.4. MÁS ALLÁ DE LA JERARQUÍA

⁵³² “Lo que aquí interesa poner de relieve es cómo este triunfo de la concepción estatalista del derecho, que identifica al ordenamiento con el derecho del Estado, hace del jurista un “operador” que no participa en las decisiones de política legislativa ni en los juicios de valor que subyacen en el sistema, para limitarse a ser un mero aplicador de los actos normativos y a trabajar dentro de ese sistema partiendo siempre de ellos; en ese sentido, según una caracterización moderna, se habla de sistema normativo cerrado.

En efecto, el llamado sistema cerrado de creación normativa o si se quiere de fuentes, se inspira en el principio de tridivisión de los poderes propio de la ilustración, en donde además de un poder (el Ejecutivo) que ve por el desarrollo de la comunidad, y de un poder (el Judicial) que debe identificar y aplicar las normas, existe un poder (el Legislativo) que las crea, es decir, existe un órgano predispuesto que tiene la legitimación expresa para la creación del derecho; un órgano que es fuente de normas y que en desarrollo de su función valora libremente los intereses en juego dentro del grupo social.

Se dice, por el contrario, sistema abierto, cuyo ejemplo paradigmático es el del derecho romano clásico, aquel en el cual se le da menor importancia a los datos normativos expresos, dictados, de tal manera que el órgano encargado de determinar en última instancia el derecho aplicable, el jurisprudente en el derecho romano, pueda ir más allá de los juicios de valor que ya han sido reconocidos, o de la disciplina identificada y aplicada para un caso concreto, con la posibilidad de introducir así, innovaciones respecto del derecho anterior y que se encuentra en uso”. CORTÉS, É. *Fluidez y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes?* En: *Derecho civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, No. 1, pp. 553-579, pp. 558-559.

⁵³³ Cfr. DEN OTTER, S. ‘A legislating empire’: Victorian political theorists, codes of law, and empire. En BELL, D. (ed.) *Victorian Visions of Global Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 100.

El cuarto mito sobre el que se estructuraba la teoría ortodoxa del derecho administrativo —al menos en su versión continental⁵³⁴— y que la globalización pone en tela de juicio es la jerarquía, entendida como la racionalidad inherente a las relaciones jurídico-administrativas. La jerarquía se manifestaba de dos maneras diversas: en primer lugar, al interior de la administración, en el diálogo entre órganos y entre funcionarios; en segundo término, de manera externa, en las relaciones con los particulares, sea como colaboradores que como destinatarios del poder en términos de prerrogativa pública.

El redimensionamiento de la jerarquía en el derecho administrativo hace parte de un fenómeno más amplio, que afecta al derecho en general y que tiene que ver con una crisis de la potencia intrínseca que caracterizaba a las normas jurídicas y que se traducía, en pocas palabras, en la obediencia prácticamente incuestionable que por el solo hecho de su existencia estaban llamadas a producir⁵³⁵. El nuevo paradigma implica que los enunciados normativos no derivan su fuerza del mero ejercicio de autoridad, sino también del consenso y la aceptación de sus destinatarios⁵³⁶. Se trata de la dimensión fiduciaria del derecho, es decir, del valor que sus contenidos poseen también —o únicamente— por virtud de la confianza que se deposita en ellos. El fundamento de la autoridad normativa del derecho podría compararse, desde ese punto de vista, al valor de la moneda, que depende exclusivamente del crédito que en él se deposita⁵³⁷.

⁵³⁴ “Different areas of law appear to conceive of the state in fundamentally different ways. In particular, public international law, in its twentieth century guise, has tended to conceive of the state as a unified legal person, a perpetual entity able to bind itself into the future. Domestic administrative and constitutional law in the common law tradition, by contrast, does not conceive of the state at all, but rather views the government apparatus as a series of disaggregated entities often competing with each other for power, subject to checks and balances, and enjoying a temporally contingent mandate. (...) (...) the success of the various strategies for the development of transnational systems of governance will depend on how well they integrate or assimilate these differing domestic and international legal archetypes of the state”. MCLEAN, J. *Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law*. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 167-187, p. 167.

⁵³⁵ “Expresión de una razón tanto trascendente como inmanente, el derecho moderno estaba dotado de una potencia normativa intrínseca: palabra potente, él se beneficiaba de un capital de autoridad que le permitía asegurarse la obediencia y obtener la adhesión de sus súbditos; su fundamento no se cuestionaba ni se sometía a la más mínima discusión”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 242.

⁵³⁶ “La crisis de la razón jurídica comprometió esta eficacia normativa: la fuerza de la regla de derecho no procede ya de su enunciado como orden obligatoria, a la cual todos deben someterse; depende, en adelante, del consenso que la rodea”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 242.

⁵³⁷ “Es cierto que Montaigne había utilizado una expresión interesante que Pascal retoma para sí y que yo también querría reinterpretar y sustraer a su lectura más convencional. La expresión es «fundamento místico de la autoridad». Pascal cita a Montaigne sin nombrarlo al escribir:

Pues bien, hoy en día, aunque evidentemente no haya perdido por completo su autoridad característica, el derecho es cada vez más un producto de la concertación entre su fuente orgánica y sus destinatarios, cada vez más involucrados en el proceso de su elaboración. De ahí que el profesor Chevallier afirme la existencia de un derecho negociado⁵³⁸, en el que la forma contractual adquiere una importancia sin precedentes y un desarrollo inusitado⁵³⁹, y en el que las actuaciones administrativas tienden progresivamente hacia lo convencional y lo cooperativo⁵⁴⁰.

Desde el punto de vista interno la jerarquía cede el paso a la coordinación: la actividad de la administración pública implica, hoy más que antes, la intervención de varios sectores de la administración, que no siempre están vinculados de manera piramidal y que se ven obligados a coordinarse para cumplir con sus funciones y finalidades. Las relaciones clásicas, en las que existía un sujeto con potestad y otro en situación de sometimiento, de acuerdo

«[...] uno dice que la esencia de la justicia es la autoridad del legislador; otro, la conveniencia del soberano; otro, la costumbre presente; y es esto lo más seguro: nada, siguiendo la sola razón, es justo por sí mismo; todo vacila con el tiempo. La costumbre realiza la equidad por el mero hecho de ser recibida; es el *fundamento místico* de su *autoridad*. Quien la devuelve a su principio, la aniquila.»

Montaigne hablaba en efecto —son sus palabras— de un «fundamento místico» de la autoridad de las leyes: Ahora bien, las leyes mantienen su crédito no porque sean justas sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad, no tienen otro [...]. El que las obedece porque son justas, no las obedece justamente por lo que debe obedecerlas.

Visiblemente, Montaigne distingue aquí las leyes (es decir, el derecho) de la justicia. La justicia del derecho, la justicia como derecho, no es justicia. Las leyes no son justas en tanto que leyes. No se obedecen porque sean justas sino porque tienen autoridad. La palabra «crédito» soporta todo el peso de la proposición y justifica la alusión al carácter «místico» de la autoridad. La autoridad de las leyes sólo reposa sobre el crédito que se les da. Se cree en ellas, ése es su único fundamento. Este acto de fe no es un fundamento ontológico o racional. Y de todas formas todavía queda por pensar lo que quiere decir *creer*”. DERRIDA, J. *Fuerza de ley: el «fundamento místico de la autoridad»*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, pp. 28-30.

⁵³⁸ “Este consenso supone que los destinatarios toman parte en su elaboración: la concertación previa, la participación en la definición de la norma se convierte en la garantía de su fundamento; el derecho pasa a ser así un derecho negociado, fruto de una deliberación colectiva”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 242.

⁵³⁹ “El método contractual conoce en las sociedades contemporáneas un espectacular desarrollo, a tal punto que aparece como emblemático de la posmodernidad jurídica: en efecto, el contrato ilustra plenamente el paso de un derecho de orden a un derecho basado en el acuerdo de voluntades”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 237-238.

⁵⁴⁰ “La contractualización de la acción pública implica el reconocimiento del margen de autonomía a disposición de los distintos actores sociales con los cuales el Estado debe negociar, a falta de poder imponer su voluntad. En una serie de ámbitos, los instrumentos convencionales sustituyen progresivamente a las técnicas unilaterales clásicas, lo que manifiesta el paso a una “governabilidad cooperativa””. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 238-239.

con un esquema de inspiración castrense⁵⁴¹, ceden paso a nuevas relaciones, en las que no necesariamente existe una subordinación sino, por el contrario, una transversalidad⁵⁴².

Desde el punto de vista externo, la racionalidad jerárquica también se rompe, porque las relaciones de la administración pública con los particulares son desarrolladas cada vez más en términos de cooperación: ello ocurre siempre que el Estado requiere del particular en calidad de colaborador, pues en esos casos la técnica es eminentemente contractual⁵⁴³, pero también cuando el particular se relaciona con el Estado en calidad de destinatario de una decisión. La mutación más sorprendente está precisamente en este último punto: de ser un derecho fundado sobre la idea de prerrogativa, el derecho administrativo ha pasado a ser un sistema tendiente hacia la idea de consenso. Ese cambio no obedece a una pérdida de autoridad sino al surgimiento de una nueva racionalidad, estratégica e inteligente⁵⁴⁴, que entiende las ventajas que puede tener la cooperación sobre la coerción en términos de eficacia⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ “Vi è un gruppo di rapporti organizzativi, detti di sopraordinazione, nei quali l’una figura soggettiva ha una situazione di potestà, l’altra di soggezione e il contenuto del rapporto è di subordinazione permanente dell’una all’altra figura. La potestà attiene all’attività, e all’intero comportamento del subordinato, e non invece ai singoli atti di questo.

(...)

Il diritto pubblico moderno ha tratto la nozione dagli ordinamenti giuridici militari; ma in questi ordinamenti gerarchia aveva e ha significato particolare, in quanto è gerarchia di istanze di comando, ciascuna avente un obbligo di obbedienza verso l’istanza superiore”. GIANNINI, M.S. *Diritto amministrativo, Volume primo*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 311.

⁵⁴² “Rompiendo con la lógica tradicional de sectorización, las políticas públicas se caracterizan cada vez más por una exigencia de *transversalidad*: su aplicación supone la intervención de un conjunto de actores públicos, cuya cooperación se formalizará en un dispositivo contractual”. CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 240.

⁵⁴³ “Esto enfrenta a la Administración a la necesidad de entablar relaciones de cooperación con los particulares involucrados en los sectores donde se realizan estas intervenciones. Y supone, en lo fundamental, “un nuevo estilo de gobierno, distinto del control jerárquico y caracterizado por un mayor grado de cooperación y por la interacción entre el Estado y los actores no estatales en el interior de redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado”. Son los tiempos de la gobernanza como nueva forma de gobierno y pilotaje de lo público”. SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 166.

⁵⁴⁴ “No se trata, naturalmente, de que la Administración haya perdido sus prerrogativas; sencillamente obra como un “poder astuto” (*Smart power*), que aun cuando puede, prefiere no recurrir a la coacción, “saber como es de que otros instrumentos pueden serle más propicios””. SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 168.

⁵⁴⁵ “La búsqueda de criterios de legitimidad material para las actuaciones de la Administración lleva a que se vea en las actuaciones consensuales e informales una alternativa útil, que aun cuando se aparta de la tradicional coercibilidad de la acción administrativa, permite dejar atrás la cuestión de la legitimidad y pone a la Administración en condiciones de imprimir mayor eficacia a sus actuaciones.

(...)

