

# REVISTA



**DERECHO PUBLICO**

**Universidad de El Salvador**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales  
Departamento de Derecho Público**

**Enero de 2010. Año 2. No. 1**  
ISSB: 0709-20091421-2010

## CONSEJO EDITORIAL

### **Director:**

*Dr. Henry Alexander Mejía*

### **Equipo Colaborador:**

*Lic. José Luís Alberto Monge*

*Msc. Juan Carlos Castellón Murcia*

*Msc. Nelson Armando Vaquerano*

*Ing. René Mauricio Mejía*

## EDITORIAL

LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO, LA  
CODIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN Y EL ADN

*Lic. Juan Carlos Castellón Murcia*

## ARTICULOS ACADÉMICOS

- I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO  
GLOBAL: UN DERECHO PRINCIPIAL

*Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

- II. EL DERECHO DE HUELGA DE LOS  
EMPLEADOS PÚBLICOS Y MUNICIPALES,  
SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL Y  
EL DERECHO INTERNO DE EL SALVADOR

*Lic. José Luis Alberto Monge*

- III. LA ESTABILIDAD LABORAL EN LOS  
CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE  
SERVICIOS PERSONALES MÁS ALLA DE  
SU PLAZO DE VIGENCIA: A PROPÓSITO DE  
LOS CAMBIOS DE GOBIERNO

*Msc. Nelson Armando Vaquerano*

# Editorial

## La sociedad del conocimiento, la codificación de la información y el ADN

Cuando hablamos de la sociedad del conocimiento. En principio podremos decir que se trata de un "conjunto de transformaciones políticas, sociales, económicas, científicas y culturales que parecen estar cambiando la base material de nuestra sociedad". Inmediatamente después podemos percibir que uno de los fenómenos más importantes relacionado con estos cambios es la presencia cada vez más protagónica de los medios masivos de comunicación electrónicos, audiovisuales y digitales, a través de los cuales circula de manera incontrolable la información.

Se trata de un concepto que nos permite hablar de una transformación socio-tecnológica, puesto que todas las sociedades son "del conocimiento". Y en todas las sociedades históricamente conocidas, la información y el conocimiento han sido absolutamente decisivos: en el poder, en la riqueza, en la organización social, en la ciencia.

El filósofo español Manuel Castells dice que parece un poco confuso nombrarla sólo ahora como "la sociedad del conocimiento". ¿Venimos de realidades sociales del desconocimiento? Eso sería pretender que hemos llegado a la cima del conocimiento. Por ello, debemos tomar el concepto "sociedad del conocimiento" desde un punto de vista menos terminológico, como algo más general sobre lo que se conforma conceptualmente nuestra realidad.

Precisando un poco más, se trata de una sociedad en la que las condiciones del procesamiento de la información y la construcción de conocimiento han sido sustancialmente alteradas por transformaciones y procesos de cambio centrados en los diversos usos de las tecnologías de la información y la comunicación.

La tecnología no es determinante; la tecnología siempre se desarrolla en relación con contextos sociales, institucionales, económicos, culturales, educativos, etc. Pero lo distintivo de lo que está pasando en los últimos quince años es realmente una transformación semejante a la que constituyó la sociedad industrial.

Cuando decimos industrial, no nos referimos simplemente a la máquina de vapor, primero, y a la electricidad, después. Sino a las grandes transformaciones que tuvieron lugar en todos los procesos de la sociedad, de la política, de la guerra, de la economía, de la educación. Sin duda, en este período ocurrieron cambios en la capacidad de procesar y distribuir energía de forma ubicua en el conjunto de la actividad humana.

Entonces, al hablar de sociedad del conocimiento —en otros casos, sociedad de la información— nos estamos refiriendo a las transformaciones que tienen, entre otras, dos expresiones concretas y fundamentales: una es internet y la otra es la ingeniería genética.

Si bien internet no es una energía más, es realmente el equivalente a lo que fueron la máquina de vapor primero y luego el motor eléctrico en la sociedad industrial.

Algo parecido podemos decir de la capacidad de ingeniería genética, el secuenciamiento del ADN y la posibilidad de comprender y manipular la información contenida en los genes. En la sociedad del conocimiento ya somos capaces de esto, lo estamos haciendo, lo vamos a hacer cada vez más y, además, las dos expresiones: internet y el ADN (como plataforma de información biológica) pueden interactuar permitiendo que todos los procesos de la información, incluso los códigos de la materia viva, puedan ser programados, desprogramados y reprogramados de otras formas.

El investigador en biología Juan Enriquez –quien dirigió el "*Life Science Project*" de la *Harvard Business School* y lidera la compañía *Biotechonomy*- define al nuevo hombre como aquel que será capaz de definir el futuro de su especie y su propio futuro tomando el control de la evolución.

Para el experto estamos en el punto de "reinicio o reboot" en el cual la convergencia de la manipulación del ADN, la terapia génica, el empleo de células madre (stem cells), el cultivo de tejidos y los algoritmos informáticos nos permitirán dar grandes saltos en el conocimiento. Lo realmente interesante es abordar el ADN como la más grande plataforma de información existente sobre la vida, con infinidad de herramientas incluidas en su código, todas a nuestra disposición para producir, remixar, innovar y crear.

Hay cosas que hace 20 años parecían imposibles: una nueva agricultura sembrada de cereales transgénicos y ganaderos de vacas clonadas y modificadas genéticamente para producir medicamentos en su leche y sustituir, de paso, a factorías farmacéuticas. Hoy el lenguaje digital y el lenguaje del código genético son las claves para comprender la vida y planificarla. "Los analfabetos científicos serán los parias", afirmó enérgicamente Enriquez.

El Proyecto Internacional de Código de Barras de la Vida planea catalogar cinco millones de especímenes de 500.000 especies en los próximos cinco años. Unos 350 expertos de 50 países están reunidos en México para acordar un nuevo sistema de identificación de especies. Los científicos podrán identificar a especies de plantas y animales con un código de barras de ADN.

Se trata de un código de barras de ADN que dará a cada planta y animal del planeta una huella genética única. La tecnología -promovida por el Consorcio del Código de Barras de la Vida (CBOL) que reúne a diversas instituciones científicas- ya está siendo aplicada en varios campos, desde la investigación médica y agrícola hasta la conservación de especies en extinción y prevención de delitos como contrabando y comercio ilegal de especies.

**Master Juan Carlos Castellón Murcia**

# Artículos Académicos

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: UN DERECHO PRINCIPIAL

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. El derecho administrativo norteamericano y los principios del derecho administrativo global 3. El espacio jurídico-administrativo europeo y los principios del estado de derecho 4. Los principios generales y el derecho administrativo. 5. Los principios y el derecho administrativo global. 6. Reflexión conclusiva. 7 Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN.

La existencia del Derecho Administrativo Global es, a día de hoy, una realidad indudable. Sin embargo, la ausencia de un sistema de fuentes, de principios y, sobre todo, de un Ordenamiento jurídico-administrativo global es causa de que la gobernanza, o gobernabilidad, y sobre todo el modelo financiero y económico global haya campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo Global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional.

Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o de la llamada ayuda al desarrollo. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Departamento de Derecho Público Especial de la Universidad de la Coruña (España). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Uno nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado "El surgimiento del Derecho Administrativo Global", es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de Tratados Internacionales y Redes Intergubernamentales de Cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. En efecto, estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas. En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo no sometidas al tradicional control del Estado-nación o de los Entes subestatales. Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. Como señalan estos autores, pioneros ciertamente de esta relevante materia, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las que puede haber presencia empresarial, de ONGs, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del "*rule of law*" de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que "*aggiornarse*" a la nueva realidad. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, de deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva

Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo Global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán Gil, es ya un Derecho prudencial. Está aconteciendo "*mutatis mutandis*" lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos "*arrets*": ahora son los Tribunales y Cortes sectoriales de nivel trans gubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho.

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, o el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de "*cheks and balances*", encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal.

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico-administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de "*accountability*" o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía "*in fieri*", una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-pública se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan porque los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

Precisamente para esta tarea surge el Derecho Administrativo Global. Para que la nueva Administración Global que opera, aunque todavía de manera incipiente en el nuevo espacio jurídico-administrativo global, funde toda su actividad en el marco de unos

principios que no pueden ser otros que los del Estado de Derecho. Para eso surgió el Derecho Administrativo como sistema recuerda Giannini, como un instrumento de civilidad que asegure que el Derecho está por encima del poder o, por mejor, decir, para racionalizar, para humanizar el ejercicio del poder público.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de Derecho Administrativo Global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de actos administrativos y de normas de la Administración Global estén inspiradas por el primado de estos principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas y el equilibrio y separación entre los poderes. Si sólo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionalista del Derecho Administrativo Global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el Derecho Administrativo no es más que la garantía, necesaria para que los agentes trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio. La cuestión se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo Global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El Derecho Administrativo Global, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva Administración Global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas.

El problema de la legitimidad de la acción administrativa global no debe ser contemplado únicamente desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia. Más bien, la legitimidad ha de venir amparada por sistemas democráticos de producción de actos y normas en los que brille con luz propia el pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Entre los órganos que componen la realidad administrativa global se encuentran según estos profesores anglosajones: los órganos administrativos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales, estructuras de coordinación, órganos regulatorios nacionales que



operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, así como algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de relevancia pública en sectores concretos. Esta nueva estructuración de la Administración global viene a confirmar la versión objetiva o material del Derecho Administrativo en la medida en que la perspectiva subjetiva queda rebasada por la realidad. Ahora lo determinante va a ser la función de esta nueva Administración global en la que tiene un lugar propio los esquemas organizativos públicos-privados y las organizaciones privadas que realicen tareas de trascendencia pública, de interés general, en determinados sectores.

La clave del Derecho Administrativo Global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que ahora va a poder proceder no sólo 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 como atinadamente señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, 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.

No obstante, la actividad administrativa que va a estudiar el Derecho Administrativo Global se refiere, en el plano supranacional, a estándares derivados de la cláusula del Estado de Derecho de aplicación a las regulaciones administrativas derivadas de Tratados Internacionales, a las regulaciones “informales” adoptadas al aplicar y ejecutar, o controlar, dicen Kingsbury, Krisch y Stewart, regímenes normativos internacionales, así como a la denominada función administrativa de naturaleza “jurisdiccional” distinta de la conclusión de Tratados o de la resolución judicial entre sujetos del Derecho Internacional.

El Derecho Administrativo Global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se ha ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores citados dicen que este espacio administrativo global es de orden polifacético porque en él actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONGs o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insisto, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del Derecho Administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o sub

estatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional. En el ámbito ambiental, uno de los más representativos, sin duda, del Derecho Administrativo Global, se puede decir que a día de hoy existe una normativa administrativa global confeccionada en muchos casos por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones mundiales sobre materias como el comercio de emisiones o el desarrollo limpio derivado del Protocolo de Kioto.

El espacio administrativo global es un espacio jurídico. Es importante esta precisión porque la afirmación de un espacio administrativo global sin la caracterización jurídica podría llevarnos de la mano a la perspectiva tecno estructural en cuya virtud se intenta, tantas veces, contemplar la realidad sin más límites que los de la eficacia o la eficiencia. Algo que en este tiempo, como en el pasado, constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Administrativo: o se convierte de verdad en el Derecho del Poder para la libertad, o, sencillamente, termina por ser la "*longa manus*" del poder, la justificación técnica del poder sin más. Por otra parte, el Derecho Administrativo Global encuentra también espacio propio, en coexistencia con el Derecho Internacional Público, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en la base de la acción que se realiza a nivel global en el trabajo del Consejo de Seguridad de la ONU y en la comitología de la propia organización de Naciones Unidas, así como en la regulación de la energía llevada a cabo por la Agencia Internacional de Energía Nuclear (AIEA) o en los mecanismos de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas.

La realidad de la acción pública a nivel supranacional e intergubernamental nos ofrece un panorama bien amplio y variado de modalidades de acción pública institucional que trae su causa de regulaciones globales procedentes de la Administración Global. Una Administración que es polifacética, poliédrica, plural, en la que la proyección del pensamiento abierto y compatible permite que la acción administrativa en sentido amplio deje de ser un coto reservado de las estructuras tradicionales de naturaleza administrativa.