Esta nueva naturaleza de las relaciones jurídico-administrativas encuentra una de sus causas en la globalización: el fenómeno no solo ha logrado desestructurar los esquemas piramidales de antaño⁵⁴⁶, sino que ha integrado las administraciones públicas de distintos países en sistemas de red, en los cuales las relaciones evidentemente no pueden gobernarse por una racionalidad jerárquica sino coordinativa, y de ello da cuenta de manera muy acertada el *global administrative law*, tal como fue explicado en el Capítulo II. Adicionalmente, la globalización ha incrementado el protagonismo de los particulares como potenciales colaboradores de la administración pública, por un lado, y ha empoderado a los individuos con respecto a las autoridades, por el otro. Ambos cambios implican que las relaciones entre la administración y el particular ya no son tan desiguales como solían serlo y que, por lo tanto, los vínculos jurídicos que surgen entre ambos sujetos se soportan, cada vez más, en el acuerdo de voluntades y, cada vez menos, en el ejercicio de la prerrogativa pública⁵⁴⁷.

3.5. MÁS ALLÁ DE LO BIPOLAR Y DE LO PÚBLICO

El quinto axioma de la teoría clásica del derecho administrativo que amerita una revisión total es la bipolaridad subjetiva, analizada en el capítulo I con referencia a la crisis del Estado: se trata de la multiplicación de sujetos involucrados en la ejecución de funciones

“Esto último empalma con el segundo punto a considerar, a saber: *la crisis del poder público ejercido por vías coactivas*. Aun cuando la crisis general de la legitimidad del Estado desemboca igualmente en este fenómeno, no es esa su única causa. Ella tiene origen, además, en consideraciones puramente prácticas, que aquí importa resaltar. Además de las circunstancias reseñadas, el giro en el enfoque regulatorio también fue producto de la preocupación del derecho administrativo por aumentar la eficacia y la eficiencia de la acción de las agencias gubernamentales. Esto supuso un redireccionamiento del sistema regulatorio, orientado a cambiar la coerción por cooperación”. SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, pp. 166-167.

⁵⁴⁶ “Otra de sus facetas es el diálogo de lo global y de lo local, ya que la globalización crea competencia y redes locales, y una presión hacia la descentralización (promovida por instancias como el Banco Mundial). La consecuencia de todo ello es una superposición de los niveles de gobernanza (*multilayered governance*) cada vez menos regida por relaciones de jerarquía”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 312-313.

⁵⁴⁷ “Finalmente, es forzoso reconocer que la creciente adopción de modelos de gobernanza en cada vez más ámbitos de la realidad administrativa lleva a que *con mayor frecuencia sea habitual que la normatividad propia del derecho administrativo pierda tanto su carácter habitual de norma de origen público, como su tradicional carácter coercitivo o vinculante*. La proliferación de formas paccionadas y no vinculantes de normas (derecho blando) fuerza a reconocer esta nueva dimensión del sistema jurídico administrativo como parte de la nueva normalidad de la acción de la Administración y de su cada vez más intrincado proceso de toma de decisiones”. SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019, p. 177.

públicas que antes constituían monopolio estatal y, desde el prisma del derecho administrativo, consiste en el abandono absoluto —y ya no simplemente marginal— de un enfoque bipolar que veía en la administración y en el administrado los únicos dos sujetos relevantes de la fenomenología jurídico-administrativa. Ello también trae aparejada la superación definitiva de un criterio subjetivo u orgánico para la identificación de la administración: el nuevo derecho administrativo debe acoger por completo una perspectiva funcional, que se preocupe en primer término por la actividad ejecutada y por si ésta es o no jurídico-administrativamente relevante, y, solo en segundo plano, por el sujeto o los sujetos involucrados.

El profesor Sabino Cassese explica el cambio de paradigma en términos de varios intereses divergentes que se enfrentan en el hábitat del derecho administrativo, que debe pasar de ser, en consecuencia, una mera disciplina para el diálogo entre la administración y el administrado, para convertirse además de ello en una carta de navegación en la arena de varios intereses disímiles en conflicto⁵⁴⁸.

Evidentemente, el quinto axioma tiene relación con otro pilar clásico de la disciplina: la división antiguamente tajante entre derecho público y derecho privado y la inscripción más o menos estricta del derecho administrativo en el primer ámbito. Dicho pilar se rompe como consecuencia del tránsito entre bipolaridad y multipolaridad, pero tiene importantes efectos objetivos y sustanciales, que consisten en la poderosa irrupción del derecho privado

⁵⁴⁸ “Traditionally, administrative law was based on the bipolarity between the “administré” and the “autorité publique.” In the last thirty years, two developments have occurred. The “administré,” subject to administrative authorities, has become a citizen, fully entitled to rights vis-à-vis the government: for example, he has a right to be informed, to make his voice heard, to receive reasoned decisions, and to have administrative decisions reviewed by independent courts. The “rights revolution” has produced many major changes in the field of administrative law, as well.

Broadened suffrage, organized societies, and the fragmentation of executives have replaced bipolarity with multipolarity. Today, the administrative landscape is dominated by multipolar relations among a plurality of autonomous public bodies and conflicting private interests. For example, there are numerous state and EU agencies in the field of private finance that interact with banks, insurance companies and stock markets. The state is penetrated by conflicting private interests, which, further, state agencies must address (e.g., industry versus environment, banks versus insurance, insurance versus health care). Social and economic conflicts also gain an administrative dimension and require administrative or political arbitrators.

So far, administrative law scholarship has focused on the citizen only as an addressee of public orders or benefits and on the bipolar relations between the State and citizens. New administrative law scholarship has a new task. It must develop a fresh view of statutes and statutory instruments governing administrative procedure, seeing them not only as regulations of administrative proceedings (that distribute power among governmental agencies), but as charters of citizens’ rights vis-à-vis administrative authorities (that impose duties on agencies, to the benefit of private parties). It must study the “arenas” in which conflicting interests meet, dialogue, oppose one another and reach agreements, and in which agencies act as promoters, arbitrators, and controllers”. CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, pp. 609-610.

en el mundo del derecho administrativo, hasta el punto en que éste no puede inscribirse de manera tan categórica como antes en el ámbito de lo público, por contraste con lo privado, ya que participa por igual de ambas naturalezas.

La multipolaridad implica entonces, ante todo, la existencia de sujetos que asumen funciones administrativas de manera paralela a la administración, entendida en un sentido orgánico⁵⁴⁹. Pero se señalaba que el efecto objetivo y sustancial es la puesta en duda de la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado y, a la postre, una nueva crisis de identidad para el derecho administrativo, que ya no puede contenerse con facilidad dentro de los límites de lo público. En realidad, no se trata de una discusión nueva, pero ello no quiere decir que ya haya sido saldada⁵⁵⁰. Las transformaciones actuales del derecho en general y del derecho administrativo en particular parecen finalmente ofrecer una solución similar a la que ya Duguit, tan importante para la historia de la disciplina, ofrecía en su tiempo: se trata de una distinción puramente práctica⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ "Second, administrative law faces a proliferation of actors that assume functions in administrative governance. At the international level, there is an increase in conduct by international institutions that can be understood as fulfilling administrative tasks. For instance, the Organization for Economic Cooperation and Development's PISA study can be understood as administrative governance by information. The acts of foreign administrations, or interests of those living abroad, also become increasingly relevant and perforate the horizontal boundary between different domestic administrative legal orders. This is the case, for example, if environmental impact assessments have to take account of the interests of people living in a neighboring jurisdiction. The grant of mining rights in territory under foreign administration or occupation may be another case of foreign actors influencing administrative activity and domestic administrative law, and so is the joint cross-border administration of infrastructure facilities, such as a waste landfill or a waste-water processing plant. Finally, privatization is an example of administrative tasks being delegated to private actors, who in turn become actors engaged in fulfilling administrative functions". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁵⁵⁰ "La tradizionale problematica della distinzione tra persone pubbliche e persone private, benché appaia in Francia sopita, potrebbe tornare d'attualità, secondo *Auby*, ove la giurisprudenza si interroghi ad es. sulle frontiere che circoscrivono gli atti amministrativi o su concetti quali il demanio pubblico e i lavori pubblici. È opportuno aggiungere che alla distinzione interna tra enti pubblici ed enti privati si sovrappone la nozione di organismo di diritto pubblico di derivazione comunitaria, che, da un canto, riduce la rilevanza della distinzione interna, dall'altro, rende ancor più incerta la medesima distinzione.

(...)

Assai ampio e variegato è da noi il fenomeno degli enti dalla veste giuridica privatistica ruotanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni. (...)

Queste entità pongono difficili problemi di inquadramento, mentre notevoli sono le incertezze con riguardo alla disciplina ad esse applicabile.

(...)

Come da noi, ci si confronta in Francia con la trasformazione dei grandi servizi pubblici a rete in attività economiche di interesse generale, sottoposte in principio alla concorrenza (telecomunicazioni, ad esempio)". LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 13-16.

⁵⁵¹ "Uno de los temas más discutidos por los juristas es el de la distinción entre derecho privado y derecho público. Mientras ciertos autores, como Radbruch, estiman que dichos conceptos son categorías apriorísticas

De hecho, el derecho administrativo constituye una prueba histórica de la mera practicidad de la diferenciación, pues nació como derecho público —y derogatorio— a partir de la constatación de que el derecho privado no era adecuado para regular ciertas situaciones; posteriormente se aceptó que dentro del subsistema coexistían lo público y lo privado y que ello dependía de si las relaciones en cuestión eran de subordinación o de coordinación; y, finalmente, en nuestros días la distinción es superada porque debe adaptarse a la realidad global, en la que ya no parece prestar una utilidad⁵⁵².

Aun a pesar de ello, dentro de los ordenamientos jurídico-administrativos —y dentro de sus respectivas dogmáticas— es posible identificar áreas públicas, áreas privadas y áreas grises, dificultando todavía más la concreción de las ambiciones sistémicas del profesor Schmidt-Aßmann⁵⁵³, quien coincide, en todo caso, con la observación de que la distinción no es tan válida como solía ser⁵⁵⁴. Para el profesor alemán, es necesario reconocer e integrar de manera sistémica a la dogmática la realidad de que la administración ejecuta actividades regidas por el derecho privado, aunque lo haga con sujeción a ciertos condicionamientos de raigambre pública como los derechos fundamentales⁵⁵⁵. Se trataría entonces de dos

de la ciencia del derecho, otros afirman que se trata de una dicotomía de índole política, y no pocos niegan enfáticamente la existencia de un criterio válido de diferenciación. Duguit, por ejemplo, cree que tal criterio posee únicamente interés práctico; Gurvitch niega la posibilidad de establecerlo de acuerdo con notas de naturaleza material, y Kelsen declara que todo derecho constituye una formulación de la voluntad del Estado y es, por ende, derecho público". GARCÍA MAYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2002, p. 131.

⁵⁵² "Il diritto amministrativo nasce dal riconoscimento della inadeguatezza del diritto privato, dunque come diritto derogatorio. (...)

Dunque, il diritto amministrativo è prima considerato tutto diritto pubblico, salvo alcune parti limitate. Poi si riconosce che esso consiste di una parte autoritativa e di una convenzionale. Diventa, quindi, un diritto misto, in cui convivono principio dell'uno e dell'altro ramo, fianco a fianco, o intrecciati. (...)

La distinzione formale tra diritto pubblico e diritto privato viene superata, perché deve adattarsi, volta per volta, alle esigenze sostanziali dettate dalla necessità di affermare la supremazia del diritto europeo". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 501-502.

⁵⁵³ "Dunque, il moto pendolare del diritto amministrativo tra pubblico e privato sembra non fermarsi: espansione, riduzione, riespansione dell'area pubblica. Ma nessuno di questi moti comprende l'intera amministrazione. Vi sono strati che rimangono stabili e strati che vengono mutati solo parzialmente. Difficile l'opera dello studioso, che deve continuamente seguire questo moto, tener conto delle parti in movimento e di quelle stabili, e contemporaneamente costruire il suo diritto a sistema". CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 540.

⁵⁵⁴ "A tale contesto appartiene anche il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'ambito del diritto amministrativo. Oggi la distinzione tra i due regimi giuridici è messa in discussione, soprattutto dal punto di vista della "global governance"". SCHMIDT-ASSMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, pp. 279-280.

⁵⁵⁵ "Inoltre, deve essere oggetto di una migliore ricognizione sistematica anche l'azione amministrativa secondo le regole del diritto privato. L'amministrazione si muove in questo ambito in linea di principio secondo le forme del codice civile, anche se non può liberarsi da certi condizionamenti imposti dal diritto pubblico e,

regímenes que se complementan mutuamente: la administración no puede actuar por fuera ni en contra del interés general, y suele hacerlo de acuerdo con reglas propias del derecho público, pero puede valerse ocasionalmente de la flexibilidad del derecho privado para cooperar con los particulares⁵⁵⁶. Habría lugar a hablar, en esos casos, de un derecho privado administrativo⁵⁵⁷.

La penetración del derecho privado en el derecho administrativo —para la cual la Unión Europea también ha representado un laboratorio⁵⁵⁸— no se da sin un movimiento de respuesta: no es solo que los contenidos de aquél cada vez informen más los de éste, sino que, además, la perspectiva jurídico-administrativa es empleada como parámetro de análisis para construcciones iusprivatistas⁵⁵⁹. Ambos movimientos conducen a un modelo

in particolare, dal rispetto dei diritti fondamentali. Tali vincoli devono essere salvaguardati specialmente attraverso strumenti procedurali, come ad esempio doveri di neutralità, di trasparenza e di motivazione. A tale proposito si riscontra la necessità di una codificazione procedimentale specifica, che vada ad affiancarsi a quelle esistenti, che sono limitate all'azione amministrativa di diritto pubblico". SCHMIDT-ABMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 278.

⁵⁵⁶ "Il dibattito sulla riforma, preso nota di ciò, utilizza la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato al fine di ampliare le opzioni disponibili per l'azione amministrativa. Questo dovrebbe essere il concetto indicato con l'espressione "regimi di supporto reciproco" (Hoffman-Riem). Nel suo agire, l'amministrazione è sempre vincolata al bene pubblico. Essa non gode dell'autonomia dei privati, né di autonomia contrattuale. Tuttavia, essa può utilizzare le forme flessibili del diritto privato per cooperare con i privati o per trovare delle soluzioni privatistiche, liberandosi dal diritto imperativo". SCHMIDT-ABMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 280.

⁵⁵⁷ "Al "diritto privato amministrativo" (utilizzato dall'amministrazione pubblica) si affianca il "diritto amministrativo privato" (utilizzato dai privati per l'adempimento di compiti pubblici)". SCHMIDT-ABMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290, p. 281.

⁵⁵⁸ "Le evoluzioni recenti incidono anzitutto sui concetti tradizionali inerenti alla definizione degli spazi propri dello Stato o del mercato: sull'amplissima nozione di *service public* francese, ma anche sulla nozione di servizio pubblico italiana; è soprattutto il diritto europeo con le diverse nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale a circoscrivere lo spazio dell'intervento statale, riducendone notevolmente l'azione.

Più in generale, le tradizionali modalità dell'intervento pubblico, di stampo statalista e dirigista, sono contestate dal diritto europeo in quanto incompatibili con la libertà di impresa, ormai configurata come libertà fondamentale dell'individuo (...).

Quand'anche permanga l'intervento diretto dei poteri pubblici nell'economia, questo deve ora adattarsi alle nuove discipline europee, specialmente in tema di concorrenza". LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 10-11.

⁵⁵⁹ "Third, administrative law is not only subject to an increasing amount of non-domestic and non-public sources and actors. Administrative law also has been used to analyze areas of law and institutional activity that were traditionally seen as phenomena of either international law or private law. The Global Administrative Law project, for example, has used administrative law principles to restructure the accountability of international institutions. Similarly, areas of extraterritorial activity of domestic administrations, for example the grant of official development aid, have been analyzed as administrative, not

de derecho administrativo que definitivamente no puede conformarse con su filiación pública, y se ha llegado incluso a afirmar que el subsistema está retornando a la fuente iusprivatista de la que originalmente emergió como derecho excepcional o derogatorio⁵⁶⁰.

En conclusión, el derecho administrativo no es derecho público: es un conjunto de principios y reglas de diversa naturaleza que disciplinan las relaciones entre una variedad de actores que tampoco presentan homogeneidad alguna. Ese cambio radical en el núcleo del subsistema se debe, sin duda, a la transmutación del Estado nación y al evidente nexo que existe entre éste y el derecho administrativo. Las relaciones entre la administración y la sociedad se basan cada vez menos en el ejercicio de autoridad y cada vez más en la colaboración⁵⁶¹.

foreign relations activity. Finally, various areas of social activity organized under private law and carried out by non-governmental actors have been analyzed through an administrative law lens. This includes private codes of conduct, such as the Equator Principles that apply to lending activities of commercial banks for development projects, the activity of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), or the rules of the World Anti-Doping Agency that suppresses doping in the world of sporting events". SCHILL, S.W. *Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization*. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.

⁵⁶⁰ "Asistimos a un "reajuste del ordenamiento jurídico en torno del derecho privado", concebido como el único "verdadero derecho", el "derecho de referencia", tras el cual el derecho administrativo debe alinearse". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, p. 129.

⁵⁶¹ "Administrative law was initially established as a "special" law, separate from private law.

Globalization, overburdened governments, privatization, and new public management techniques have all de-emphasized and blurred the public-private divide. Private law invades the space of public law and erodes its specificity.

In the global polity, hybrid and private bodies are as numerous as public bodies. National governments make increasing use of private law. Contracts between the state and private persons, once almost unknown (as they challenged the very idea of state sovereignty), are now a common feature of state activity. Consequently, the state becomes dependent upon collaboration with civil society.

With the emergence of the enabling state, the focus of public activity has shifted toward measures aimed at financing benefits through the market. Therefore, a large part of social welfare has become a lucrative, privatized, commercial, and for-profit activity. Outsourcing and public-private partnerships increase efficiency and sectionalism, which in turn contribute to the fragmentation of the state.

On the contrary, private institutions increasingly apply administrative law rules (two examples are the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) by-laws, which contain a sort of administrative procedure act and the World Anti-Doping Agency (WADA) regulations). As public bodies are not necessarily subject to administrative law, so too private bodies are not necessarily subject to private law. Topics such as state-owned enterprises, public-private partnerships, public incentives to private companies, and market-oriented regulation thus become crucial for the analysis of administrative law.

These developments make it necessary to abandon the public law regime paradigm, to de-publicize the approach adopted by administrative law scholarship and to study the ambiguities and the richness of the interconnections between public and private law". CASSESE, S. *New paths for administrative law: A manifesto*. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 607.

3.6. MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS EPISTEMOLÓGICAS⁵⁶²

Finalmente, el sexto axioma jurídico-administrativo que es preciso revisar es el que tiene que ver con las fronteras, alguna vez nítidas, entre la disciplina y otras ramas del derecho y del conocimiento en general. Todo lenguaje y todo sistema de conocimiento está de una u otra forma contaminado de arbitrariedad, y el derecho administrativo es también un sistema provisorio en el que habitan la arbitrariedad y la incertidumbre, como lo demuestra de sobra una historia que, aunque breve, ha sido sin lugar a dudas conflictiva. Por estable y determinado que en ocasiones pueda parecer, el derecho administrativo es, finalmente, un código más o menos arbitrario, que contiene taxonomías artificiosas, funciona sobre la base de axiomas, peticiones de principio y criptotipos⁵⁶³, y que está muy lejos de constituir un modelo definitivo para explicar y regular aquello que se propone explicar y regular.

Una de las premisas fundamentales de la teoría clásica es que el derecho administrativo constituye un ámbito autónomo, plenamente identificable de otras áreas del saber y perfectamente apto como unidad de medida de la fenomenología administrativa. Sin embargo, la problemática de la globalización invita a preguntarse acerca de la idoneidad de la ciencia jurídico-administrativa para acometer, tal como se la concibe hoy en día, la empresa de estudiar y regular su objeto, es decir, el universo de una administración pública global. En otras palabras, la globalización de la ciencia jurídico-administrativa da pie para cuestionarse acerca de la necesidad de entablar diálogos disciplinarios con otros dominios epistemológicos.

⁵⁶² Una versión ampliada de cuanto se afirma en este apartado aparece en BAENA CARRILLO, S. El derecho administrativo más allá de sus fronteras epistemológicas. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019.

⁵⁶³ “El término ‘criptotipo’ fue introducido en el lenguaje jurídico por Rodolfo Sacco. Este sirve para indicar ‘aquellas reglas que existen y son relevantes, pero que el operador no formula (y que, a pesar de tener la intención de hacerlo, no sabría formular)’; se trata de reglas ‘que el hombre observa sin estar plenamente consciente de ello’.

Los criptotipos constituyen objeto de conocimiento tácito. El conocimiento tácito puede ser definido como ‘el conocimiento que un sistema posee y que le permite interactuar eficazmente con el mundo, a pesar de no haber sido representado de manera explícita, directamente legible por otras partes del sistema. Este se contrapone al conocimiento explícito, que está constituido por teorías del mundo y que es un conocimiento consciente y expresable lingüísticamente. ‘El conocimiento tácito corresponde al saber actuar en determinada situación, estando dentro y sin poder ubicarse fuera para hablar o reflexionar sobre él’; este está constituido por ‘procedimientos opacos: modos de actuar que brotan automáticamente, sin necesidad de control o atención’. Los ejemplos típicos son andar en bicicleta o distinguir el aroma de un cigarro o de un vino, pero también ‘el sentirse avergonzado o cómodo’ (lo cual, desde ya, implica la aplicación de reglas sociales y modelos de comportamiento)”. CATERINA, R. “El criptotipo, mudo e inactuado”. En: *Revista de derecho privado*, 32, 2017, pp. 99-108.

Por diálogo disciplinario se entiende aquí todo ejercicio académico que se aproxime a un objeto de estudio o a un problema de investigación a partir de conceptos y metodologías propias de dos o más disciplinas, que normalmente se consideran autónomas y nítidamente separables entre sí. Los ejemplos de tales aproximaciones abundan, y pueden clasificarse en varias categorías dependiendo del tipo de relación que medie entre las disciplinas involucradas. No parece existir un consenso respecto de las nomenclaturas, la cantidad o las naturalezas que pueden tener las distintas formas del diálogo disciplinario, pero sí parece haber claridad respecto de su denominador común: todas ellas comparten el hecho de constituir aproximaciones holísticas a los objetos de estudio o problemas de investigación. En esa medida, las distintas formas que asume el diálogo disciplinario se distinguen de la llamada intradisciplinariedad, es decir, del acercamiento al objeto con las herramientas que proporciona un único ámbito del conocimiento⁵⁶⁴.

Se habla comúnmente de dos categorías básicas de diálogo disciplinario. La primera de ellas es la multidisciplinariedad, que pretende derivar y construir conocimiento a partir de varias disciplinas sin que éstas lleguen a confundirse o a perder sus identidades propias⁵⁶⁵. En este tipo de diálogo un problema es abordado a partir de múltiples lentes, y ello conduce a una yuxtaposición de ideas diversas⁵⁶⁶. No se trata, pues, de un cambio radical en las perspectivas de las distintas disciplinas, cuyos aportes se acumulan sin llegar a interactuar o a entremezclarse realmente⁵⁶⁷, sino de la cooperación de dos o más ámbitos del conocimiento con el fin de construir un entendimiento más imparcial de determinado objeto científico⁵⁶⁸. La clave de la multidisciplinariedad está entonces en la complementariedad y acumulación de perspectivas con miras a alcanzar una comprensión multifacética de un fenómeno, y no en su integración o síntesis⁵⁶⁹.