Podrá decirse, con razón, que este enfoque no es nuevo. Y es cierto. Como es sabido, en el siglo XIX, a finales, surgió una perspectiva internacional del derecho Administrativo llamada Derecho Administrativo Internacional que, lejos de sustituir al Derecho Internacional Público, trató de explicar la acción de la llamada Administración Internacional como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales o "uniones internacionales", que según Kingsbury, Krisch y Stewart, trataban temas como los servicios postales, la navegación o las telecomunicaciones y que disponían, en ocasiones, de relevantes poderes regulatorios que incluso no precisaban de ratificación estatal para desplegar eficacia jurídica. En el marco de estas "uniones internacionales" se producía una suerte de cooperación interestatal o intergubernamental que justificó el nacimiento de una verdadera Administración internacional que incluyó tanto instituciones estrictamente internacionales como sujetos jurídicos internos dotados de capacidad jurídica en la dimensión transfronteriza. Estas ideas, y sobre todo, el análisis

administrativo de las relaciones internacionales, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, desaparecen tras la Segunda Guerra Mundial y, de alguna manera, reaparecen a día de hoy en forma de Derecho Administrativo Global.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo Global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

Los actos y normas emanados por las cinco formas de Administración Global hasta ahora conocidas deben realizarse en el marco de los principios del Estado de Derecho que preside el entero sistema del Derecho Administrativo en todo el mundo. Es decir, los actos y normas procedentes de los organismos internacionales formales (Consejo de Seguridad de la ONU y comités derivados Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, Organización Mundial de la salud, Banco Mundial o Grupo de Acción Financiera Internacional) de las redes transnacionales de cooperación entre funcionarios de órganos de regulación nacional (Comité de Basilea), de órganos regulatorios nacionales bajo Tratados, redes u otros regímenes cooperativos (Administración dispersa como la OMC), de órganos híbridos público-privados (Comisión del Codex Alimentarius, ICANN), o de instituciones privadas de naturaleza regulatoria (ISO, , deben estar producidos en el marco del Estado de Derecho. Ello quiere decir, entre otras cosas, que el dilema entre eficacia y legalidad, tantas veces presente en la gestión pública, debe resolverse siempre, y en todo caso, en el marco de los principios del Estado de Derecho.

La acción administrativa global, desplegada en el espacio jurídico-administrativo global, afecta cada vez a más ciudadanos. Sólo en el espacio jurídico europeo se calcula que las decisiones de la Unión Europea afectan directamente al 70% de empresas y ciudadanos. Por eso es cada vez más importante explicar el Derecho Administrativo en la dimensión nacional, internacional y global. Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al Derecho Administrativo Estatal como al Derecho Administrativo Global. El Derecho Administrativo Estatal y el Derecho Administrativo Global, que han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen el Ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de “*accountability*”, también deben existir en el nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global. En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de “*accountability*”, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al Derecho Administrativo,

que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho.

## **2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

Ciertamente, los estudios que han provocado el debate y el estudio sobre la incidencia de la globalización en el Derecho Administrativo han partido del área anglosajona. El Instituto de Derecho Internacional y Justicia en colaboración con el Centro de Derecho Ambiental Urbanístico, ambos de la Facultad de Derecho de la New York University vienen trabajando desde hace algún tiempo en un proyecto de investigación denominado la emergencia o el surgimiento del Derecho Administrativo Global bajo la dirección de los profesores Stewart y Kingsbury. Entre nosotros, ha sido Manuel Ballbé quien mejor ha entendido la incidencia de este fenómeno en el Derecho Administrativo y quien ha tenido el acierto de explicar el antecedente norteamericano para comprender hasta que punto el Derecho Administrativo Global parte de una concreta experiencia histórica de gobierno centrada en el siglo pasado en los EEUU como consecuencia del modelo del Estado regulador, hoy incorporado a muchos países de cultura jurídica continental, y de las relaciones producidas en USA entre el Estado central y los cincuenta Estados de la Unión.

El trabajo de Manuel Ballbé referido se titula “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización” y está publicado en el número 174 de la española Revista de Administración Pública en diciembre de 2007. La rúbrica de la investigación es bien provocativa porque, en efecto, así como tenemos en el mundo, por lo que se refiere al Derecho Administrativo, la influencia del sistema del “*rule of law*” inglés y la incidencia del modelo del “*droit administratif*” francés, en el origen del Derecho Administrativo Global también vamos a toparnos con dos aproximaciones bien distintas según que nos situemos en el área anglosajona o en el espacio europeo. No quiere, decir, como veremos, que nos hallemos ante dos esquemas diametralmente opuestos. Más bien, lo que ambas maneras de acercarse al Derecho Administrativo Global nos enseñan es que es posible encontrar una síntesis, una integración de lo mejor de ambas tradiciones jurídicas. En Europa, por ejemplo, la crisis del pluralismo y de la participación real puede resolverse con algunas experiencias norteamericanas y, a la vez, los problemas de la seguridad o de la mercantilización institucional estadounidense pueden atemperarse o encauzarse teniendo en cuenta lo que acontece en el viejo continente en esta materia.

Es un tópico afirmar que la globalización es un fenómeno de orden económico que se ha ido instalando, progresivamente, en otras dimensiones de la realidad, como puede ser el Derecho. Sin embargo, en opinión de Ballbé, la globalización trae causa de la extrapolación del modelo administrativo y regulador de los Estados Unidos de América a todo el mundo y de la proyección, también a nivel planetario, de ciertas reclamaciones de orden social protagonizadas por determinados grupos –mujeres y personas de color fundamentalmente- o consistentes en comprender la realidad también bajo nuevos puntos de vista entre los que se cuentan, por ejemplo, la dimensión medioambiental, la seguridad

alimentaria o la protección real de las minorías. En estos casos, el triunfo de una visión jurídico-administrativa en la que la participación es algo más que una directriz general o un discurso nominal o retórico trajo consigo un intento serio y coherente por que en el marco del procedimiento administrativo la presencia de los grupos afectados por la resolución a elaborar cobrase una relevancia real. Por tanto, según la tesis de Ballbé, la globalización que se cierne hoy sobre el Derecho Administrativo en general tiene un componente de regulación de las actividades económicas de interés general y un elemento de naturaleza social producido por la movilización de los enfoques comunitarios. Si se quiere, neoliberalismo más iniciativas sociales es el resultado de la acción del Derecho Administrativo Estadounidense de buena parte del siglo pasado.

Esta interesante interacción entre el mercado y las reclamaciones sociales comunitarias debe situarse en el contexto federal del modelo político norteamericano. En efecto, el esquema de cooperación y colaboración que ha de presidir las relaciones entre el Estado y los estados federales ha contribuido en gran medida al desarrollo de diversas técnicas que desde la perspectiva de la saludable competición insita en estos modelos han permitido alumbrar técnicas jurídicas que después servirán para resolver problemas en sistemas supranacionales como puede ser el de la Unión Europea, por ejemplo.

La perspectiva relacional, el mercado y los asuntos sociales han estado presentes, y lo siguen estando, en el germen de la globalización que trae consigo la versión estadounidense del Derecho. Se trata, pues, de una proyección de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre la realidad del tiempo presente. Mercado y justicia social deben ser conceptos que han de comprenderse de manera integradora, desde enfoques de complementariedad o compatibilidad. La interacción libertad-solidaridad, por otro lado, se extiende al marco de lo que ahora se llama las relaciones intergubernamentales.

En la evolución del Derecho Administrativo Estadounidense es menester caer en la cuenta de la relevancia que tiene el principio del pluralismo. La capacidad exitosa de modificar las normas de los grupos y colectividades, además de constituir una expresión cabal de la vitalidad de la sociedad civil norteamericana, representa la necesidad de encontrar espacios de equilibrio en el seno de la deliberación pública, en el marco de la acción de los poderes públicos que se realiza a través de los concretos procedimientos administrativos. En España, como ha recordado Ballbé, en la elaboración de la ley de los años cincuenta del siglo pasado se tuvieron presentes ideas y aproximaciones acerca del principio de participación de la ley norteamericana de los años cuarenta. Claro está, la ausencia de libertades entre nosotros entonces no permitió el desarrollo que cabría esperar de tal principio. Hoy, en un año en el que se cumple el treinta cumpleaños de la Constitución española de 1978, el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna dispone que los poderes públicos, además de promover las condiciones necesarias para el ejercicio de la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, manda también que dichos poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan su cumplimiento o realización efectiva.

La participación, en efecto, es un principio que cuando opera realmente, cuando no es una ilusión o una promesa teórica, sino que se practica en el seno de la sociedad sin el control o la manipulación de las estructuras partidarias, entonces es posible que emerjan las iniciativas sociales genuinas de las diferentes colectividades y éstas se incorporen al corazón del interés general, ya sea a nivel procedimental administrativo, judicial o legislativo. La influencia del Derecho Público Norteamericano en la actividad de regulación económica europea es hoy bien patente. El modelo de agencias “made in USA” se ha importado entre nosotros y en los sectores de la energía, las telecomunicaciones o de los valores, por ejemplo, nos encontramos con que disponemos de un conjunto de entes reguladores de inspiración yanqui que se superponen a las competencias tradicionales de los ministerios del Derecho Administrativo Continental. Mientras que en los EEUU la Administración pública nace en forma de agencias y, son, por ello, entes colegiados, en España y en los principales países de inspiración napoleónica, junto a la clásica estructura ministerial centralizada con órganos de dirección unipersonales, aparecen ahora, en muchos casos con una sospechosa coincidencia competencial, los nuevos entes reguladores. En Norteamérica desde el principio se buscó la designación de personas de prestigio indiscutido alejadas de la política partidaria, en España, por ejemplo, asistimos al control de estos órganos reguladores por los partidos por muy parlamentaria que sea su designación.

En parte, algunos de los problemas más importantes que hoy tienen planteados estos entes reguladores en España traen causa precisamente de la superposición de dos esquemas jurídico-públicos diferentes. En términos similares, el Derecho Comunitario Europeo ha tenido que buscar soluciones a la espinosa cuestión de la progresiva sustitución de los servicios públicos económicos por los denominados servicios de interés general económico. ¿Cómo conjugar el sistema de las “*publics utilities*” anglosajones con el servicio público francés?. El Derecho Comunitario Europeo, en un adecuado ejercicio de pensamiento plural y complementario, ha encontrado algunas soluciones creativas que acogen lo mejor de ambas tradiciones jurídicas al servicio del principio de la centralidad del usuario. El usuario puede elegir en estos ámbitos y el Estado no se desentiende de su tarea de protección de interés a través de las llamadas obligaciones de servicio público.

El fundamento de la existencia de las agencias norteamericanas reside, como ha puesto de relieve Ballbé, de la funcionalidad del nuevo Estado administrativo y regulador estadounidense que parte del principio de fragmentación y equilibrio del poder económico, manifestación del principio constitucional federal del equilibrio entre poderes y contrapoderes –checks and balances- en el ámbito de la economía. En el fondo, la idea de una configuración plural del interés general, cercana a la aproximación norteamericana al derecho Administrativo, latió con fuerza desde el nacimiento del modelo de Estado administrativo y regulador de la época del presidente Wilson.

En realidad, el tránsito del Estado liberal norteamericano, prácticamente sin estructuras administrativas, al Estado administrativo y regulador supone, como señala Ballbé, una de las causas que están en la médula de la globalización del Derecho Administrativo actual. En el mandato del presidente Wilson, como es sabido, se produce en los Estados Unidos de América un fenómeno de intervencionismo administrativo y de

regulación pública de la vida económica que hoy, en efecto, está muy presente en los derroteros que ha tomado la globalización proyectada sobre el entero sistema mundial del Derecho Administrativo.

Mientras que en Europa el Estado está en el centro del sistema político, en los EEUU, la centralidad está en el individuo y en la sociedad, lo que se manifiesta en el protagonismo ciudadano en la conformación de los distintos poderes del Estado. La ciudadanía está muy presente en la composición de la policía, de la justicia y del poder ejecutivo y legislativo. Incluso en materia de seguridad, se produjo en el pasado una peligrosa privatización que no era más que la consecuencia de la importancia de la seguridad privada en el origen de la policía en Norteamérica y que a día de hoy todavía pervive en alguna medida. En realidad, en la configuración del Estado yanqui encontramos, sobre todo al principio, una sorprendente ausencia de Administración motivada por el protagonismo del individuo y su natural capacidad para organizarse y atender lo común. El paso del tiempo, sin embargo, aconsejó la presencia del aparato público para la mejor satisfacción de los intereses de la comunidad, puesto que la ciudadanía, por sí y ante sí, no podía atender con objetividad esta magna tarea. Como nos cuenta Ballbé, a finales del siglo XIX se produjo la crisis del llamado Estado-Comunidad a causa de la corrupción y el clientelismo ocasionada por la ausencia de instancias autónomas o independientes de servicio objetivo a los asuntos generales de la población. Comienza, así, la construcción de la Administración pública, tarea que culminará con la instauración a mediados del siglo XX del Estado administrativo y regulador estadounidense.