La segunda categoría usualmente aludida de diálogo disciplinario es la interdisciplinariedad, que puede definirse como aquel diálogo en el que se sintetizan de manera ecléctica distintas

⁵⁶⁴ Cfr. STEMBER, M. "Advancing the social sciences through the interdisciplinary enterprise". En: *The Social Science Journal*, 28(1), 1991, pp. 1-14.

⁵⁶⁵ Cfr. CHOI, B.C.K. y PAK, A.W.P. "Multidisciplinarity, interdisciplinarity and transdisciplinarity in health education and policy: 1. Definitions, objectives and evidence of effectiveness". En: *Clin Invest Med*, 29(6), 2006, pp. 451-364.

⁵⁶⁶ Cfr. STEMBER, M. "Advancing the social sciences through the interdisciplinary enterprise". En: *The Social Science Journal*, 28(1), 1991, pp. 1-14.

⁵⁶⁷ Cfr. GOSCHIN, Z. y ZAMAN, G. "Multidisciplinaritate, interdisciplinaritate și transdisciplinaritate: abordări teoretice și implicații pentru strategia dezvoltării durabile postcriză". En: *Economie teoretică și aplicată*, XVII, 2010, pp. 3-20.

⁵⁶⁸ Cfr. YOUNGBLOOD, D. "Interdisciplinary studies and the bridging disciplines: a matter of process". En: *Journal of Research Practice*, 3(2), article M18, 2007, pp. 1-8.

⁵⁶⁹ Cfr. DAMOC, A.I. "Multidisciplinarity in economics education and how it can shape economic thinking in the future". En: *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, 12(1), 2018, pp. 263-275.

disciplinas para crear una nueva⁵⁷⁰, concebida como presupuesto para resolver un problema determinado⁵⁷¹. La interdisciplinariedad implica la combinación de técnicas y metodologías específicas de ámbitos del conocimiento distintos, con un objetivo de investigación común⁵⁷², y tiene por tanto una naturaleza integradora y sintética, porque sí aspira a la creación de nuevas metodologías y conceptualizaciones más allá de las disciplinas de origen y de sus respectivos límites⁵⁷³.

Ahora bien, hay quien afirma que el derecho administrativo posmoderno requiere un acercamiento más interdisciplinario, especialmente debido al cambio de rol del Estado⁵⁷⁴, y que debe abandonar su hermetismo tradicional y abrirse a otras disciplinas, tan cercanas como el derecho constitucional⁵⁷⁵, el derecho de los procesos de integración y el derecho

⁵⁷⁰ Cfr. CHOI, B.C.K. y PAK, A.W.P. "Multidisciplinarity, interdisciplinarity and transdisciplinarity in health education and policy: 1. Definitions, objectives and evidence of effectiveness". En: *Clin Invest Med*, 29(6), 2006, pp. 451-364.

⁵⁷¹ Cfr. STEMBER, M. "Advancing the social sciences through the interdisciplinary enterprise". En: *The Social Science Journal*, 28(1), 1991, pp. 1-14.

⁵⁷² Cfr. GOSCHIN, Z. y ZAMAN, G. "Multidisciplinaritate, interdisciplinaritate și transdisciplinaritate: abordări teoretice și implicații pentru strategia dezvoltării durabile postcriză". En: *Economie teoretică și aplicată*, XVII, 2010, pp. 3-20.

⁵⁷³ Cfr. YOUNGBLOOD, D. "Interdisciplinary studies and the bridging disciplines: a matter of process". En: *Journal of Research Practice*, 3(2), article M18, 2007, pp. 1-8.

⁵⁷⁴ "This new, or postmodern, administrative law is more open than the old administrative law, and is focused on "steering" rather than on ordering. This new administrative law is—in this view—the product of the new role of the state as a promoter, as a facilitator, as a risk regulator, and as the helmsman of economy and society. It therefore requires a new, more interdisciplinary, approach". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613.

⁵⁷⁵ "La tradizionale chiusura del diritto amministrativo — "in un certo senso autogestito" sottolinea Auby — alle altre banche [sic] del diritto e allo stesso diritto costituzionale nell'ordinamento francese è cosa nota. Ci ricorda al riguardo l'autore francese l'utilizzo del tutto episodico delle norme costituzionali da parte del *Conseil d'État* giudicandolo un comportamento non più sostenibile.

(...)

L'approdo ad una piena costituzionalizzazione del diritto amministrativo conduce alla definizione di questo diritto come diritto ordinario del potere pubblico". LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 17-18.

comparado⁵⁷⁶, pero también lejanas de su ámbito de estudio, como el análisis económico del derecho⁵⁷⁷.

Existen varios argumentos a favor de ese cambio de enfoque. El primero es que el diálogo disciplinario permite cuestionar las estructuras de poder de una disciplina determinada⁵⁷⁸, es decir, las formas en que ésta coacciona el discurso⁵⁷⁹, y si ello es deseable de cara a cualquier disciplina porque implica renovar sus contenidos de acuerdo con una perspectiva crítica, resulta especialmente deseable en el caso del derecho administrativo porque se trata de una ciencia que justamente se ocupa de estudiar una forma de poder con una incidencia pronunciada en la realidad social, es decir, la administración pública.

⁵⁷⁶ “La globalizzazione ed il diritto europeo hanno trasformato il modo di guardare il diritto comparato, non solo accrescendone il ruolo e l’importanza. Guardare attentamente all’evoluzione dei diritti amministrativi vicini risponde infatti oggi anche ad immediate ragioni di carattere pratico. Osserva *Auby* che i sistemi giuridici non si contentano più di essere alternative teoriche, bensì divengono alternative pratiche nella misura in cui alcuni attori giuridici sono in grado di metterli in concorrenza. D’altro canto, osserva l’autore, è stato dimostrato che nel quadro giuridico europeo i diritti amministrativi nazionali si influenzano reciprocamente e tendono a convergere.

[La necessità di porsi in una prospettiva di diritto europeo] deriva da diverse circostanze tra loro collegate: i diritti amministrativi nazionali sono influenzati dal diritto comunitario e attraverso questo si influenzano vicendevolmente; vi è ormai un diritto amministrativo comunitario relativo all’esecuzione degli atti comunitari; i diritti amministrativi nazionali, nel quadro del sistema di amministrazione indiretta che caratterizza per lo più la realizzazione delle politiche comunitarie, costituiscono uno strumento fondamentale per l’attuazione del diritto europeo”. LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 18-19.

⁵⁷⁷ “Anche l’analisi economica del diritto, della quale va riconosciuta l’importanza per la soluzione delle questioni di diritto amministrativo, può contribuire al rinnovamento di esso.

In ogni suo aspetto, infatti, il diritto amministrativo, pur non riassumendosi in essa, ha una dimensione economica — si tratti di demanio pubblico, decisioni di polizia, responsabilità amministrativa, ecc. — di cui è necessario tenere conto. La consapevolezza al riguardo è tuttavia da ritenere acquisita.

(...)

L’analisi economica del diritto — può aggiungersi — è spesso in grado di disvelare come dietro l’interesse pubblico sbandierato di certe decisioni vi siano assai concreti interessi di gruppi e corporazioni”. LONGOBARDI, N. *Il diritto amministrativo in trasformazione*. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 19-20.

⁵⁷⁸ Cfr. VICK, D.W. “Interdisciplinarity and the Discipline of Law”. En: *Journal of Law and Society*, 31(2), 2004, pp. 163-193.

⁵⁷⁹ “La disciplina es un principio de control de la producción del discurso. Ella le fija sus límites por el juego de una identidad que tiene la forma de una reactualización permanente de las reglas.

Se tiene el hábito de ver en la fecundidad de un autor, en la multiplicidad de sus comentarios, en el desarrollo de una disciplina una serie de recursos infinitos para la creación de los discursos. Quizá, pero no por ello, pierden su carácter de principios de coacción. Y es probable que no se pueda dar cuenta de su papel positivo y multiplicador, si no se toma en consideración su función restrictiva y coactiva”. FOUCAULT, M. *El orden del discurso*, 6 edición, Tusquets, Barcelona, 2011, p. 38.

El segundo argumento de peso para abogar por el diálogo consiste en que éste tiene la capacidad de aumentar considerablemente la información disponible para el análisis⁵⁸⁰. En este caso, ello permite ir más allá del simple dato cierto de la norma positiva o del pronunciamiento jurisprudencial para abordar otro tipo de inquietudes y para tener en cuenta variables que la *ratio* jurídica normalmente soslaya, ensanchando así el objeto de estudio del derecho administrativo.

El tercer argumento se desprende del segundo, y consiste en el hecho de que el diálogo disciplinario de la ciencia jurídico-administrativa con otros campos del saber cambia el marco conceptual de referencia de acuerdo con el cual esa información es percibida e interpretada⁵⁸¹. En otras palabras, no es solamente que el fenómeno estudiado se enriquezca, sino que, además, el repertorio de herramientas para estudiarlo se multiplica, permitiendo la aproximación desde una perspectiva más amplia.

El cuarto argumento tiene que ver con los dos anteriores, y es que, dada la información aumentada con la que se cuenta a partir del diálogo entre disciplinas, aunada a la ampliación del marco conceptual de referencia, es posible resolver problemas que quizás no habrían podido siquiera identificarse o que, de haberse podido detectar, tendrían soluciones cuya formulación se haría demasiado difícil o simplemente imposible desde el marco intradisciplinario del derecho administrativo⁵⁸².

El quinto argumento es de orden histórico: no debe pensarse que la idea de diálogo disciplinario del derecho administrativo con otras disciplinas es radicalmente novedosa. Después de todo, ha de recordarse que uno de los momentos más cruciales en su evolución tuvo que ver con su acercamiento al derecho constitucional y a la sociología, y consistió en una primera conceptualización del servicio público a partir de la idea de interés general, crucial para su desarrollo histórico pero también para su contenido actual, de la mano de teóricos como León Duguit y el sociólogo Émile Durkheim. En otras palabras, el derecho administrativo ya tiene una deuda histórica invaluable con el diálogo disciplinario⁵⁸³, y haría bien la doctrina en reconocerlo y actuar en consecuencia.

⁵⁸⁰ Cfr. VICK, D.W. "Interdisciplinarity and the Discipline of Law". En: *Journal of Law and Society*, 31(2), 2004, pp. 163-193.

⁵⁸¹ Cfr. VICK, D.W. "Interdisciplinarity and the Discipline of Law". En: *Journal of Law and Society*, 31(2), 2004, pp. 163-193.

⁵⁸² Cfr. VICK, D.W. "Interdisciplinarity and the Discipline of Law". En: *Journal of Law and Society*, 31(2), 2004, pp. 163-193.

⁵⁸³ MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2005, pp. 120-162.

Un sesto argomento es que el derecho en general, pero también el administrativo, ya no solo suscitan interés en los operadores jurídicos, sino que han adquirido relevancia para especialistas de otras áreas del conocimiento. Esta ampliación de la demanda del saber jurídico-administrativo ha implicado una diversificación de las técnicas y metodologías de análisis, a tal punto que voces autorizadas llegan a afirmar que cada problema particular requiere un método analítico propio⁵⁸⁴, diseñado sobre medida. Ese trabajo de sastrería no puede recurrir únicamente a las materias primas que el derecho pone a su disposición, sino que debe buscar en otras fuentes recursos conceptuales y herramientas de análisis que le permitan confeccionar una mirada rica e informada.