Como es sabido, será el Presidente Wilson el principal impulsor de esta tarea para la que se precisaban funcionarios con alta especialización, profesionales e imparciales. En este contexto aparecen las famosas agencias administrativas, independientes desde su inicio y con una pretensión de racionalidad técnica en la selección de sus integrantes. La autonomía de estos entes colegiados estaba asegurada por la capacidad técnica de sus integrantes, que no debía sus puestos a la tecnocracia de los partidos. Como nos enseña la historia de estas agencias, por ejemplo la Comisión reguladora del ferrocarril en el Estado de Massachussets de 1869, que parece que fue el primer antecedente, se tuvo muy claro que política y administración tenían que ser dos actividades independientes de verdad. La política establecería, las legislaturas de los Estados, los principios generales de la ordenación de los sectores de interés general y, las agencias, se encargaría, con autonomía y medios suficientes, de la ejecución y control –materias técnicas- de esa política general de naturaleza política.

Como señala Ballbé, la regulación no se redujo a la producción de normas, a la actividad regulatoria. Se proyecta, pues, a la actividades de ordenación y también de control sobre un concreto sector económico. La Comisión podía convocar en audiencia tanto a autoridades públicas como a agentes privados en caso de sospechas de escándalos. Podían elaborar informes y formular recomendaciones así como velar por la transparencia y la objetividad en el funcionamiento de los concretos sectores económicos de su competencia.

Estas notas de los Entes reguladores en EEUU son muy importantes y tienen mucho que ver con los principios del Derecho Administrativo Global porque son una aplicación concreta de uno de los principios básicos del Estado de Derecho como es la separación de poderes. Política y Administración, aunque estén en la rama del poder ejecutivo y aunque la cabeza de la Administración pública sea el poder ejecutivo, no son lo mismo. Cuando se identifican o confunden, o, peor, cuando la Administración está secuestrada por el poder ejecutivo, entonces por muchas agencias y entes reguladores de que se disponga, el funcionamiento y la ordenación de la actividad económica estará controlada, de una u otra manera, por el poder del partido hegemónico. El caso español, al menos por ahora, es paradigmático puesto que el gobierno de turno controla todos los órganos o entes reguladores sin excepción, incluso la comisión de defensa de la competencia. Sin embargo, aunque tenían poder normativo y de policía, la Comisión de Massachussets no dispuso de potestad sancionadora porque se pensó que a esta agencia no correspondía la función de castigar a los presuntos incumplidores.

Con el Presidente Wilson, tal y como afirma Ballbé, se produce el gran salto al Estado administrativo y regulador y se siembra la semilla de la globalización jurídica y administrativa. Esta globalización va a asentarse en la experiencia del federalismo norteamericano, por un lado, y, por otro, en la conformación de los Entes reguladores, en las Agencias reguladoras, hoy prácticamente instaladas en casi todos los países de cultura jurídica occidental. Durante el mandato de Wilson, pues, se anuncia el gran objetivo: la regulación de la actividad socioeconómica a través del Derecho. En la medida en que esas actividades son de evidente afectación al interés general, en esa medida se convoca al Derecho Administrativo a realizar esa gran tarea tan difícil y tan complicada como es la de mantener el mundo de la Economía y de la Política, a veces peligrosamente aliados, en el marco del Derecho. Como recuerda Ballbé los grandes proyectos de Wilson traen causa de la Constitución. El marco constitucional se erige, por tanto, en el contexto en el que se plantean los criterios y vectores que han de impulsar los cambios hacia un Estado que sirve objetivamente al interés general. La propuesta de una Liga de naciones es una réplica, señala Ballbé, de la estructura de las ramas diseñada por la Constitución norteamericana.

La *Clayton Act* de 1914 expresa esa idea de la fragmentación del poder tan yanqui y de tanto interés para aquellos Estados-nación en los que el Estado de partidos se ha adueñado, de una u otra manera, de todos los poderes. En 1913 se crea la Reserva Federal con el fin de ordenar la actividad de *Wall Street* desde una perspectiva reguladora. La enmienda número 16 a la Constitución trae consigo la potestad tributaria atribuida al Congreso y, con ella, la creación del organismo encargado de tal tarea: la Agencia tributaria, que como dice Ballbé, supuso la columna vertebral del Estado intervencionista y social moderno.

La segunda gran oleada en la construcción del Estado administrativo norteamericano se produce, como señala Ballbé, con la depresión de 1929 y la llegada a la presidencia de Roosevelt y su programa conocido como *New Deal*. En este período dos profesores de Derecho Administrativo de *Harvard*, *Landis* y *Frankfurter* fueron importantes asesores del presidente. Hasta tal punto que diseñaron la legislación en materia de



mercado de valores y el propio *Landis* fue nombrado presidente de la *Securities Exchange Commission*, la todopoderosa SEC en 1934. En este marco, como relata Ballbé, el Derecho Administrativo adquiere un protagonismo y una relevancia desconocida hasta entonces: se estableció un modelo regulador en el que las empresas debían crear en su seno un departamento de riesgos financieros, informar sobre sus cuentas, someterse periódicamente a auditorías financieras, contables, así como a determinadas actuaciones de certificación y acreditación. Todo un cambio en relación con un sistema de mercado en el que se pensaba que éste solucionaría todos los problemas. Hoy, en pleno Derecho Administrativo Global, hemos conocido, también en EEUU algunos escándalos financieros, Enron entre ellos, que demuestran que es posible falsificar la información y mantener una apariencia acerca de la situación financiera. Por eso, es fundamental en el Derecho Administrativo Global, consecuencia de la existencia de razonables y equilibradas funciones de control y regulación, que se pueda verificar y comprobar sobre la realidad los datos que suministran las empresas al Ente regulador del mercado de valores.

Esta nueva regulación trajo consigo el modelo de autorregulación regulada que se halla, como señala Ballbé, en la base del moderno Derecho Administrativo, de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad las empresas en otros campos, como puede ser el de la previsión de riesgos laborales, ambientales, como es la tarea de las auditorías y la evaluación de la calidad.

La obligación de las empresas de suministrar determinada información periódicamente a la SEC ayudó sobremanera a la afirmación de otro de los principios centrales del Derecho Administrativo Global, hoy sin discusión: la transparencia y el correlativo derecho de la ciudadanía a conocer, al acceso a la información. Las evaluaciones externas vienen a continuación, lógicamente. Este modelo de regulación era la coherente consecuencia de una manera de concebir el poder: el poder es de los ciudadanos y son éstos quienes deben tener derecho a conocer, a ser informados, a acceder a la información. La razón es obvia aunque no por ello muy practicada en la cotidianeidad: si el poder es del pueblo y los políticos y funcionarios no son más, ni menos, que administradores provisionales y temporales del poder, deben responder, rendir cuentas periódicamente ante la ciudadanía del ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas en su día por la ciudadanía. He aquí, pues, la esencia del llamado regulador: la regulación, el Derecho, se convierte en presupuesto de eficacia y eficiencia al servicio objetivo del pueblo.

El modelo SEC se exportó a un sinnúmero de países que se apuntaron al nuevo modelo de la regulación. El Derecho Administrativo Global, insisto, tiene mucho que ver con la instauración en EEUU del esquema de las Agencias independientes y con el sistema de relaciones entre los Estados dentro del federalismo norteamericano. Otra cosa, sin embargo, es que en la concreta instauración del modelo de los Entes reguladores las características de la autonomía e independencia se hayan perdido por el camino, sirviendo, más bien, para consolidar el perverso sistema de Estado de partidos que hoy domina el espacio público de no pocos países de la vieja, y enferma, Europa.

La existencia de estas instituciones en los principales sectores económicos, como puede ser la energía o las telecomunicaciones, pone de manifiesto hasta que punto, si la regulación es apropiada y se deja en manos de personas competentes, técnicamente indiscutidas, las cosas salen razonablemente bien. Por eso, la regulación no va en contra del mercado. Más bien, si es independiente, lo mejora, lo perfecciona. Junto al principio de limitación del poder, en 1946 nos encontramos con el principio de participación pluralista en la ley de procedimiento administrativo. Fragmentación y limitación del poder junto a la participación plural, son dos de las principales aportaciones del Derecho Administrativo Norteamericano a la globalización del Derecho Administrativo. Mientras que en Europa nos hemos centrado en el principio de legalidad, en Estados Unidos la centralidad de los ciudadanos en el sistema ha traído consigo una revalorización que hoy es fundamental de la limitación del poder y de la participación ciudadano en la conformación y configuración de la formación de la voluntad de los órganos administrativos.

La ley de procedimiento de 1946, todavía vigente, es el código del procedimiento administrativo norteamericano. Se puede decir que esta Ley es la encarnación del principio de participación en el seno del procedimiento administrativo. Para entender el sentido del principio de participación hay que tener en cuenta que tal criterio es contemplado por los norteamericanos como la proyección del sistema constitucional pluralista sobre el Derecho Administrativo. Es, pues, una de las bases constitucionales del Derecho Administrativo Norteamericano. Además, hay que encajar el principio de la participación en el sistema del equilibrio de los poderes, "*cheks and balances*", sistema que se articula sobre tres pilares tal y como nos recuerda el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

En Estados Unidos la idea de equilibrio de poderes y grupos es connatural a un sistema político que está concebido desde su origen para evitar que se produzcan supuestos de concentración del poder. En Europa, sin embargo, por la centralidad que tuvo desde el inicio la unilateralidad del acto administrativo y por las dificultades que entrañó, también desde su comienzo, el control judicial del poder ejecutivo, el equilibrio de poderes es más complejo de conseguir. Si a ello añadimos que en Europa la tendencia al Estado de partidos ha sido imparable en muchos de los países del continente, entonces nos encontramos con que este esquema de equilibrio debe ser un principio básico del Derecho Administrativo Global.

Obviamente, la pluralidad en el entendimiento del interés general ha de brillar con más intensidad en el Derecho Administrativo Europeo, montado sobre el mito del acto administrativo y sobre el concepto de prerrogativa o privilegio de que goza la Administración pública para el cumplimiento de sus cometidos de atención y gestión del interés público. El principio de participación es, por más que esté recogido en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, una aspiración que cada vez va teniendo más peso pero que todavía está bastante alejada de los hábitos culturales o políticos de unos ciudadanos que suelen pensar que la representación es monopolizada por los partidos y que han de ser ellos los que canalicen las iniciativas sociales de distinta naturaleza.

El principio del equilibrio entre los poderes, sea a nivel territorial o institucional, puede decirse que forma parte ya del acervo común de los principios inspiradores del Derecho Administrativo Global que estamos estudiando en sus principios. De la misma manera, el modelo de agencias reguladoras del poder ejecutivo también debe considerarse un elemento central de la construcción del Derecho Administrativo Global. En el otro sentido, en el Derecho Norteamericano a principios de siglo pasado también se produjo una fuerte influencia del modelo del Estado administrativo europeo, si bien aprovecharon algunos de sus excesos para plantearlo en una perspectiva más equilibrada y moderada.

La ley de procedimiento administrativa de 1946, que se inscribe en este contexto, propició que, efectivamente, en el marco de la elaboración de las resoluciones y las normas administrativas, la presencia de los grupos afectados no fuese algo decorativo o formal, sino algo real porque la sociedad está viva y se plantea, con iniciativas y propuestas, influir en la toma de decisiones. En el fondo de esta cuestión late, como ya señalamos anteriormente, una idea que es fundamental en la concepción del sistema democrático. El poder de toma de decisiones en el espacio global administrativo, que ha de ser jurídico, ha de poder tener en cuenta las diferentes dimensiones y aspectos que están presentes. Se trata de hacer real la democracia deliberativa y que tengan acceso al espacio público los diferentes matices y elementos que lo componen.