Aun cuando el derecho administrativo conserve su autonomía e identidad disciplinaria, no es posible afirmar lo propio con respecto a su autosuficiencia. A la luz de este séptimo argumento, acaso desmedidamente alarmista, la ciencia jurídico-administrativa ya no puede prescindir de disciplinas como la economía, la política y la historia, y tiene que reivindicar su lugar dentro del espectro de las ciencias sociales⁵⁸⁵, por difícil que resulte⁵⁸⁶,

⁵⁸⁴ "In the past, when it was a tool to prepare individuals for a limited number of legal professions, administrative law scholarship labored to find its own exclusive method.

Today, the demands upon it have diversified and require new techniques of analysis, and not one method alone. Indeed, it is possible to state that each problem prompts its own method of analysis. There is no exclusivity, but rather methodological pluralism (legal, economic, and political analyses of the law), with the important caveat that administrative law scholarship should not be sidelined by a blind empiricism, and lose sight of certain basic categories that drive legal analysis". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 613.

⁵⁸⁵ "Administrative law must reestablish its place in the field of social sciences (economics and politics), and reconnect its links with history. Is it possible to study the role played by the State in the economy, ignoring the economic approach to law? More generally, is there anything that the economic analysis of public law can teach to the scholars of administrative law? If the executive branch of government is embedded in the realm of politics, and if administration is part of politics, can the study of administrative law ignore political science? And what can political science teach, in terms of methods and paradigms, to administrative law scholarship? Path dependence and institutional layering are the rule in the field of administrative law. Therefore, history is an indispensable tool of analysis for administrative law scholars". CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613, p. 613.

⁵⁸⁶ "La difficoltà di dialogo fra giuristi ed economisti, e più in generale dei giuristi con gli scienziati sociali, è data dal fatto che, tradizionalmente, la formazione del giurista lascia poco spazio ai metodi di analisi quantitativa, pertanto i giuristi tendono a non utilizzarli, o a utilizzarli in modo marginale⁸³. Ciò rende necessario (oltre ad una riflessione [sic] sul possibile ripensamento della formazione dei giuristi) analisi interdisciplinari, che sono notoriamente difficili, perché richiedono l'interazione di metodologie e impostazioni diverse, sebbene esse siano certamente essenziali per produrre risultati attendibili e completi". ANTONIOLLI, L. "La letteratura in materia di misurazione del diritto. Breve itinerario ragionato". En: *Annuario di diritto comparato*, 2012, p. 480.

si quiere dar una respuesta adecuada a los retos actuales de la mano de la multidisciplinariedad⁵⁸⁷ y de la interdisciplinariedad⁵⁸⁸.

Finalmente, quizás el último argumento tenga un tinte excesivamente admonitorio, pero es necesario señalar que durante los dos últimos siglos ha habido verdaderas revoluciones en el campo de las ciencias puras, y hasta cierto punto también en el ámbito general de las ciencias sociales, mientras que la ciencia jurídica difícilmente puede ufanarse de un aporte que pueda ser descrito como un auténtico giro copernicano y, allí donde sí ha habido progreso, éste se ha debido usualmente a la presencia de otras disciplinas a las que juristas de mente abierta han acudido en busca de mejores respuestas⁵⁸⁹. El profesor Geoffrey Samuel lo expresa con palabras claras: “el derecho es, entonces, una disciplina segura porque se blinda contra cualquier tipo de nuevo paradigma epistemológico. Bartolus y Domat podrían reencarnar mañana y encontrarían que ha habido pocos cambios. ¿Podríamos afirmar lo mismo sobre Newton?⁵⁹⁰”

⁵⁸⁷ “However, a condition for success is the ongoing cooperation with other scholars through a continuous exchange of legal traditions and by adopting a multidisciplinary approach, free from the limits imposed by artificial boundaries”. CASINI, L., CASSESE, S. y NAPOLITANO, G. The new Italian public law scholarship. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, Vol. 9, No. 2, pp. 301-309, p. 309.

⁵⁸⁸ “Los problemas epistemológicos de la administración pública están relacionados principalmente con las zonas de relación temática que comparte con otras disciplinas sociales hermanas, así como con la índole de su evolución singular”. GUERRERO OROZCO, O. “Reflexiones sobre la ciencia de la administración pública”. En: *Convergencia. Revista de ciencias sociales*, Núm. Esp. IA, 2009, pp. 73-90.

⁵⁸⁹ Cfr. SAMUEL, G. “Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?”. En: *Journal of Law and Society*, 36(4), 2009, pp. 431-459.

⁵⁹⁰ [Traducción libre]. SAMUEL, G. “Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?”. En: *Journal of Law and Society*, 36(4), 2009, pp. 431-459.

CONCLUSIONES

Como se anunció en la introducción, este trabajo no pretendía formular un sistema nuevo de derecho administrativo que integrara totalmente la realidad global presente sino, por el contrario, presentar la intuición de dicho sistema y argumentar su urgente necesidad. Esa pretensión limitada se debe a la consciencia de que la construcción individual de un sistema representa hoy en día una empresa absurda y de que, aunque se quisiera acometer, no podría hacerse únicamente a través de un trabajo de investigación. En suma, la formulación urgente y necesaria de un nuevo sistema de derecho administrativo es un esfuerzo que debe abordarse de manera colectiva y a través de un *corpus* doctrinario amplio y heterogéneo.

Con todo, al término del recorrido es posible afirmar que el problema de investigación planteado en la introducción del trabajo efectivamente fue resuelto: sí, el derecho administrativo se ha transformado, se está transformando y se transformará todavía más en el futuro, a causa de la globalización. Asimismo, la hipótesis enunciada en la introducción fue demostrada: el derecho administrativo de hoy no es ni puede ser el de antes: su marco histórico y conceptual —el Estado— se ha transformado profundamente, y el derecho administrativo con él.

La coda del problema y de la hipótesis consiste en una identificación y descripción de las transformaciones puntuales del derecho administrativo: éste no es más el derecho del Estado, tiene serias dificultades teóricas para conferir legitimidad democrática a algunos de sus contenidos normativos, sus fuentes se han multiplicado de manera exponencial, tiende más hacia las relaciones de coordinación que hacia las de jerarquía, ya no disciplina únicamente a una administración orgánica y a un administrado, no es derecho público y requiere, cada vez más, de perspectivas que trasciendan su marco epistemológico.

Ahora bien, aunque esa sea la respuesta final al problema de investigación y el resultado final de la hipótesis, también conviene enunciar las conclusiones específicas que se derivan de la argumentación y que precisamente permitieron llegar a tal respuesta y a dicho resultado final. En primer lugar, es claro que el Estado, tal como hoy lo concebimos, no surgió *ex nihilo* sino que es el resultado de procesos históricos que pueden rastrearse por lo menos hasta el Renacimiento y que pasan por el absolutismo monárquico, el Iluminismo y las revoluciones liberales, los reajustes de evidente sensibilidad social de buena parte del siglo XX y su eventual repliegue general y enfoque particular hacia la actividad regulatoria. La historia del Estado puede entenderse entonces como la serie de lentas e imperceptibles pulsaciones del poder: su estructura y funciones se han contraído y expandido

alternativamente a lo largo de la historia, tal como las sístoles y las diástoles en el ciclo cardíaco.

La segunda conclusión es que, en el marco de la dilatada historia del Estado, estamos asistiendo a un momento evidente de sístole, es decir, de contracción. Los síntomas de esa realidad tienen que ver con el hecho de que no solo la estructura y las funciones sino incluso el papel y el protagonismo del Estado están retrocediendo y dando paso a otros sujetos, que son de diversas especies: existen nuevos actores, de naturaleza tanto transnacional como infranacional y que pertenecen tanto al universo del derecho público como al ámbito del derecho privado, en franca competencia con los Estados. Finalmente, existen nuevos problemas que ponen en entredicho la habilidad y suficiencia del modelo estatal clásico para formular respuestas y soluciones eficaces.

La tercera conclusión es que, efectivamente, el movimiento de contracción y repliegue del Estado al que hoy asistimos se debe en gran parte a la globalización. Sin embargo, contrario a lo que podría pensarse, ese fenómeno no es nuevo: la historia de la humanidad puede entenderse como un constante flujo de intercambios que han tendido siempre a lo global y al que el modelo occidental de Estado impuso un freno relativo durante algunos siglos, hasta ahora. Nuestro presente no es más que el despertar de un proceso que conocemos como globalización, que es tan antiguo como el ser humano y que nos obliga a adoptar una visión más amplia de nuestra historia y a cuestionar de manera muy seria los métodos de organización que dábamos por sentados.

La cuarta conclusión consiste en admitir que el derecho administrativo es un término que cobija distintas acepciones, entre las que existen vínculos muy estrechos. El derecho administrativo es, sin duda, una parte del ordenamiento jurídico positivo, pero es también la ciencia encargada de estudiarlo. Ambos elementos dialogan constantemente de manera deductiva e inductiva para construir lo que la doctrina alemana ha dado en llamar un sistema. Cualquier reflexión jurídico-administrativa que aspire a ser completa debe abarcar ambos aspectos: la realidad pragmática de lo que ocurre en el universo normativo y la realidad teórica de lo que ocurre en el universo dogmático. Ninguno de esos ámbitos tiene preeminencia respecto del otro: son dependientes entre sí y tienen el mismo grado de importancia. Existe un flujo y reflujo de los contenidos del derecho administrativo, que transitan entre las normas jurídicas y las construcciones conceptuales de la dogmática, y entre los ordenamientos y doctrinas nacionales y los ordenamientos y doctrinas transnacionales.

La cuarta conclusión del presente trabajo es que existen relaciones de carácter histórico y lógico entre el Estado nación y el derecho administrativo. Es importante resaltar que tales relaciones no son de coincidencia exacta, es decir, que quien dice Estado nación no necesariamente dice derecho administrativo y viceversa, pero que, en todo caso, sí existe una proximidad conceptual que no puede soslayarse y que basta para señalar que las transformaciones de uno necesariamente tienen algún efecto en el otro.

Como quinta conclusión puede afirmarse sin lugar a dudas que una de las manifestaciones de la globalización es la globalización jurídica, y que, a su turno, una de las facetas concretas de la globalización jurídica es la globalización del derecho administrativo. Ese proceso abarca dos órbitas o extensiones: la primera es relativamente reducida y consiste en la regionalización que se verifica en distintos puntos focales del planeta. Dentro de los ejemplos del fenómeno, la Unión Europea representa un hito importante, un referente y un modelo a seguir. La Comunidad Andina de Naciones y el Mercosur constituyen dos experiencias que parecen dirigirse hacia un nivel de integración similar al de la Unión Europea, pero que se enfrentan a obstáculos políticos connaturales al contexto regional en el que operan. La segunda órbita de acción del fenómeno es la globalización propiamente dicha y en estricto sentido, es decir, aquella que se extiende a todo el planeta y cuya caracterización resulta sin duda alguna más difícil y, quizás por lo mismo, menos desarrollada. Existen cuatro formas teóricas de aproximarse al fenómeno: la explicación que el modelo tradicional de derecho administrativo brinda, que no deja de concebir la realidad de manera binaria en términos de lo nacional y de lo transnacional, por lo que no logra integrar en un solo modelo las construcciones ortodoxas y la nueva realidad; el derecho administrativo internacional, que sigue empleando categorías clásicas y que se concentra aún en problemas de otro siglo, relativamente marginales e intrascendentes cuando se los compara con los grandes problemas transnacionales a los que nos enfrentamos como especie; el *global administrative law*, que muchas veces deja de lado el contexto en el que el derecho administrativo aún encuentra su mayor ámbito de aplicación, es decir, el nivel estatal, y para el cual la división entre lo público y lo privado sigue resultando vigente y crucial; y, finalmente, el globalismo jurídico administrativo, que no pasa de una aspiración utópica —o de un temor distópico— y que difícilmente puede considerarse como un auténtico modelo teórico para comprender la realidad presente.

La sexta conclusión es que la globalización del derecho administrativo constituye una realidad inobjetable en nuestros días, pero infortunadamente carece de una explicación sistemática y satisfactoria, ya que todos sus modelos de comprensión se debaten constantemente entre el oxímoron y la utopía. Es necesario integrar los aportes y reconfigurar el marco dogmático de la disciplina. Nuevamente, se insiste en que esta

investigación no pretendía —ni podría sensatamente pretender— una construcción teórica semejante. Se buscaba, por el contrario, identificar las transformaciones necesarias, casi a la manera de umbrales o de potenciales líneas de investigación, para que el derecho administrativo se adapte de manera más armónica a la realidad global.

Cada una de las transformaciones identificadas constituye en sí misma una conclusión de este trabajo: se concluye entonces que el derecho administrativo definitivamente debe liberarse del lugar común y dejar de ser caracterizado como el derecho del Estado; debe reconocer que algunos de sus contenidos están desprovistos de la legitimidad democrática que alguna vez sostuvo su estructura; debe admitir la profunda modificación y la multiplicación ingente de las fuentes normativas que lo integran; debe apartarse todavía más de la concepción jerárquica y autoritativa de las relaciones interadministrativas y de las relaciones con los particulares, y acercarse aun más a una noción cooperativa y colaborativa; debe abandonar por completo la concepción subjetiva binaria del universo jurídico-administrativo y comprender que en éste participan muchos sujetos de naturaleza heterogénea; debe superar la *summa divisio* entre derecho público y derecho privado y empezar a entenderse como un sistema mixto; y, finalmente, debe reconocer su insuficiencia epistemológica y la necesidad de entablar diálogos multi e interdisciplinarios con otras áreas del saber.

Esas son las siluetas del derecho administrativo globalizado. Esos son los contornos dentro de los cuales podría intentarse el diseño de una nueva estructura teórica, que conserve lo que puede y debe ser conservado pero que sea coherente con su contexto histórico. Esa coherencia depende, de acuerdo con la argumentación seguida, de la capacidad de la dogmática jurídico-administrativa para hacer que las transformaciones causadas por la globalización se conviertan en partes integrales del programa de derecho administrativo dictado en las facultades de derecho del mundo, tan importantes como las nociones de servicio público o de procedimiento administrativo, y dejen de ser meras curiosidades que habitan en el ámbito de la conjetura y la perplejidad. La globalización del derecho administrativo es una realidad inmanente y es urgente y necesario asimilar sus consecuencias de manera ordenada y crítica.

El filósofo y sociólogo Zygmunt Bauman afirma que históricamente hemos llegado a lo que él denomina modernidad líquida. En dicho estadio, ninguno de los elementos que constituyen nuestra realidad social puede mantenerse por un tiempo prolongado. De ahí el nombre, pues, como los líquidos, nuestras sociedades se caracterizan cada vez más por una situación de flujo constante, en la que todo tiende a disolverse y en la que resulta imposible

la construcción de edificios conceptuales estables⁵⁹¹. El derecho administrativo de nuestros días es, precisamente, un derecho administrativo líquido: no se tiene certeza acerca de los sujetos, las normas y las actividades que son relevantes para él, y no se sabe cómo relacionarlos de manera clara. Tal vez sea necesario propender por cierta solidificación del sistema, aun en contra de la fuerza sobrecogedora de la globalización y de la modernidad líquida.

Ahora bien, la construcción de un modelo de derecho administrativo como el propuesto, que logre integrar el macrocosmos transnacional con el microcosmos estatal, seguramente pasa por la confirmación de que es un criterio funcional, y no uno orgánico, el mecanismo analítico adecuado para acercarse a la fenomenología del derecho administrativo: evidentemente, si por administración pública se entiende una realidad subjetiva u orgánica es muy difícil concebir un derecho administrativo que sitúe su objeto más allá de las fronteras nacionales. Por el contrario, si por administración pública se entiende una función o un conjunto de actividades en las que simplemente concurren muchos sujetos, nacionales y transnacionales, públicos y privados, entonces es más plausible construir un modelo como el que aquí se sugiere, en el que finalmente el sujeto pase a un segundo plano para otorgar el protagonismo a la actividad, es decir, en el que se pase del quién al qué.

En efecto, si la única forma de poder que el derecho administrativo está dispuesto a reconocer y controlar es el del Estado, será incapaz de reconocer y controlar otras manifestaciones de poder que son tan importantes como aquél, o incluso más. Únicamente mediante una globalización crítica del derecho administrativo —concebido tanto como ordenamiento jurídico-positivo que como disciplina científica— seremos capaces de regular la globalización y los efectos que evidentemente tiene en nuestro presente y que sin lugar a dudas tendrá en el futuro. Únicamente mediante la ampliación del espectro seremos capaces de controlar a los nuevos sujetos, y para ello es necesario dejar de concentrar el análisis en ellos y redirigirlo hacia las actividades⁵⁹².

Por otro lado, un nuevo derecho administrativo no puede construirse sobre la base de una aceptación acrítica y derrotista de que el Estado nación está en crisis. En otras palabras, el hecho de que la globalización amenace con hacer del Estado una realidad obsoleta no quiere decir que, por fuerza, el derecho administrativo deba abandonarlo a su suerte y separarse definitivamente de él. De hecho, existen razones muy importantes para proponer

⁵⁹¹ BAUMAN, Z. *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 17.

⁵⁹² O hacia las relaciones, como astutamente lo sugiere el profesor Mariano Protto. Cfr. PROTTO, M., *Il rapporto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2008.

una defensa del Estado, y no solo desde la plataforma del derecho administrativo: finalmente, se trata de la última línea de defensa, del individuo contra los nuevos poderes que operan en el inasible firmamento transnacional y de las culturas jurídicas contra la convergencia impuesta.

El Estado constituye el único o, cuando menos, el más capacitado representante de los intereses de los individuos, y se revela en ese sentido como una suerte de nivel territorial intermedio en el nuevo orden global. Cabría entonces reivindicar y proteger la soberanía estatal, que según el profesor Ugo Mattei, tal como la propiedad privada, representa un pilar sobre el que construimos la modernidad. En esa medida, los aportes de los profesores Schmidt-Aßmann y Auby siguen demostrando su inmenso valor: para ambos, es claro que desechar al Estado como modelo organizativo constituiría un error exorbitante, porque precisamente se trata del único terreno abonado sobre el cual puede cultivarse una resistencia eficiente contra la arbitrariedad de los nuevos poderes⁵⁹³. Como la historia de la humanidad no está exenta de paradojas, todo parece indicar que el viejo leviatán, contra el que las revoluciones liberales nos blindaron a través del derecho, es hoy nuestro único guardián contra los nuevos monstruos bíblicos, aún por nombrar.

Finalmente, cabría hacer una última reflexión, casi a la manera de invitación o de anuncio de futuras investigaciones: en la construcción de un nuevo derecho administrativo no solo debe cuidarse con mucho recelo la construcción teórica y práctica del Estado, sino que debe

⁵⁹³ “Por lo demás, el trabajo del profesor E. SCHMIDT -ASSMANN se singulariza en cierta medida respecto de los trabajos de la NYU y, como veremos, de S. CASSESE y J. L. MEILÁN, en su apuesta por el protagonismo de lo estatal en este nuevo Derecho, tanto en lo normativo como en lo ejecutivo y judicial, ya que, considera, el Estado continúa siendo el único punto fiable de identificación ciudadana y de «responsabilidad de garantía general», sirviendo de este modo de contrapeso al fuerte fraccionamiento de los intereses políticos existente a nivel internacional (es el concepto de «estatalidad abierta a las normas internacionales»). Como veremos también, esta idea está en buena medida presente en el ponderado trabajo del profesor J.-B. AUBY. Por ello mismo, E. SCHMIDT –ASSMANN llama al desarrollo de instrumentos jurídicos que permitan la limitación a la capacidad de las organizaciones internacionales de concretar los tratados en normas derivadas; a la regulación legal de la actuación administrativa internacional; a elaborar principios procedimentales a partir de los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales, con su correspondiente proyección en principios de actuación administrativa (buena fe, audiencia, igualdad de trato, proporcionalidad...); a la garantía última, como consecuencia del principio democrático, de la vinculación suficiente de los ejecutivos nacionales que actúan en el contexto internacional a su ordenamiento jurídico propio y a los mecanismos legitimadores de su Constitución respectiva, y a un examen crítico desde la óptica de la representación de la legitimidad de la actuación de las organizaciones que actúan en la esfera global, que la compatibilice con la debida claridad de la responsabilidad, a través de su vinculación a las Administraciones nacionales”. GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326, pp. 308-309.

además emplearse una perspectiva informada por una lógica postcolonial⁵⁹⁴. En efecto, si algo puede observarse como denominador común o telón de fondo de las transformaciones actuales, particularmente de aquellas que atañen a la multiplicación de fuentes transnacionales del derecho administrativo, es que existe una tendencia hacia la convergencia y hacia la creación de un patrimonio axiológico común entre las culturas y los ordenamientos jurídicos.

Dicha tendencia podría entenderse de una manera cándida como la realización del sueño de armonía entre los pueblos, pero tiene una contracara más siniestra: la homogeneización cultural —jurídica y de toda especie— a la que finalmente está dirigida la globalización implica la pérdida de la diversidad y la riqueza de las manifestaciones del espíritu humano. Si dicha consecuencia no se considera de por sí nefasta, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la convergencia aludida no siempre opera de manera pacífica y voluntaria, y de que muchas veces es impuesta por parte de países poderosos sobre los llamados países del tercer mundo. La armonización puede entrañar el riesgo de la hegemonía cultural y jurídica: se trata del reflejo de una realidad global profundamente desigual, en la que ciertos países y culturas tienen la capacidad de imponer sus visiones de mundo y sus sistemas de valores sobre otro grupo de países, dotados escasa o precariamente de las herramientas necesarias para oponer una resistencia que les permita preservar su singularidad en el panorama planetario⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ ““Postcolonial studies” denotes a loosely defined inter-disciplinary field of perspectives, theories and methods that deal with the non-material dimensions of colonial rule and, at the same time, postulates the deconstruction of colonial discourses and thought patterns that continue to exert an influence up into the present. One of the reasons for the importance of this current for European history is that its adherents define colonialism as a cluster of reciprocal relationships that has shaped not only the colonised regions, but also the European metropole. In addition, the nuanced methodological and theoretical apparatus developed by “postcolonial studies” to describe and analyse asymmetrical power constellations and hierarchical modes of representation in colonial contexts can also be transferred to primarily internal European questions (for example, gender relationships or class conflicts)”. FISCHER-TINÉ, H. *Postcolonial Studies En: European History Online*. Mainz, 2010, pp. 1-11, p. 1.

⁵⁹⁵ “La aparición de “*principios comunes*”, en circulación de un espacio jurídico a otro, aseguraría así su coherencia: “las normas fijas son puertas, los principios directores son puentes que permiten unir varios territorios normativos, varias regulaciones establecidas a menudo según lógicas propias”. Garantes de una “interlegalidad horizontal” entre legislaciones que tienen cada una su especificidad y también de la “internormatividad” entre los espacios jurídicos, los principios comunes permiten una armonización flexible entre los distintos lugares de producción del derecho.

(...)

Si la difusión de estos principios deja entrever la perspectiva de una construcción de un “derecho común pluralista, construido por ajustes sucesivos” e incorporando “la diversidad jurídica mundial”, se puede constatar también la expresión de un fenómeno de hegemonía jurídica: la generalización continua de un fondo común de normas y principios no es sino la expresión de una interdependencia creciente entre los estados, ilustrada por una comunidad cada vez más grande de valores, lo cual es también el producto de mecanismos más difusos de imposición.