Como ha señalado acertadamente el profesor Ballbé, se trata de asegurar un sistema plural de participación de los diferentes grupos con proyección social en el Derecho Administrativo Estadounidense, no tanto como una representación mecánica de los intereses en presencia, como de garantizar con esa participación una deliberación pública donde se busque una nueva solución fruto de esa deliberación colectiva. En otras palabras, la aplicación de los principios del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre la realidad administrativa aconseja introducir técnicas y metodologías que propicien que los productos del quehacer de las Administraciones públicas, actos, normas y contratos especialmente, esté imbuido de pluralidad y compatibilidad.

La tercera oleada del Derecho Administrativo Norteamericano, según Ballbé, se refiere a la regulación de los riesgos y a la constatación de la fuerza en el espacio público de los derechos de algunas minorías –negros y mujeres- que trajeron consigo nuevas regulaciones y, desde luego, una notable apertura del interés general más allá de los grupos tradicionales que representaban los intereses privilegiados de siempre. Esta regulación social provocó un crecimiento exponencial del aparato público federal para atender estas nuevas reivindicaciones.

Por otra parte, la regulación administrativa iniciada años atrás registró algunos problemas derivados, por ejemplo, de la captura de los reguladores por poderosos grupos de interés. Se denunció que algunas agencias no seguían objetivamente el interés general, lo que motivó un conjunto de reformas normativas orientadas a garantizar la independencia de los reguladores y, sobre todo, un mayor acceso de la ciudadanía a los

asuntos públicos. Se promovió una mayor transparencia en términos generales base de subrayar la relevancia de la información veraz de manera que la captura de los reguladores, en caso de producirse, dejarían al aire libre los posibles riesgos de orden contaminante o sanitaria, que tal comportamiento produce. Esta nueva perspectiva de la regulación conectada a la prevención de riesgos provocó, como señala Ballbé, que el complejo Gobierno-Administración pública reaccionara con prontitud desarrollando técnicas de coste-beneficio para evaluar los riesgos especialmente para la salud de las personas o para el medio ambiente.

En efecto, la cuestión de los riesgos es un componente básico del Derecho Administrativo Global. Hasta tal punto que la acción administrativa global tiene en la prevención de los riesgos una de sus principales notas caracterizadoras. Quizás por ello Ballbé ha llamado la atención sobre otra característica del Derecho Administrativo Global que surge inevitablemente de la incidencia de los riesgos en la sociedad global: la evaluación. Evaluación que hace del Derecho Administrativo un Derecho llamado a intervenir en la medida en que sea posible la prevención del riesgo en presencia, sobre todo en materia de seguridad y medio ambiente. Consecuencia de este Derecho Evaluativo, como lo denomina el profesor Ballbé, es la re-regulación que esta caracterizando la nueva actividad administrativa global. Re-regulación que no se debe confundir con ese nuevo intervencionismo de no pocos gobiernos dedicados, en cuerpo y alma, a la imposición de un pensamiento único, no sólo a través de la regulación sino también a través de las técnicas de fomento, que se convierten a sí en una eficaz manera de imponer determinadas políticas o modelos culturales, por ejemplo en educación, a los que se considera los únicos dignos de ser financiados con fondos públicos.

En este contexto aparece lógicamente la ley de transparencia y acceso a la información. En esta ley se potencia el control judicial de los actos de las agencias reguladoras y se revitaliza la participación de la sociedad a través de los grupos interesados en los procedimientos correspondientes. La incidencia de esta norma, sobre todo en el espacio iberoamericano, es muy grande. A día de hoy muchas repúblicas centro y sudamericanas ya han aprobado leyes reguladoras del derecho al acceso a la información y de transparencia, o están a punto de hacerlo. El profesor Ballbé, a quien seguimos en este tema, señala que en la década de los setenta del siglo pasado culmina esta tercera oleada de la mano de la regulación ambiental: creación de la agencia reguladora en la materia, leyes del aire limpio y agua limpia, del agua de beber segura, de suelos contaminantes o la ley nacional de política ambiental. En esta época se introduce el sistema del impacto ambiental. La efectividad de los movimientos ecologistas está fuera de dudas y hoy el Derecho Ambiental, como señala el profesor Sanz Larruga, es uno de los exponentes más obvios de la existencia del Derecho Administrativo Global. En este campo, con sólo echar una ojeada al panorama internacional se comprende el alcance de la afirmación precedente. Además, se comprueba una vez la fuerza de la participación en la política norteamericana. Estos grupos, a través del movimiento ecológico, aportarán una perspectiva de la seguridad más integral y una mayor protección a los consumidores.

Otro campo de regulación global que nace en Norteamérica se refiere a los códigos de buen comportamiento o códigos éticos, que también en Europa están de moda. Se

trata de regulaciones, a veces sin fuerza normativa, que incluyen criterios de buen comportamiento para diferentes profesiones. Cuando se trata de la codificación de la ética, de la buena conducta en la función pública, entonces parece que el Derecho Administrativo tendría algo que decir puesto que se trata del “humus”, del substrato sobre el que deben operar los funcionarios y los políticos, que con un adecuado sistema de sanciones administrativas y normas penales, forma parte de una codificación que alcanza una clara dimensión global.

Otro principio del Derecho Administrativo Global que surge de la práctica norteamericana del federalismo, de las relaciones entre el Estado federal y los estados federales es el del reconocimiento de legislaciones. Principio que está en la base del modelo de cooperación y competición del sistema constitucional yanqui. En efecto, las normas de mayor calidad son reconocidas en el resto de los estados federales. El caso que relata el profesor Ballbé en este punto es paradigmático y ofrece interesantes consecuencias para otros modelos de Estados compuestos, entre los que se encuentra ciertamente el español. Resulta que el 50 % de las empresas más importantes de los EEUU se registran en Delaware por la sencilla razón de que allí la legislación es más dinámica y cuentan con unos tribunales mercantiles especializados famosos por su agilidad en resolver y por su prestigio y solvencia jurídica. En virtud de este principio, las empresas actúan en todo el país bajo el Derecho del estado de origen en ejercicio del sistema federal de reconocimiento de legislaciones.

En el Derecho Comunitario Europeo este sistema se está implantando, pero en países como España, que es federal en sus principios, puede haber diecisiete legislaciones distintas, a veces con diferencias sustanciales por la sencilla razón de que el cabildeo político impide que se recurra al Tribunal Constitucional tal diversidad en aspectos esenciales o que el propio máximo intérprete de la Constitución resuelva los conflictos en lugar de con criterios jurídicos, con argumentos políticos, con argumentos de poder.

También existe otro principio extraído del federalismo norteamericano que empieza ya a conformar el orden principal del Derecho Administrativo Global y que podría ser pensado para resolver algunos problemas que plantea el modelo autonómico español. Me refiero a los principios de legislación federal inspirado en las mejores regulaciones estatales y al principio de legislación federal en defecto de legislación estatal. Ante la ausencia de legislación de los estados, el Estado federal puede regular fundándose en las mejores legislaciones existentes en los estados miembros de la federación. La doctrina de la soberanía dual reconocida por el propio Tribunal Supremo permitió que, en efecto, el Estado central legisle ante la inactividad de los estados miembros, muchas veces sobre la base de regulaciones exitosas de los estados federales. Es, desde luego, una forma de garantizar que la sociedad no se quede huérfana de regulaciones si es que los políticos deciden mantenerse en la inactividad o en la omisión de sus obligaciones legislativas.

Otro principio básico del federalismo norteamericano es el de cooperación. Principio fundamental en el Derecho Administrativo Global. Los estados federales mantienen encuentros al máximo nivel político y administrativo. Todos aprenden de todos

y lo que funciona se introduce sin problema, independientemente del color político de la Administración estatal de que se trate. Junto a la cooperación y sana competencia, el principio de reconocimiento de legislaciones ha dado mucho juego en el Derecho Público Norteamericano y en el Derecho Administrativo Global.

Un principio que también puede extraerse del Derecho Administrativo Norteamericano es el relativo al compromiso de las Administraciones públicas con el cambio climático. Tema propio del Derecho Ambiental pero que está alterando las reglas jurídicas tradicionales del entendimiento del moderno Derecho Administrativo. El llamado “efecto California” ha sido el detonante de esta nueva manera de entender el Derecho Administrativo en forma más global. En síntesis, se puede decir que la obligación de la Administración de reducir las emisiones de los coches, llevó a que el Estado de California regulara la materia estableciendo unos límites más estrictos que los de la legislación federal, hasta el punto de que los constructores de automóviles se vieron obligados a diseñar dos modelos: el general y el “California”. El tema se llevó a la justicia federal, que no tuvo ningún problema en subrayar, como es lógico, que la obligación que pesa sobre las Administraciones públicas de reducir las emisiones que provoca el calentamiento global ampara a los estados miembros de la federación de dictar normas que puedan conseguir este resultado de la mejor forma posible. Es decir, los patrones o cánones generales de restricción de que dispone el Estado central como competencia propia pueden ser mejorados por las regulaciones estatales. Es lógico, puesto que si se trata de reducir los efectos del calentamiento global, quien mejor pueda y sepa hacerlo, que lo haga. Impedir que se puedan adoptar políticas que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos es, sencillamente, incongruente con un sistema político democrático. Facilitar que los estados puedan dictar regulaciones que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos es una de las tareas que el Derecho Administrativo debe posibilitar.

Otra realidad institucional que nace bajo el manto del Derecho Administrativo Global y que poco a poco ha ido evolucionando hasta constituir un vivo ejemplo de Administración global es la OMC. La Organización mundial del comercio, en efecto, ha conseguido sustituir el rígido esquema del veto imperante en el GATT por el Derecho. Todos los países que forman parte de la OMC han admitido, de una u otra forma, el principio de legalidad en forma de sometimiento al Derecho de las cuestiones comerciales así como el principio del equilibrio en la versión anglosajona de “*checks and balances*” del sistema federal de los Estados Unidos de América. Este país ha aceptado las reglas del juego y se somete también al Tribunal que dirime los conflictos, el *Appellate Body*, generándose así, como señala el profesor Ballbé, un repertorio de jurisprudencia que se puede enmarcar dentro de un Derecho Común que no es otra cosa que, por razón de la materia, Derecho Administrativo Global. Es tal la fuerza de la participación y de la necesidad de interconectar el comercio con otras realidades sociales que el Tribunal ha empezado a abrir la mano en lo que a la legitimación se refiere, escuchando en audiencias a personas jurídicas distintas de los Estados como las ONGs y planteándose cuestiones relativas a los derechos humanos, al Derecho Laboral, o, por ejemplo al Derecho Sanitario. Obviamente, también se ha asumido el principio del reconocimiento de legislaciones.

Finalmente, Ballbé plantea el espinoso tema del control judicial de la Administración del orden público. A pesar del intento de la Administración Bush de eludir los controles judiciales en lo referente al uso de la fuerza militar en la lucha antiterrorista, el Tribunal Supremo de los EEUU ha sentenciado que en todo caso tal decisiones políticas o administrativas deben estar sometidas al control judicial en el seno del territorio de los Estados Unidos. Es decir, hoy por hoy el Tribunal Supremo de los EEUU permite a que se eluda el control del Tribunal Penal Internacional, pero no el control de los Tribunales Norteamericanos. La sentencia *Humdi-Rumsfield* constata, por otra parte, que los presos de los Estados Unidos tienen derecho a un juicio justo y gozan de todas las garantías de cualquier ciudadano que se enfrente a un juicio de los Estados Unidos.

A modo de resumen de lo expuesto en este epígrafe se puede afirmar que la evolución del Estado en los Estados Unidos ha posibilitado, de la mano de una regulación fundada sobre el pluralismo, el equilibrio de los poderes, las relaciones jurídicas entre ordenamientos multinivel, las agencias como modelos de garantía de los derechos y la centralidad del ser humano, un Derecho Administrativo que ha trascendido las propias fronteras influyendo decisivamente en el Derecho Administrativo Global. La experiencia norteamericana confirma, desde mi punto de vista, que la tarea que tiene entre manos el Derecho Administrativo Global, siguiendo la tradición de los orígenes de esta disciplina en el siglo XVIII, se encuentra, como diría García de Enterría, en seguir luchando contra las inmunidades del poder, sea éste político o económico. Frente a esta orientación, encontramos, por otra parte, intentos de convertir al Derecho Administrativo Global en la “*longa manus*” de la tecno estructura global que intenta a toda costa imponer determinados criterios y consignas de orden social, económico, y sobre todo ideológico, con el fin de garantizarse el dominio y control de las sociedades. Frente a esta nueva dictadura global, a veces sutil e imperceptible por momentos, se está librando una nueva batalla por el Derecho que ha de convocar al jurista del Derecho Administrativo Global a defender con ahínco y fortaleza los principios del Estado de Derecho, unos principios que en el marco del espacio jurídico global permite integrar lo mejor de la tradición jurídica continental con lo mejor de la tradición jurídica anglosajona.

### **3. EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO**

El Derecho Administrativo de corte continental, el que nace según algunos tras la revolución francesa, tiene unos contornos y un ambiente ciertamente autoritario que trae su causa precisamente de la explicación histórica en cuya virtud la burguesía accede y se encarama al poder. En este contexto, el acto administrativo es el gram mito que justifica esta versión unilateral del poder y el sentido que desde el principio se confió a los conceptos de privilegio y prerrogativa. No podemos olvidar que, efectivamente, la elusión del contro judicial por parte de la Administración pública es uno de los principios sobre los que se montó en Francia este ordenamiento que permitió la organización del Estado, tantas veces construido al margen y de espaldas, a pesar de las solemnes declaraciones programáticas de las más “progresistas” Constituciones. En Europa, la tradición del

Derecho Administrativo ha preterido en sus inicios la centralidad de la condición humana para lanzarse a la construcción y diseño de un modelo de Estado al que se reclamaba que solucionara todos los problemas sociales. El esquema del esquema de bienestar en el que hoy vivimos no es más que una fiel representación de esa gran construcción autoritaria que pide a los ciudadanos que no se preocupen de los asuntos comunes, colectivos, porque para ello ya está el Estado, las estructuras administrativas y los funcionarios.

Realmente, a poco que se analice la evolución del Derecho Administrativo Europeo, nos encontramos con que el establecimiento de la Comunidad Económica Europea primero y la Unión Europea después, es el principal motor de un Derecho Público que estaba anquilosado, autocontemplando la potencia y la racionalidad de su historia, para iniciar un camino que en alguna medida tiene mucho que ver con la introducción en el marco de los principios de algunos criterios como el e la competencia, libre elección del consumidor, que primero en el terreno económico, y esperemos que después en el panorama social, abran los rígidos presupuestos de un Derecho construido sobre el poder más que sobre la justicia.

Es verdad que los principios configuradores del Estado de Derecho: legalidad, separación de los poderes y reconocimiento de los derechos individuales tienen, de alguna manera, matriz europea. Pero también es verdad que en su desarrollo y evolución han ido quedando un tanto desdibujados ante la omnipresencia y omnipotencia de un Estado del que los ciudadanos debían esperarlo todo, prácticamente todo. Esto explica la escasa virtualidad operativa de la participación real en Europa y la fuerza que poco a poco ha ido asumiendo el llamado Estado de partidos como dueño y señor de la realidad política, y tantas veces económica, en el solar del viejo continente. La separación de poderes se ha ido tornando una quimera ante la posición hegemónica de los partidos. El reconocimiento de los derechos humanos se entiende en clave positivista, como si la dignidad del ser humano viniera de la ley. La arbitrariedad, como ausencia de racionalidad y, por ello, el dominio de los fuertes sobre los débiles está dirigiendo los destinos de un continente en degradación permanente precisamente por haber renunciado a su raíces culturales y al sentido originario del principio de legalidad, de la separación de poderes y de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona.

En este contexto, la interacción de los Ordenamientos, la emergencia del Derecho Administrativo Global y la proyección de los principios del nuevo Derecho Comunitario de rostro humano, están permitiendo que, en efecto, el viejo continente salga del marasmo y de la atonía cultural en que se encuentra, para tomar el relevo que históricamente le corresponde. En este sentido, una tarea pendiente que tiene el Derecho Administrativo Europeo es, precisamente, revitalizar lo jurídico del espacio administrativo continental para evitar que la captura de lo económico sobre lo institucional no continúe pervirtiendo el sentido de un Ordenamiento nacido para que la justicia brille con luz propia en el viejo continente y no para ponerse al servicio del poder, sea éste de naturaleza política o económica.



La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europea. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en las resistencias mostradas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparable que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del Derecho Administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el Derecho Administrativo Comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras.

Schmidt-Assmann ha llamado la atención sobre la posición jurídica del ciudadano en el Derecho Administrativo Comunitario, que aunque ocupa un lugar destacado, no ofrece el mismo plano de centralidad que tiene en el Derecho Alemán porque esa posición del ciudadano parece confundirse con la defensa de la legalidad objetiva, con la intención de asegurar la efectividad del Derecho. Esto, según este autor alemán, se pone de relieve en dos puntos. Primero, los ciudadanos pueden recurrir la transposición de las directivas aunque la dimensión del interés general afectado sigue siendo un problema por su abstracción y su generalidad. Y, segundo, en materia de medio ambiente se intenta sensibilizar al ciudadano para que pueda participar en la elaboración y configuración de estas políticas públicas comunitarias de tanta trascendencia. Como señala Schmidt-Assmann, con ello se pretende no descargar la responsabilidad sólo en el aparato ejecutivo del Estado, sino movilizar a los propios ciudadanos como administradores del medio ambiente.

Ciertamente, en materia de medio ambiente, este proceso de europeización ha saltado las fronteras del viejo continente y se ha instalado nada menos que en los Estados Unidos de América. En efecto, en virtud del principio de sustitución, la legislación comunitaria europea, para proteger a las personas y al medio ambiente, debía ser capaz de promover soluciones innovadoras que llevarán a la eliminación progresiva de las sustancias químicas más peligrosas, suscitándolas por mejores alternativas.

En cualquier caso, como señala Schmidt-Assmann, la clave conceptual del Estado de Derecho sigue siendo la libertad individual. Así, el Estado de Derecho, sigue diciendo este profesor, se nos muestra como la forma de Estado capaz de dejar espacio al individuo, de garantizar su autonomía individual. Sin embargo, la aparición del modelo del Estado social de Derecho incorpora una forma solidaria de ejercicio de las libertades porque el ciudadano ciertamente no está sólo en el mundo, sino que está en relación continua y permanente con otras personas y con instituciones sociales y de naturaleza

pública. Concebir la cláusula del Estado de Derecho como una cápsula para el asilamiento del individuo me parece poco acorde con los postulados de la justicia y de la racionalidad. Más bien, esa dimensión de la cláusula del Estado social de Derecho va a hacer posible que el Estado deje de ser un expectador pasivo para convertirse en un decisivo actor que, a través de la regulación, crea condiciones, genera contextos y marcos en los que, en efecto, el ejercicio de las libertad, en todas sus manifestaciones, sea más real y efectiva.

Como es sabido, en el preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea se refiere al Estado de Derecho y a la democracia como intereses compartidos por los Estados miembros, intereses que tras el Tratado de Amsterdam son ya principios generales de la Unión Europea. Como señala Schmidt-Assmann, tanto el Estado de Derecho como la democracia son, pues, la base común del Derecho Administrativo Europeo, actualmente en fase de construcción. En el Estado de Derecho, como recuerda este profesor a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es el Derecho el que da forma y medida al Estado, a su eficacia y a la vida colectiva que se desarrolla en su seno. El Derecho ha de presidir el espacio administrativo europeo y el funcionamiento de las Administraciones públicas europeas. En el Estado de Derecho las personas han de disfrutar de sus derechos fundamentales y han de poder ser garantizados en casos de conflicto o controversia con arreglo a parámetros de justicia articulando procedimientos administrativos, dice Schmidt-Assmann que conduzcan a la racionalidad. Justicia y racionalidad, por tanto, son dos principios básicos del espacio jurídico europeo que ya son patrimonio también del Derecho Administrativo Global.

La cláusula del Estado de Derecho ayuda a entender el sentido que tiene el Derecho Administrativo Global también como Derecho del poder público global para el ejercicio solidario de las libertades por parte de los ciudadanos del espacio jurídico administrativo global. Europa es un espacio jurídico comprometido con la libertad y con la efectividad de los derechos fundamentales de la persona. La Carta Europea de los derechos fundamentales bascula en esta dirección y, a pesar de la ausencia de virtualidad jurídica, constituye un intento que debe ir seguido de su constitucionalización en el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

Pues bien, en el origen de la constitucionalización de estos derechos en las Cartas Magnas de los Estados miembros, los derechos fundamentales se concebían como límites frente al poder público. En palabras del profesor García de Enterría, imponían un ámbito de libre determinación individual completamente exento del poder del Estado. Esta dimensión de los derechos fundamentales era la lógica consecuencia del establecimiento de los postulados del Estado Liberal de Derecho. En él, todo el sistema jurídico y político se orienta hacia el respeto y la promoción de la persona en su dimensión meramente individual. Sin embargo, el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social de derecho ha traído consigo una nueva dimensión del papel y de la funcionalidad de los derechos fundamentales. Una nueva orientación que encuentra su apoyo en la superación de la clásica emancipación entre Estado y sociedad.

Los derechos fundamentales ya no son, desde esta nueva perspectiva, meras barreras a la acción de los Poderes Públicos. Muy al contrario, se configuran, como afirma Pérez Luño, como un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los Poderes Públicos. El Estado social de derecho se orienta, no sólo a la proclamación solemne de espacios exentos de intervención para el ejercicio de la libertad, sino que debe propiciar ambientes proclives para su ejercicio efectivo por parte de todos los ciudadanos, especialmente para los más débiles e indefensos. El papel que juegan los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho debe completarse, forzosamente, con una referencia a la necesidad de una adecuada participación de los ciudadanos en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio objetivo del interés general. Así, sólo a través de esa participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y -esto es decisivo- esa realización personal le permite desempeñar mejor su papel en la sociedad. Esta idea de los derechos fundamentales de la persona en el Estado social ha sido, poco a poco, desnaturalizada por un deficiente entendimiento de la intervención pública en cuya virtud, más que promover el ejercicio de estos derechos, terminó por condicionar irracionalmente a través de una sutil dependencia del ciudadano respecto al sistema de partidos que ha caracterizado buena parte del desarrollo del modelo en el viejo continente.

En alguna medida, en la base de esta intervención pública, justificada para asegurar el ejercicio de los derechos, aparece una mentalidad estatista, de fuerte sabor positivista, que explica hasta que punto se ha introducido, a veces bajo la sugerente fórmula de la ampliación de los derechos humanos, una concepción que se ha traducido en una sinuosa dictadura de los más fuertes sobre los más débiles que ha perturbado un adecuado entendimiento del Derecho Administrativo como Derecho del poder público para la libertad, tal y como lo entiende, entre nosotros el profesor González Navarro. En este sentido, me parece de interés comentar el sentido de la cláusula del Estado de Derecho entendida como vinculación de la actividad administrativa a la ley y al Derecho.

En efecto, la Ley Fundamental de Bonn afirma la vinculación "a la ley y al Derecho del poder ejecutivo y judicial". También la Constitución española dispone, en su artículo 103, que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento a la Ley y al Derecho" y el artículo 10.1, dispone que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Las fórmulas "Ley y Derecho", "dignidad de la persona" o "derechos inviolables que le son inherentes", parecen sugerir la idea de un derecho Administrativo en el que junto a normas y regulaciones coexisten principios, principios que son los que dotan de sentido y congruencia la construcción de un Estado de Derecho que en muchos Estados de la Unión Europea se reduce a un rancio positivismo que solo admite la existencia de principios en cuanto corolarios inmanentes de las normas jurídicas en sentido formal. Europa, que ha sido el escenario de tantos anhelos de libertad a lo largo de la historia, encuentra precisamente en la exaltación de la libertad y en la incapacidad de soportar su

carencia, uno de los nervios de su plena identificación cultural. La cultura europea se ha configurado sobre una radicalización de lo insoportable, es decir, sobre una extrema resistencia a la privación de libertad. Por ello no es casual que el nuevo camino hacia su unidad, emprendido cuando aún estaban abiertas las heridas de la Segunda Guerra Mundial, haya sido, hasta hoy, un camino de afirmación de libertades, si bien, hasta el momento, sobre todo de orden económico. Paralelamente a la afirmación y el desarrollo jurídico de estos derechos y libertades, se ha llevado a cabo la construcción de unas instituciones comunes que han tenido, durante largo tiempo, la misión primordial de garantizarlos. Posteriormente, la madurez de estas instituciones permitió que asumieran un papel de dirección de determinadas políticas comunes, de representación de los intereses, también comunes, de los ciudadanos y, en definitiva, de ejercicio del poder que corresponde a una comunidad organizada políticamente para servir al bien común.