En conclusión, el nuevo derecho administrativo tendría que partir también de una descolonización de sus construcciones clásicas y pensarse como un derecho postcolonial. De nuevo, el papel del Estado en ese proyecto teórico y práctico sería central: paradójicamente, ese aparato organizativo de invención europea, que se propagó por todo el planeta y que contribuyó a la sujeción de culturas enteras a los paradigmas metropolitanos, se revelaría como el único albacea de las tradiciones propias de cada país y cada pueblo.

Esta hegemonía jurídica es reflejo, en primer lugar, de la desigualdad que preside las relaciones entre estados: las potencias que dominan la vida internacional disponen de recursos que les permiten imponer su sistema de valores, su modelo de organización política y también su concepción del derecho. Esta fuerza de atracción intrínseca se acompaña de presiones muy concretas con el fin de doblegar el contenido del derecho: la dependencia aumenta la vulnerabilidad frente a influencias exteriores y la permeabilidad del sistema jurídico. Los dispositivos de ayuda se combinan con un conjunto de requerimientos de carácter institucional y la exigencia de la transposición de las normas jurídicas dominantes: las instituciones financieras internacionales se convirtieron así en los agentes activos de propagación de un determinado modelo jurídico, en nombre de la exigencia de la *good governance*.

Más generalmente, la mundialización se traduce, en el terreno del derecho, en una influencia cada vez mayor del modelo jurídico anglosajón, y más precisamente estadounidense. Esta "americanización del derecho" se siente especialmente en el ámbito económico: cada vez más flexible, el *common law* se adaptaría mejor a la evolución de los intercambios económicos que los derechos de inspiración romano-germánica". CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011, pp. 233-235.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- AGAMBEN, G. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos, 2013.
- AUBY, J.B. *La globalización, el derecho y el Estado*. Sevilla: Global Law Press, 2012.
- BAENA CARRILLO, S. *La autonomía reforzada: una solución pragmática al colonialismo estructural en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- BIN, R. y PITRUZZELLA, G. *Diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2017.
- BORGES, J.L. *Obras completas*. Buenos Aires: Emecé, 1974.
- BUTLER, J., SPIVAK, G.C. *Who sings the nation-state? Language, politics, belonging*. Oxford: Seagull, 2007.
- CALAMIA, A.M. y VIGIAK, V. *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*. Milano: Giuffrè, 2015.
- CASSESE, S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi, 2009.
- CASSESE, S., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2010.
- CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011.
- DERRIDA, J. *Fuerza de ley: el «fundamento místico de la autoridad»*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- DELEUZE, G. y GUATTARI, F. *Mil mesetas*. Valencia: Pre-Textos, 2004.
- COTTA, M., DELLA PORTA, D., MORLINO, L. *Scienza politica*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- DE COULANGES, F. *La ciudad antigua: estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones de Grecia y Roma*. México D.F.: Porrúa, 2003.

- DE SIMONE, E. *Storia economica: Dalla rivoluzione industriale alla rivoluzione informatica*. Milano: FrancoAngeli, 2014.
- DE TOCQUEVILLE, A. *La democrazia in America*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1991.
- ESCOBAR, A. *Más allá del Tercer Mundo: Globalización y Diferencia*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Universidad del Cauca, 2005.
- FERRARESE, M.R. *Diritto sconfinato*. Bari: Laterza, 2006.
- FOTIADIS, P. *The strange power of maps* (thesis). Bristol: SPAIS University of Bristol, 2009.
- FOUCAULT, M. *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FOUCAULT, M. *El orden del discurso*, 6 edición, Tusquets, Barcelona, 2011.
- GALLI, C., GREBLO, E., LANZILLO, M.L., MEZZADRA, S., TARANTO, D. *Manuale di storia del pensiero politico*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- GARCÍA MAYNEZ, E. *Introducción al estudio del derecho*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2002.
- GENETTE, G. *Palimpsestos. La literatura en segundo grado*. Madrid: Taurus, 1989.
- GIANNINI, M.S. *Diritto amministrativo, Volume primo*. Milano: Giuffrè, 1993.
- GIOIA, A. *Manuale breve di diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 2006.
- HERNÁNDEZ BECERRA, A. *Las ideas políticas en la historia*. Bogotá: Universidad Externado, 1997.
- LILLO, P. *L'adattamento dell'ordinamento interno al "diritto pattizio". Contributo allo studio delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*. Milano: Giuffrè, 1992.

- MACHIAVELLI, N. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 2010.
- MANNORI, L. y SORDI, B. *Storia del diritto amministrativo*. Bari: Laterza, 2006.
- MARTINES, T. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2010.
- MIRAS, J., CANOSA, J. Y BAURA, E. *Compendio de derecho administrativo canónico*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 2001
- MONTAÑA, A. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2002.
- MONTAÑA, A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2011.
- JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1943.
- PADOA SCHIOPPA, A. *Storia del diritto in Europa: Dal medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- PERDOMO VILLAMIL, C. *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado, 2014.
- PROTTO, M., *Il rapporto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- RAWLS, J. *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Barcelona, Buenos Aires, México D.F.: Paidós, 2001.
- RESTREPO MEDINA, M.A., ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M., RINCÓN SALCEDO, J.G., RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.E. *Globalización del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.
- RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*. Bogotá: Universidad Externado, 2004.
- RINCÓN CÓRDOBA, J.I. *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Universidad Externado, 2009.

- ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.
- ROBLEDOSILVA, P. *La autonomía municipal en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.
- SCHMIDT-ABMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SEGATO, R.L. *La Nación y sus Otros: Raza, etnicidad y diversidad religiosa en tiempos de Políticas de la Identidad*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- SEN, A. *Globalizzazione e libertà*. Milano: Mondadori, 2003.
- SERJE, M. *El revés de la nación: territorios salvajes, fronteras y tierras de nadie*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005. Para un estudio con las mismas características pero desde el punto de vista jurídico.
- TARELLO, G. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- TODOROV, T. *La conquista de América: el problema del otro*. México D.F.: Siglo XXI Editores, 2010.
- VIOLA, P. *L'Ottocento: Storia moderna e contemporanea Vol. 3*. Torino: Einaudi, 2000.
- VIOLA, P. *Il Novecento: Storia moderna e contemporanea Vol. 4*. Torino: Einaudi, 2000.
- ZAGREBELSKY, G. *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi, 2018.
- ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V. y PALLANTE, F. *Lineamenti di Diritto costituzionale*. Milano: Le Monnier Università, 2015.

Capítulos de libros

- AGUDO GONZÁLEZ, J. Un nuevo paradigma para la Administración: el espacio administrativo europeo. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y

IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.) *Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman*. Bogotá: Universidad Externado, 2016.

- ALVIAR GARCÍA, H. What indexes leave behind: measuring law in Colombia. En: GRAZIADEI, M. (ed.) *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- BAENA CARRILLO, S. El derecho administrativo más allá de sus fronteras epistemológicas. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, 2019.
- BARNÉS, J. Presentación de la traducción. En SCHMIDT-ARSMANN, E. *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- BATTINI, S. The Impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.
- BECERRA RAMÍREZ, M., POVEDANO AMEZOLA, A. y TÉLLEZ CARVAJAL, E. La soberanía en la era de la globalización. En: MÜELLER UHLENBROCK, K.T. y BECERRA RAMÍREZ, M. (co.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- BEYER, P. Globalization and Glocalization. En BECKFORD, J.A. y DEMERATH III, N.J., (ed.) *The SAGE Handbook of the Sociology of Religion*. London: Sage, 2007.
- CARRIÓN RODRÍGUEZ, A.J. El derecho internacional a la hora de la globalización. En OLIET PALÁ, A. (coord.) *Globalización, Estado y Democracia*. Málaga: Universidad de Málaga, 2003.
- CASSAGNE, J.C. Globalization and its Impact on the Rule of Law. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.

- CAVALLO PERIN, R. L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016.
- CHITI, E. EU and Global Administrative Organizations. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.
- CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. Introduction: The Relationships Between Global Administrative Law and EU Administrative Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.
- DELPIAZZO, C.E. Global Administrative Law and Comparative Administrative Law in Latin America. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.
- DEN OTTER, S. 'A legislating empire': Victorian political theorists, codes of law, and empire. En BELL, D. (ed.) *Victorian Visions of Global Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- D'ANGELO, F. I modelli organizzativi e la coamministrazione. En CAVALLO PERIN, R., POLICE, A. y SAITTA, F. (ed.) *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*. Firenze: Firenze University Press, 2016.
- DE MELO LISBOA, A. Organizaciones no gubernamentales. En CATTANI, A.D. (org.) *La otra economía*. Buenos Aires: Altamira, 2004.
- DE QUADROS, F. Global Law, Plural Constitutionalism and Global Administrative Law. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.
- DELLA CANANEA, G. The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.

- FERNÁNDEZ LAMELA, P. El impacto de las redes transgubernamentales en la evolución del derecho administrativo internacional. En: KINGSBURY, B., STEWART. R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009.
- FERNÁNDEZ LAMELA, P. Globalización y derecho público. En LÓPEZ OLVERA, M.A. y CIENFUEGOS SALGADO, D. (ed.) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- FRANCONI, F. Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations. En BENEDEK, W., DE FEYTER, K. y MARRELLA, F. (ed.) *Economic Globalisation and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- GORDILLO, A. Hacia la unidad del orden jurídico mundial. En: KINGSBURY, B., STEWART. R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009.
- HERNÁNDEZ GREBE, A. El Mercado Común del Sur (Mercosur): ¿un proceso de integración o de cooperación regional? En ACOSTA ALVARADO, P.A. y DELPIANO LIRA, C. (eds.) *América Latina y el orden mundial contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado, 2017.
- KINGSBURY, B. y STEWART, R.B. Introduction: Perspectives on the Development of Global Administrative Law in Latin America. En: KINGSBURY, B., STEWART. R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009.
- LONGOBARDI, N. Presentazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016.
- LONGOBARDI, N. Il diritto amministrativo in trasformazione. En LONGOBARDI, N. (ed.) *Il diritto amministrativo in trasformazione*. Torino: Giappichelli, 2016.

- MARCHETTI, B. EU and Global Judicial Systems. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.
- MARÍN, C.E. El Derecho Administrativo entre la modernidad y la globalización. En: RESTREPO, M.A. (ed.) *Retos y perspectivas del derecho administrativo – Segunda parte*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- MARTÍN-FIORINO, V. Un enfoque ético de los problemas de la integración en América Latina. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- MEILÁN GIL, J.L. Global Administrative Law and Human Rights. En ROBALINO-ORELLANA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (ed.) *Global Administrative Law. Towards a Lex Administrativa*. London: CMP Publishing, 2010.
- MENDES, J. Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems. En CHITI, E. y MATTARELLA, B.G. (ed.) *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*. Berlin: Springer, 2011.
- PENNETTA, P. y TINO, E. Paradigmi economici e modelli giuridici di integrazione regionale in America Latina e nei Caraibi. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas*. Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- PIKALO, J. Economic Globalisation, Globalist Stories of the State, and Human Rights. En BENEDEK, W., DE FEYTER, K. y MARRELLA, F. (ed.) *Economic Globalisation and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- RAMÍREZ BULLA, G. Elementos del Estado: la población. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado, 2017.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. El derecho administrativo global: un derecho principal. En SANTOFIMIO GAMBOA, J.O., BARNÉS VÁZQUEZ, J. y IBAGÓN IBAGÓN, M.L., (ed.)

Perspectivas de una reforma: estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assman. Bogotá: Universidad Externado, 2016.