En este punto, podríamos preguntarnos cuáles son las causas de que la construcción europea en marcha se continúe hoy percibiendo como una realidad, economicista y ajena a la vida de los ciudadanos, cuando no burocráticamente opresora. Probablemente, la respuesta a esta gran cuestión nos ayude a comprender la importancia del Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con los valores del Estado social de Derecho y con los principios generales que permiten que las regulaciones tengan sentido, tengan congruencia y, fundamentalmente, trasluzcan la lucha por la justicia en un mundo en el que con frecuencia encontramos tecno estructuras que pretenden someter al Derecho a una fórmula más de "racionalidad" económica. En este punto es menester caer en la cuenta del diferente entendimiento que de la libertad se ha realizado a ambas orillas del océano Atlántico. Se trata de poner de relieve las profundas diferencias que en orden al concepto de la libertad encontramos en el sistema jurídico continental y en el sistema jurídico anglosajón. Ambas tradiciones, como ya he señalado en más de una ocasión, más que confrontarse deben ser articuladas a través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que está en la base del Derecho Administrativo Global. Es decir, es fundamental conciliar adecuadamente las tradiciones constitucionales anglosajona y continental. Obtener lo mejor de ambos sistemas jurídicos, desde esquemas de complementariedad, ayuda a comprender el sentido que tiene este Derecho Administrativo Global que hoy emerge con gran vitalidad.

El sistema anglosajón opera sobre la idea de la "*liberty*" liberal y tiende a concebir los derechos y las libertades políticas como límites a la actuación de los poderes públicos. Frente a ella, la tradición romano-germánica que impera en el continente nos muestra a estos derechos como inseparablemente unidos a ciertas obligaciones positivas que los poderes públicos han de adoptar en relación con los ciudadanos.

Estas construcciones jurídicas, que encierran dos maneras distintas de entender la persona, deberán confluir en la medida en que la tensión entre el individuo y la sociedad, entre la persona y el poder, debe resolverse en clave de interdependencia, sin por eso vaciarse el valor intrínseco de la persona. He aquí, pues, uno de los apasionantes desafíos que Derecho Administrativo Global tiene por delante y que habrá de resolver

desde el diálogo entre las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos-públicos al servicio de la centralidad del ser humano y de su dignidad innegociable.

Como es sabido, los Tratados Fundacionales y el resto del Derecho Originario de las Comunidades Europeas no establecieron una carta de Derechos Fundamentales hasta el año 2000. Ello fue consecuencia, según parece, del enfoque funcionalista que asumió la Comunidad en su nacimiento, consistente en aproximar realidades económicas y favorecer libertades comerciales como paso previo, en teoría, a la integración política. No es este el momento ni el lugar para analizar si el camino elegido ha sido el correcto, pero quizá sea útil recordar lo que uno de los fundadores de La Comunidad Económica Europea, Jeann Monnet afirmaba, al final de su vida: “si hubiera de comenzar de nuevo el proceso de unificación europea, lo haría por la educación y por la cultura, no por la economía. El contenido preferencialmente económico de las Comunidades Europeas posibilitaron que los Tratados Constitutivos solo establecieran medios para la protección de los derechos a la no discriminación por razón de nacionalidad y sexo, a la propiedad (en su forma industrial y comercial), a la libre circulación de personas, mercancías y capitales, el libre establecimiento empresarial, el secreto profesional y la garantía de no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales y sindicales. Sin amargo, la idea de competencia, omnipresente en los Tratados y en buena parte del Derecho derivado ha provocado un auténtico terremoto en las formas tradicionales de entender la intervención de los poderes públicos en la economía, hasta el punto de dismantelar, de alguna forma, conceptos e instituciones que por largo tiempo presidieron el Derecho Administrativo en los países de tradición continental.

Tampoco el decurso histórico de la unión Europea ha supuesto un gran avance en materia de regulación de derechos fundamentales de la persona. Las distintas normas que se han ido incorporando tanto a las bases constitucionales como al Derecho derivado, apenas han alterado el status quo. Todas ellas, desde el Acta única hasta el propio Tratado de Maastricht, han venido siendo consideradas por quienes abogan por la constitucionalización plena de los derechos fundamentales en una Constitución europea de Europa, oportunidades perdidas. Todo lo más, como señala el profesor Diez Picazo, han conseguido incorporar al acervo comunitario europeo, por remisión, el contenido del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma en 1.950, cuyo mecanismo de garantía, el Tribunal de Estrasburgo, no es una institución comunitaria, aunque sí del Consejo de Europa, con los problemas que ello conlleva.

En todo caso, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es Derecho interno de los Estados miembros. Los Estados han de cumplirlo, asumen la obligación de su cumplimiento. Además, como señala el profesor Cassese, el Convenio tiene una influencia indirecta en los Estados pues tal y como dispone el artículo 6 del Tratado de la Unión “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el convenio europeo de derechos humanos”. Así las cosas, nos hallamos ante una protección múltiple de los derechos fundamentales de la persona: por las Constituciones nacionales, por el Convenio y por el Tratado de la Comunidad Europea, en este último caso también como principios establecidos por el Convenio (Cassese).

Un punto interesante del alcance de la protección de los derechos fundamentales en el solar europeo se refiere a que mientras el Convenio afirma expresamente que el derecho fundamental se garantiza frente a un juez, el Tribunal de Estrasburgo ha ido más allá y, superando la distinción entre actividad administrativa y judicial, ha establecido, como señala el profesor Cassese, que el derecho fundamental se tutela también en procedimientos administrativos semi contenciosos. Así, de esta manera, el Tribunal ha llevado normas, configuradas por el Convenio para procesos ante jueces, a procedimientos que se realizan ante autoridades administrativas de naturaleza contenciosa o semi contenciosas. En este contexto, aparecen principios, que en el campo del orden sancionador y en las actividades de ordenación, son ya propios del Derecho Administrativo Global, como pueden ser el principio de independencia e imparcialidad del órgano resolutor, el principio de contradicción, el principio de proporcionalidad, el principio de racionalidad, el principio de publicidad, o el derecho a un defensor. Evidentemente, como advierte Cassese, esta interpretación del Tribunal de Estrasburgo se refiere a procedimientos administrativos en los que existe una función materialmente jurisdiccional, como puede ser el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración pública.

En realidad, si el Tribunal de Estrasburgo entiende, en el caso de una demanda individual, que ha habido una lesión del Convenio y que el Derecho interno sólo de manera indirecta permite reparar tal violación, entonces concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Además, el artículo 46 del Convenio dispone que los Estados contratantes se comprometan a acatar las sentencias definitivas en los litigios de que sean partes, sobre cuya ejecución el Comité de Ministros tiene funciones de vigilancia. Sin embargo, el contenido de las indemnizaciones en ocasiones es bastante desproporcionado y con frecuencia la ejecución de las sentencias condenatorias al Estado deja mucho que desear. Ciertamente, la indemnización que lleva aparejada la lesión del Convenio ha sido criticada por la doctrina al entender que lo razonable sería que el propio Tribunal pudiera anulara actos y normas. Si embargo, todavía algunos piensan que la soberanía reside únicamente en el ámbito estatal, que es dónde se pueden anular actos y normas. Esta es, desde luego, una limitación derivada del deficiente entendimiento de la dimensión global o de la coherencia de un sistema jurídico que bascula sobre un espacio jurídico supranacional como es el europeo.

El caso del Tribunal de Estrasburgo y del propio Consejo de Europa plantea la necesidad de simplificar esta dualidad de autoridades sobre el solar europeo, de manera que la Administración supranacional europea sea más sencilla y más adecuada a la realidad del tiempo en que vivimos. Es verdad que hoy en día la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha establecido un conjunto de principios de Derecho Administrativo sustantivo o material que deben ser respetados por las Administraciones públicas nacionales en cuanto que realicen procedimientos de naturaleza contenciosa. Pero, a pesar de ello, el espacio jurídico europeo precisa de una Constitución, un poder ejecutivo, un poder judicial y un poder legislativo que permitan el recto ejercicio de los postulados del Estado de Derecho para todos los países de la Unión Europea.

Otra vía de creación del Derecho Comunitario Europeo, la jurisprudencial procedente del Tribunal de Luxemburgo, ha sido más relevante. Los mecanismos puestos en marcha para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades netamente comunitarios, especialmente los recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, se encontraron muy pronto con problemas derivados de la necesidad de resolver litigios en los que, además de las libertades consagradas en los Tratados, la propia acción de la Comunidad o de los Estados miembros ponía en cuestión el ejercicio de otros derechos fundamentales no expresamente reconocidos en los Tratados. El Tribunal de Luxemburgo ha pretendido resolver esta cuestión justificando sus incursiones en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona a partir de considerarlos como "principios generales del Derecho Comunitario" derivados de la tradición jurídica común de los Estados Miembros". Lo cual es muy cierto y, a falta de su reconocimiento en la futura Constitución europea, muestra hasta qué punto en el Derecho Administrativo Europeo la incidencia de los derechos fundamentales ha sido y es sobresaliente.

En este sentido, no se puede olvidar que la proyección, por ejemplo, del principio de tutela judicial efectiva, en lo que se refiere a la justicia ahora llamada cautelar, ha tenido un gran avance precisamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de dónde ha saltado a la jurisprudencia de los Estados miembros. El caso "*factortame*", recogido por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en una resolución del año 1990 pone de manifiesto hasta qué punto el Derecho Procesal Administrativo Europeo ha desembocado en el establecimiento de principios de Derecho Administrativo Supranacional como el que reza así: el proceso para el que tiene la razón no puede ser un obstáculo que le quite precisamente la razón.

Así, poco a poco, se ha ido perfilando una construcción ciertamente "procesal" de derechos como el de audiencia al ciudadano, o garantías como la irretroactividad de las disposiciones limitadoras de derechos, la proporcionalidad de las sanciones o la obligación de resarcir los daños ocasionados por los incumplimientos de las normas comunitarias. Piénsese, en este punto, la sentencia que obligó a al Reino Unido a indemnizar a los pescadores españoles que habían sido privados ilegítimamente de su derecho a faenar en aguas inglesas con sus buques de bandera británica.

También la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, de 5 de octubre de 1.994, incorpora al ámbito de los derechos fundamentales comunitarios, el "respeto a la vida privada", tras examinar la licitud de unas pruebas médicas como requisito de acceso a un empleo al servicio de las instituciones comunitarias. En cualquier caso, esta construcción jurisprudencial no satisface a la doctrina mayoritaria, que la considera plagada de incertidumbres, cuando no de cierta discrecionalidad. Sin embargo, a pesar de los pesares, esta jurisprudencia muestra hasta qué punto en el ámbito del Derecho Administrativo Europeo los derechos fundamentales de la persona son uno de sus principales pilares.

Las autoridades judiciales, en especial los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea han criticado este procedimiento de creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, manteniéndose hoy un cierto *status quo* de equilibrio entre la primacía del Derecho Comunitario Europeo frente a las normas nacionales incluso de rango constitucional. Para lograr sus fines propios, la Europa unida debe asumir el reto de llevar lo más lejos que sea posible la protección efectiva y la promoción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por ello, la síntesis de las actuales regulaciones de los derechos fundamentales de cada Estado miembro debe aspirar a ser un repertorio de máximos, no de mínimos. Debe aspirar, por tanto, a incorporar al acervo jurídico comunitario las regulaciones más perfectas y más acordes al sentido de la dignidad del ser humano. Así, de esta manera, haciendo un estudio analítico de los derechos fundamentales de la persona en todas las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea se podría llegar a un catálogo comúnmente aceptado por todos los países en los que en efecto brille con luz propia la dignidad del ser humano, fundamento del Estado de Derecho.

Schmidt-Assmann ha llamado la atención sobre la constatación de la construcción sistémica del Derecho Administrativo a partir de los derechos fundamentales, tendencia que se aprecia en los nuevos tiempos. Sin embargo, para este profesor alemán, esta línea de trabajo presenta algunos riesgos como el de dar una relevancia exacerbada a la equidad como justicia del caso concreto o construir una dogmática administrativa excesivamente especializada en torno a algunos concretos derechos fundamentales de la persona. Tal peligro se produce, obviamente, si se mantiene una posición de la relevancia de los derechos fundamentales sin tener presente el concepto de libertad solidaria, o, si se quiere, olvidando la dimensión social que ahora acompaña a la cláusula del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales de la persona no atienden, solo y exclusivamente, a los intereses individuales, al igual que el interés general no es, no puede ser, el interés de los poderes públicos. Hoy el contenido de los derechos fundamentales, porque parten de la centralidad de la dignidad del ser humano, reclaman que el Estado propicie espacios para el ejercicio de la libertad solidaria por todos los ciudadanos, especialmente los más débiles. Hoy, la definición de los intereses generales ya no se realiza unilateralmente por la Administración pública, sino que ésta debe abrirse a la realidad social y dialogar con las instituciones y grupos que trabajen en ese concreto sector sobre el que adoptar algunas decisiones de política pública.

Del mismo modo, la idea de que la protección de los derechos fundamentales supone tutelar especialmente los intereses individuales es una idea que olvida que la protección de los derechos del hombre, en la medida en que son derechos que el Estado reconoce porque son innatos a la condición humana y con el hombre vienen y con el hombre se van, tiene una evidente dimensión pública que al Ordenamiento jurídico toca cuidar. Reducir los derechos fundamentales a intereses individuales se antoja una posición individualista que puede pasar por alto otros derechos fundamentales tanto o más importante que la libertad y la propiedad como el derecho a la vida, primero y principal de los derechos fundamentales de la persona.



Igualmente, si concebimos los intereses generales desde la perspectiva de la protección de los intereses particulares o privados, es el caso de la captura de los reguladores que se produjo, como hemos señalado, en un determinado momento en los Estados Unidos, entonces estaremos reduciendo lo colectivo, lo públicos a lo unilateral al pensamiento único en definitiva. Los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho nos plantean el problema global de la libertad solidaria y los intereses generales en este modelo de Estado, el más citado en las Constituciones modernas, reclama nuevas perspectivas desde el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En alguna medida, esta dimensión individual del Derecho Administrativo de la que habla Schimdt-Assmann parece haber justificado, según su criterio, una serie de principios como el de interdicción de la arbitrariedad, prohibición de exceso, proporcionalidad, adecuación, exigibilidad, igualdad o confianza legítima. El profesor Schimdt-Assmann señala, en este sentido, que estos principios han sido subsumidos en una suerte de meta principio general o potestad general de la Administración de actuar conforme a equidad, o de acuerdo a la justicia del caso concreto. Concebir este meta principio en criterio o guía única para la actuación administrativa implica, según Schimdt-Assmann, a colocar la realidad, las circunstancias de cada caso en el primer plano de la práctica administrativa superando toda tendencia a automatizar la aplicación del Derecho y a tipificar la actuación de la Administración pública. En opinión de este autor, aplicar tal criterio supone, además, que la Administración está en condiciones de conocer individualizadamente las circunstancias de todos los ciudadanos, lo que, desde su punto de vista, trae consigo que la Administración ha de atender los intereses individuales de los administrados.

Este planteamiento me parece que no tiene en consideración que si la Administración está sometida a la Ley y al Derecho es porque ambos conceptos, que ordinariamente tienden a identificarse, no siempre se expresan a través de los mismos instrumentos jurídicos. Y, además, en ocasiones, hasta es posible que se puedan encontrar leyes que no son jurídicas: la historia nos enseña, como sabemos, multitud de casos. El sometimiento del poder al Derecho, que como hemos señalado ya es una de las principales tareas del Derecho Administrativo Global para evitar la tiranización del Derecho por los poderes públicos o económicos, supone que las normas jurídicas respiren, se muevan y se desarrollen en el oxígeno de los principios del Derecho que, lejos de formulaciones diseñadas para atender los intereses individuales de los ciudadanos, son la representación real de la aspiración a la justicia que late, como no, en el Derecho Administrativo. Y, entre ellos, el principio de equidad y el de la justicia del caso concreto, que en eso consiste nada menos que la función de la jurisprudencia, ayudan sobremanera a comprender el alcance que tiene la centralidad de la dignidad de la persona para el Derecho Administrativo Global. Por una razón, porque la dignidad del ser humano poco o nada tiene que ver con los intereses de los individuos. Significa, sobre todo, que en la construcción del Derecho Administrativo Global, y, por ello, en la actividad de la Administración pública global, la dimensión personal, la sensibilidad hacia las personas sea determinante de las políticas públicas. Para mí esta cuestión adquiere plena congruencia a partir del concepto de Derecho Administrativo que se maneje. Si se tiene claro, como es mi caso, que estamos en presencia de un Derecho del poder público para

la libertad, entonces la dignidad del ser humano también encierra conceptos supraindividuales como el de solidaridad. Si el Derecho Administrativo o, la actividad administrativa se conciben como una mera aplicación mecánica y automática de una norma a la realidad, entonces es posible que no exista posibilidad de que el Derecho tenga protagonismo alguno.

Schmidt-Asmann señala, a continuación, que la apelación a la equidad puede desembocar en el peligro de que la Administración se desvincule de la Ley con el consiguiente desmoronamiento del principio de igualdad. La equidad como apelación a la justicia del caso concreto opera en primer lugar en relación con la norma de aplicación al caso. El problema reside en que en ocasiones, como la norma no puede preverlo todo ni es una garantía de juridicidad dada la tiranía a que nos somete la dictadura del Estado de partidos, entonces es razonable que opere el Derecho, por la sencilla razón de que la actividad administrativa cada vez tiene que ser más consciente, tal y como establecen las Constituciones modernas, y es hoy principio incontestable del Derecho Administrativo Global, de que está vinculada por los principios de efectividad de los derechos fundamentales de la persona y por los principios del orden político y social, conceptos que lejos de entenderse desde los esquemas del pensamiento de confrontación, han de comprenderse, desde el principio de compatibilidad y complementariedad.

Otro problema que se presenta para expulsar a la equidad de la constelación de principios generales de aplicación al accionar administrativo tiene que ver con la idea de que la justicia del caso concreto nos dispersa de lo abstracto y nos conduce inexorable y obligatoriamente a un espacio donde domina única y exclusivamente lo concreto. Si esto fuera así, que no lo es, resultaría que sería imposible la convivencia de lo abstracto y lo concreto, de lo general con lo particular. Pues bien, si en algo se caracteriza el Derecho Administrativo Global a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es precisamente en hacer posible que la actividad administrativa, que se realiza en virtud de normas, se pueda proyectar sobre la realidad concreta con ayuda de una serie de principios. No es que la aplicación de la equidad nos conduzca al pragmatismo y la aplicación mecánica de la norma a la abstracción. Que la aplicación de la norma a la realidad se aplique de la misma forma a todos sus destinatarios no quiere decir que no exista espacio posible para la equidad. Claro que existe porque es posible que esa norma administrativa se proyecte para todos sus destinatarios desde parámetros de equidad.

Los principios del Derecho Administrativo han de aplicarse con prudencia y con mesura. Por ejemplo, Schmidt-Assmann nos alerta del peligro de que el principio de proporcionalidad se aplique de manera unilateral. En sí mismo, la proporcionalidad reclama un juicio de ponderación entre los medios previstos y los fines a alcanzar. Y cuando se aplica acerca de la ponderación entre intereses públicos y particulares, tarea que tantas veces pertenece al ámbito judicial, ha de realizar una tarea de contraste jurídico que persiga el servicio objetivo al interés general.

Una cuestión que ofrece el estudio del Derecho Administrativo Europeo se refiere a la necesidad de que el derecho discipline la economía porque, de lo contrario, si el Derecho

va a remolque de los poderes e intereses económicos acaba convirtiéndose el pura formalidad a cuyo través se ejerce el dominio de una racionalidad técnica que anula toda pretensión de justicia, de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde. De ahí que en el proceso de la unión económica de Europa el Derecho Administrativo deba continuar siendo una de las luces que con más fuerza brillen en el firmamento comunitario.

#### **4. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Llegados a este punto de este estudio, parece aconsejable reflexionar, siquiera sea brevemente, sobre el alcance moderno de los principios generales en el Derecho Administrativo. En efecto, la consideración de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuales son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento desde su conexión a la dimensión ética y a su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión.

Si bien es cierto que la doctrina con frecuencia utiliza la expresión principios generales del Derecho para referirse a una pluralidad de expresiones, en mi opinión los principios generales son principios que hacen presente y operativa la idea de justicia, idea que debe brillar con luz propia en el espacio administrativo global como consecuencia de la operatividad del Derecho Administrativo Global. En un mundo de hipertrofia normativa, en un mundo en el que las normas jurídicas no es que sean un dechado de perfección técnica, en un mundo el que existe una relativa dictadura del positivismo, es menester volver a pensar en el sentido y la función del Derecho, en el sentido y la función del Derecho Administrativo. Pues bien, las reflexiones que siguen parten de este convencimiento: gracias a los principios generales el Derecho sigue siendo el Derecho. Quiero con ello decir simplemente que frente a la tentación, no siempre resistida, de convertir al Derecho Administrativo en una herramienta o instrumento del poder público o económico, la encarnación principal de la justicia en los principios nos permite seguir alimentando la esperanza de que el Derecho Administrativo siga siendo el dique de contención, por una parte, del poder incontrolado, del poder irracional, del poder que se sale de los cánones de la moderación y la templanza en cuyo marco se debe ejercer el poder en un Estado de Derecho. Que por definición ha de presidir el espacio jurídico global Por otra parte, los principios generales permiten, desde una perspectiva positiva, configurar un Derecho Administrativo en el que las instituciones, categorías y conceptos reflejen la racionalidad, la objetividad y el sentido de servicio al interés general que de ellos se espera.

El sometimiento del poder público global al Derecho en buena medida se produce gracias a la existencia de una serie de principios que proyectan su luz para ver los problemas en su real y justa dimensión y que son la atmósfera en la que ha de respirar el Ordenamiento jurídico administrativo global. La jurisprudencia de algunos Tribunales nacionales y de algunos Tribunales del orden global, como por ejemplo el Tribunal de la OMC, enseña que los principios generales son el resultado del genio jurídico de la construcción del Estado de Derecho y la esencia del entero Ordenamiento jurídico.

En el marco del Derecho Administrativo los principios generales son los criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del Ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho. Es más, su carácter inspirador del Ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto.

En los inicios del siglo XXI la pregunta acerca de la significación de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser contestada desde dos planteamientos muy distintos. Desde el positivismo más radical se diría que los principios generales no tienen apenas más sentido que el de, en todo caso, reconocer en términos abstractos las reglas que se expresan en el sistema normativo. El sistema normativo se da a sí mismo los principios porque es el Ordenamiento el origen y la causa de ellos. Si, por el contrario, nos situamos en una perspectiva de positivismo abierto, de positivismo que reconoce la existencia de un solar jurídico general, de una cultura jurídica universal, global podemos afirmar, que representa el Estado de Derecho, entonces las cosas son de otra manera. Desde esta perspectiva, los principios generales juegan un papel central porque son los garantes de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. Así, de esta manera, los principios no son solo fuente del Derecho Administrativo Global, que no es poco, sino que son, además, elementos inspiradores, criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Claro, si el Derecho Administrativo no es más que una rama del Público que regula relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos sin más, los principios tendrán una funcionalidad muy limitada. Si el Derecho Administrativo se concibe, siguiendo a González Navarro, como el Derecho del poder para la libertad del ser humano, entonces se comprende fácilmente la virtualidad operativa que tienen en el orden jurídico-administrativo global.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas- art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución-. Y es claro que si es principios

inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del solar jurídico, del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Lo hemos podido comprobar, por ejemplo, estudiando el Derecho Administrativo Norteamericano y el Derecho Administrativo Comunitario Europeo. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por sí mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al Ordenamiento y le da sentido. Desde este punto de vista, los principios son previos al Ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el Ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo.