- ROBAYO GALVIS, W. Los actores privados internacionales: un gran desafío para la integración en América Latina. En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas.* Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- ROBAYO GALVIS, W. Elementos del Estado: el territorio. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I.* Bogotá: Universidad Externado, 2017.
- ROBERTSON, R. Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity. En FEATHERSTONE, M., LASH, S. y ROBERTSON, R. (ed.) *Global Modernities.* London: Sage, 1997.
- SANCHEZ BADIN, M.R. El proyecto derecho administrativo global: una reseña desde Brasil. En: KINGSBURY, B., STEWART, R.B. [et. al.]. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina.* Buenos Aires: Ediciones Rap, 2009.
- SANTAELLA QUINTERO, H. Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia. En RINCÓN CÓRDOBA, J.I. (ed.) *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Externado, 2019.
- TREMOLADA ÁLVAREZ, E. La integración regional en las constituciones andinas: ¿una tendencia garantista en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia? En TREMOLADA ÁLVAREZ, E. (ed.) *El derecho internacional y su influencia en las ciencias constitucional y económica modernas.* Bogotá: Universidad Externado, 2016.
- UPEGUI MEJÍA, J.C. Estado constitucional. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I.* Bogotá: Universidad Externado, 2017.
- VELA ORBEGOZO, B. ¿Estados modernos en América Latina? Algunos elementos teóricos para el análisis del orden político en los países de la región. En CORREA HENAO, M., OSUNA PATIÑO, N. y RAMÍREZ CLEVES, G. (ed.) *Lecciones de derecho constitucional, Tomo I.* Bogotá: Universidad Externado, 2017.

Artículos

- AGUILERA PORTALES, R. y ESPINO TAPIA, D.R. Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de derecho. En: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Madrid, 2006/2007, No. 10, pp. 111-139.
- ALBERTOS PUEBLA, J.M. El papel de las corporaciones transnacionales en el proceso de globalización: ¿nuevas oportunidades de desarrollo para regiones atrasadas? En: *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*. Madrid, 1997, No. 24, pp. 169-186.
- AMATO, G. Il costituzionalismo oltre i confini dello stato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 1-8.
- ANTONIOLLI, L. “La letteratura in materia di misurazione del diritto. Breve itinerario ragionato”. En: *Annuario di diritto comparato*, 2012, p. 480.
- BAENA CARRILLO, S. La autonomía de las entidades territoriales indígenas. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 99-133.
- BATISTA PEREIRA, E. y CORAL LUCERO, J.I. La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. En: *Criterio Jurídico*. Santiago de Cali: Sello Editorial Javeriano, Julio-diciembre del 2010, Vol. 10, No. 1, pp. 59-90.
- BONFIGLIO, S. Lo Stato sociale in trasformazione: un problema attuale. En: *Il politico*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, ottobre-dicembre 1993, Vol. 58, No. 4 (167), pp. 593-609.
- BRITO, M.R. El Derecho Administrativo frente a los procesos de integración. En: *Revista de derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, año IV (2005), n. 8, pp. 7-16.
- CAIRO CAROU, H. Territorialidad y fronteras del estado-nación: Las condiciones de la política en un mundo fragmentado. En: *Política y Sociedad*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001, No. 36, pp. 29-38.

- CASINI, L., CASSESE, S. y NAPOLITANO, G. The new Italian public law scholarship. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, Vol. 9, No. 2, pp. 301-309.
- CASSESE, S. Global Standards for National Administrative Procedure. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 109-126.
- CASSESE, S. New paths for administrative law: A manifesto. En: *International Journal of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, July 2012, vol. 10, n. 3, pp. 603-613.
- CASSESE, S. Lo stato come problema storico. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, No. 1, pp. 183-204.
- CASSESE, S. A proposito di «The Law of Global Governance» di Eyal Benvenisti. Diritto globale o «polity» globale? En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, n. 4, pp. 911-915.
- CATERINA, R. “El criptotipo, mudo e inactuado”. En: *Revista de derecho privado*, 32, 2017, pp. 99-108.
- CÉSPEDES BÁEZ, L.M., PEÑA HUERTAS, R.D.P., CABANA GONZÁLEZ, D.S., ZULETA RÍOS, S. Who Owns the Land? Litigants, Justices, Colonos, and Titleholders’ Struggle to Define the Origins of Private Property in Colombia. En: *Global Jurist*, 15(3), pp. 329-459.
- CHÁVEZ MARÍN, A.R. Las transformaciones del estado y del derecho administrativo en el marco de la integración y la globalización. En: *Revista IUSTA*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2004, vol. 2, n. 21, pp. 97-102.
- CHOI, B.C.K. y PAK, A.W.P. “Multidisciplinarity, interdisciplinarity and transdisciplinarity in health education and policy: 1. Definitions, objectives and evidence of effectiveness”. En: *Clin Invest Med*, 29(6), 2006, pp. 451-364.
- CORTÉS, É. Fluidez y certeza del derecho. ¿Hacia un sistema abierto de fuentes? En: *Derecho civil y romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, No. 1, pp. 553-579.

- COVILLA MARTÍNEZ, J.C. Identificación de la función administrativa internacional como criterio para definir la administración pública desde una perspectiva funcional. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2014, n. 12, pp. 169-190.
- DAMOC, A.I. "Multidisciplinarity in economics education and how it can shape economic thinking in the future". En: *Proceedings of the International Conference on Business Excellence*, 12(1), 2018, pp. 263-275.
- ESTY, D.C. Good Governance at the Supernational Scale: Globalizing Administrative Law. En: *Yale Law Journal*, 2006, n. 115, pp. 1490-1562.
- FIGUEREDO, E.V. La unión europea y el estado moderno. En: *Revista Memoria Política*. Carabobo: Universidad de Carabobo, 2008, No. 12, pp. 71-106.
- FISCHER-TINÉ, H. Postcolonial Studies. En: *European History Online*. Mainz, 2010, pp. 1-11
- FLÓREZ RUIZ, J.F. De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, Julio-diciembre del 2012, no. 29, pp. 107-144.
- FRANCA FILHO, M.T. Historia y razón del paradigma westfaliano. En: *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, enero-marzo del 2006, no. 131, pp. 87-111.
- GARCÍA SEGURA, C. *Westfalia, Wordfalia, Eastfalia*. El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional. En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid: Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, julio-diciembre 2017, Vol. 69/2, pp. 45-70.
- GIANNINI, M.S. Stato sociale: una nozione inutile. En: *Il politico*. Soveria Mannelli: Rubbettino Editore, giugno 1977, Vol. 42, No. 2, pp. 205-227.

- GÓMEZ, C.A. Influencia de los grupos de interés y asociación en las reformas y los sistemas de salud. En: *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. Bogotá, 2005, Vol. 4, No. 9, pp. 62-80.
- GOSCHIN, Z. y ZAMAN, G. “Multidisciplinaritate, interdisciplinaritate și transdisciplinaritate: abordări teoretice și implicații pentru strategia dezvoltării durabile postcriză”. En: *Economie teoretică și aplicată*, XVII, 2010, pp. 3-20.
- GUERRERO OROZCO, O. “Reflexiones sobre la ciencia de la administración pública”. En: *Convergencia. Revista de ciencias sociales*, Núm. Esp. IA, 2009, pp. 73-90.
- GUICHOT, E. Globalización jurídica y derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea. En: *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, enero-abril 2012, n. 187, pp. 305-326.
- KHONDKER, H.H. Glocalization as Globalization: Evolution of a Sociological Concept. En: *Bangladesh e-Journal of Sociology*. Bangladesh: Bangladesh Sociological Society, July 2004, Vol. 1, No. 2, pp. 12-20.
- KINGSBURY, B., KRISCH, N., STEWART, R.B. The Emergence of Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 15-61.
- LESAFFER, R. The Westphalia Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1649. En: *Grotiana*. Assen: Grotiana Foundation, 1997, Vol. 18, Issue 1, pp. 71-95.
- MACEY, J.R.. Regulatory Globalization as a Response to Regulatory Competition. En: *Emory L.J.* n. 52, 2003, p. 1353.
- MARÍN GONZÁLEZ, J. Breve historia del Estado-nación y de la política de integración en Europa y en América Latina. En: *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de derecho penal*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, pp. 341-356.
- MARKS, S. Naming Global Administrative Law. En: *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*. New York: New York University Press, 2006, vol. 37, pp. 995-1001.

- MCLEAN, J. Divergent Legal Conceptions of the State: Implications for Global Administrative Law. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 167-187.
- NICOLAIDIS, K. y SHAFFER, G. Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government. En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 263-317.
- ROUDOMETOF, V. Transnationalism, Cosmopolitanism and Glocalization. En: *Current Sociology*. Madrid: Sage, January 2005, Vol. 53, No. 1, pp. 113-135.
- SAMUEL, G. "Interdisciplinarity and the Authority Paradigm: Should Law Be Taken Seriously by Scientists and Social Scientists?". En: *Journal of Law and Society*, 36(4), 2009, pp. 431-459.
- SANTOS RODRÍGUEZ, J.E. El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, segundo semestre 2013, n. 10, pp. 21-44.
- SCHILL, S.W. Transnational Legal Approaches to Administrative Law: Conceptualizing Public Contracts in Globalization. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2014, No. 1, pp. 1-33.
- SCHMIDT-AßMANN, E. La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. En: *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, septiembre-diciembre 2006, n. 171, pp. 7-34.
- SCHMIDT-AßMANN, E. La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma. En: *Rivista Trimestrale Diritto Amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2015, fascicolo 2-3, pp. 255-290.
- SINGER, H.E. Developments and Trends in Social Security Legislation. En: *Bulletin of the History of Medicine*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, April 1943, Vol. 13, No. 4, pp. 365-388.

- SILVESTRI, G. Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato. En: *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2013, n. 4, pp. 905-919.
- STEMBER, M. "Advancing the social sciences through the interdisciplinary enterprise". En: *The Social Science Journal*, 28(1), 1991, pp. 1-14.
- STEWART, R.B. U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law? En: *Law and Contemporary Problems*. Durham: Duke University Press, Summer/Autumn 2005, vol. 68, n. 3 & 4, pp. 63-108.
- SUÑÉ, N. Principios de organización administrativa en la estructura institucional del MERCOSUR. En: *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado, primer semestre 2015, n. 13, pp. 211-233.
- TARDIF, E. Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo. En: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, Año XVI, pp. 307-322.
- TORTOLERO CERVANTES, F. Reseña de *Los nuevos desarrollos del Derecho Internacional Público y casos prácticos de Derecho Internacional* (LÓPEZ-BASSOLS, H.). En: *Foro Internacional*. México D.F.: El Colegio de México, enero-marzo 2009, Vol. 49, No. 1 (195), pp. 203-210.
- VELÁZQUEZ BECERRIL, C.A. y PÉREZ PÉREZ, G. Las transformaciones del Estado-nación en el contexto de la globalización. En: *Política y Cultura*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana, otoño 2010, No. 34, pp. 107-127.
- VICK, D.W. "Interdisciplinarity and the Discipline of Law". En: *Journal of Law and Society*, 31(2), 2004, pp. 163-193.
- VILLAR BORDA, L. Estado de derecho y Estado social de derecho. En: *Revista Derecho del Estado*. Bogotá: Universidad Externado, diciembre del 2007, no. 20, pp. 73-96.
- YOUNGBLOOD, D. "Interdisciplinary studies and the bridging disciplines: a matter of process". En: *Journal of Research Practice*, 3(2), article M18, 2007, pp. 1-8.

- ZOLO, D. A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A Realist Approach. En: *Ratio Iuris*. New Jersey: Blackwell Publishers, Diciembre 1999, Vol. 12 n. 4, pp. 429-444.
- ZOLO, D. The Political and Legal Dilemmas of Globalisation. En: *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*. New York: Berghahn Books, abril 2004, n. 103, pp. 28-42.