Esta idea, gráfica, de que los principios son la atmósfera y el oxígeno de las normas pienso que explica hasta que punto el olvido de los principios precipita la degradación del Derecho. En efecto, hoy en día, sin ser demasiado pesimista, más bien realista, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que frente al intento, sistemático y pertinaz, de convertir el Derecho Administrativo en un mero apéndice del poder, los principios generales se levantan como valladar inexpugnable que permite evitar esta terrible operación. Antes bien, el Derecho Administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales. Tanto que si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las inmunidades del poder de la que habla García de Enterría hubiera sido desigual y con un claro vencedor.

Conviene llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo español, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del Estado de Derecho (sentencia de 8 de octubre de 1990). Efectivamente, el Estado de Derecho es un Estado de justicia, es un Estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. Si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la

atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

Parece fuera de dudas que existen una serie de principios de Derecho, corolarios necesarios de la cultura jurídica inspirada en el Estado de Derecho que son precisamente las garantías de que el sistema normativo camina por la senda adecuada. Desde este punto de vista, el principio democrático o el principio de la centralidad de la dignidad del ser humano inspiran y explican los contenidos del Estado de Derecho en su proyección cotidiana sobre la realidad normativa. Estos principios de Derecho, de los que se deducen otros muchos, han de estar presentes, como el oxígeno o la atmósfera en los procesos de elaboración aplicación e interpretación del Derecho Administrativo.

Desde este ángulo, atendiendo a la capitalidad de los principios de Derecho, podemos señalar que estos criterios jurídicos, que son fundantes e inspiradores del Ordenamiento, constituyen también el solar y el humus que aseguran la orientación del sistema normativo hacia la justicia, algo que el superado positivismo jurídico, nunca pudo resolver por obvias razones, especialmente porque de la teoría inmanente del Ordenamiento no sale más que pensamiento estático y unilateral.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del derecho están recogidos en las normas escritas. Es razonable que así sea porque en general han calado en la conciencia jurídica general los postulados del Estado de Derecho. Pero que ello sea así no quiere decir que durante largo tiempo estos principios fueran construidos y levantados gracias al trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Luego, pasaron a las normas hasta el día de hoy en el que, afortunadamente, los principios generales de derecho fundamentales están explícitamente reconocidos en las Constituciones modernas de los países democráticos. En este sentido, repugnaría el sentido común jurídico general que hoy se elaborara una Constitución en la que no se encontrase el papel central de los derechos fundamentales del ser humano o el principio de seguridad jurídica.

Por tanto, entre las funciones que cumplen los principios generales del Derecho, la primera y capital se refiere a la labor de dirección general de todo el proceso de creación del Derecho, condicionando el contenido que haya de darse a las normas jurídicas en trance de elaboración (Santamaría Pastor). Las demás se reducen, y no es poco, a la función de interpretación de las normas, de integración de las lagunas del sistema normativo o a la construcción y sistematización de toda la materia jurídica en torno a directivas finalistas.

Ha sido Santamaría Pastor quien ha llamado la atención sobre la relevancia que los principios generales del Derecho juegan en el Derecho Administrativo. Realmente, si es verdad que el juego de éstos es mayor en los Ordenamientos más jóvenes puesto que no han tenido tiempo suficiente para una labor de maduración jurídica que permita recogerlo en el Derecho escrito, entonces en el Derecho Administrativo, ciertamente, los principios generales del Derecho tienen reservado un lugar de privilegio. Si convenimos en que llevamos un poco más de dos siglos de Derecho Administrativo entonces estaremos de acuerdo en que, efectivamente, en nuestra disciplina los principios son esenciales. Es más, si también acordamos que el Derecho Administrativo, como dice Santamaría Pastor,

nace de los comentarios que hace la doctrina a las resoluciones del Consejo de Estado francés, entonces no tendremos más remedio que concluir que el Derecho Administrativo es una elaboración operada casi exclusivamente a partir de principios generales, en torno a los cuales ha ido cerrándose una tupida y extensa red de principios y reglas secundarias que han terminado por formar un sistema. Como sentencia solemnemente este profesor, han sido los principios generales, más que las normas escritas, las paredes maestras en torno a las cuales se ha ido levantando el edificio del régimen jurídico de las Administraciones públicas. Edificio que tiene en la base, en los pilares, los postulados del Estado de Derecho que, como es bien sabido, han precipitado en un conjunto de principios generales que son los que marcan el rumbo a toda Administración que pretenda cumplir con su función constitucional de servicio objetivo a los intereses generales. El Derecho Administrativo, bien podría decirse, que nace de la mano de un conjunto de principios que hacen de él un Derecho diseñado para que el poder público se ejerza de acuerdo con el Estado de Derecho.

Hoy, doscientos años después, la realidad normativa ha superado cualquier previsión en lo que a cantidad, y calidad, se refiere. Estamos invadidos por toda clase de normas, estamos inundados de normas para todo y por todo. Es el reino de la hiperactividad normativa en el que es menester, como también señala Santamaría Pastor, aferrarse a los asideros seguros desde los que se pueda mantener el destino de la nave del Derecho Administrativo hacia puerto seguro. Pues bien, el timón del sistema normativo del Derecho Administrativo, hoy más que nunca, debe estar bien orientado hacia esos principios generales del Derecho que he denominado fundamentales.

## **5. LOS PRINCIPIOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL**

El Derecho Administrativo Global, tal y 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, desde la perspectiva de las fuentes, se podrían admitir normas no necesariamente configuradas en el seno de los centros de producción normativa tradicional, resolviendo así el problema de la posibilidad de dictar normas con repercusión en el espacio jurídico global por parte de Administraciones híbridas o determinados sujetos jurídicos privados.

La consideración del “*ius gentium*”, que a los profesores anglosajones citados se les antoja, sin embargo, complicada por la dificultad de admisión global de una serie de principios generales de Derecho de dimensión universal es precisamente, el punto de partida del que se parte en este estudio para construir, con las dificultades que ello supone, una teoría de los principios del Derecho Administrativo Global. Esos principios,

que parten del Estado de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano, como son la base del Derecho, deben aspirar a impregnar un Derecho Administrativo Global que no puede, que no debe renunciar a las conquistas más estables y humanizadoras de nuestra civilización. No se trata, ni mucho menos, de forzar un choque de culturas jurídicas para afirmar con pretensión de victoria que el modelo del Estado social de Derecho constituye la matriz única del Derecho Administrativo Global. No, de lo que se trata es de partiendo de estos pilares, construir un Derecho que permita que en el espacio jurídico global, la nueva Administración global pueda realizar una actividad pública en la que a través de los controles y patrones o estándares que se determinen, puedan mejorarse permanentemente las condiciones de vida de los ciudadanos. Y, hoy por hoy, el Estado social de Derecho, no nos engañemos, es fundamento razonable para la construcción de este edificio jurídico. Claro que puede haber otros sillares o basamentos procedentes de otros espacios culturales, pero en modo alguno pueden lesionarlo porque, de lo contrario, se estaría poniendo en solfa nada menos que la declaración universal de los derechos humanos que, hoy por hoy, es el instrumento internacional que goza de mayor adhesión en el plano internacional y que, sin duda, está anclado en las bases del Estado de Derecho. Otra asunto muy distinto es el grado de desarrollo y de evolución de ese Estado de Derecho en distintas partes del mundo. Desde este punto de vista, pues, el Derecho Administrativo Global ha de estar inspirado, en la declaración universal de los derechos humanos.

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 de nos mínimos básicos que han de ser aceptados por 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 doméstico. Partiendo de unos principios básicos, será posible, a través de algunos instrumentos como el del reconocimiento de legislaciones, como el de racionalidad, transparencia, rendición de cuentas, sometimiento al control judicial, ir construyendo un Derecho que al final debiera ser el Derecho regulador de la denominada gobernanza global.

A día de hoy 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. Como enseñan Kingsbury, Krisch y Stewart, la panoplia de entes 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.



La realidad nos está demostrando como, poco a poco, las instituciones públicas globales van formulando, sobre todo en el área de la “*accountability*” y la participación, reglas y principios propios. Se trata de una serie de casos que relatan Kingsbury, Krisch y Stewart, y que comienza con establecimiento por el Consejo de Seguridad de la ONU de un procedimiento administrativo limitado para el listado y exclusión de personas objeto de sanciones por parte de la ONU en el que existe la posibilidad de revisión judicial y en el que se exige la racionalidad en las decisiones.

El panel de inspección del Banco Mundial se creó para garantizar la racionalidad ambiental de los proyectos. Algunas redes intergubernamentales han ido caminando hacia una mayor transparencia en sus procedimientos, como por ejemplo el llamado Comité de Bancos Centrales de Basilea, la OCDE, la Organización mundial de sanidad animal o las cumbres de jefes de Estado y de gobierno de los países iberoamericanos.

También se aprecian avances en materia de participación de ONGs en los procesos de toma de decisiones en la Comisión del Codex Alimentarius. Las ONGs también han constituido en forma más o menos cooperativa sociedades de gobernanza regulatoria con empresas. En relación a ciertos patrones laborales y medioambientales, las empresas han intentado integrar a las ONGs en lo que previamente eran estructuras auto-regulatorias en orden a mejorar la legitimidad de los estándares y de los mecanismos de certificación establecidos por esas instituciones. En todos estos casos, lo que se aprecia es trabajo presidido por el Estado de Derecho, que tantas veces se expresa a través de racionalidad, participación, cooperación y posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas.

Otro espacio en que también encontramos Derecho Administrativo Global se refiere a los casos en que las agencias intergubernamentales procuran que las normas globales se apliquen no sólo a la sustancia de las regulaciones nacionales, sino también, y sobre todo, a los procesos de toma de decisión seguidos por los reguladores estatales cuando aplican normas globales o cuando están sujetos a sus limitaciones (Kingsbury, Krisch y Stewart). Estos requisitos otorgan, dicen estos autores, un papel especial a estos órganos reguladores nacionales como aplicadores del Derecho Administrativo Global y como responsables de su cumplimiento. En este sentido, algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC obligaron a que demuestre que a los países y a los productores extranjeros afectados en un determinado pleito habían sido otorgadas algún tipo de garantías en el proceso. También, en esta materia nos encontramos con el arbitraje internacional cuando determinados derechos establecidos en virtud de un Tratado de inversión ha sido violado. Estos Tribunales arbitrales, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, han ido poco a poco estableciendo límites procesales y sustanciales a los reguladores internos. El problema reside en que este tipo de soluciones, cuando no van acompañadas del empeño por instituir Tribunales independientes nacionales suele ser una excusa para el desequilibrio de los intereses públicos a favor de los particulares de los inversores.

Igualmente, como señalamos al analizar la funcionalidad del Tribunal de Estrasburgo, es posible que los gobiernos nacionales sean controlados en virtud de los Tratados de Derechos Humanos. Este un punto central en la exposición puesto que, en

efecto, esta cuestión es ciertamente medular para atender a la construcción de un Derecho Administrativo Global a escala realmente humana, más allá de enfoques funcionalistas, tecno estructurales o de conciliación o síntesis de tradiciones jurídicas culturales.

Kingsbury, Krisch y Stewart llaman la atención acerca de cómo la teoría y la práctica del buen gobierno, de las buenas prácticas y los códigos a que han dado lugar en buena parte del sector público y privado de diferentes países proceden de los criterios establecidos en el Banco Mundial para otorgar ayudas financieras a determinados países. Estas condiciones para acceder a los créditos requiere la obtención de una serie de estándares en cuestiones tan relevantes como la lucha contra la corrupción o prácticas que promueven transparencia. La corrupción es, en tantos casos, uso del poder para fines particulares. Y la transparencia refleja el empeño de los gobiernos por ser casas de cristal ante los ciudadanos. La ética pública, por tanto, se nos presenta también como un elemento transversal del Derecho Administrativo Global en la medida en que el Derecho Administrativo siempre ha estado comprometido con la lucha frente a las inmunidades, oscuridades, y abusos en que puede, por acción u omisión, incurrir el poder público, sea en el marco del ejecutivo, del legislativo o del judicial.

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

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea( artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado. Hoy, también asistimos, a pesar de los pesares, al intento de la tecno estructura global por considerar al ciudadano, no formalmente por supuesto, como un nuevo súbdito, cuando no, de nuevo, un esclavo, o una cosa susceptible de usar y tirar.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la

determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

-el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.

-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

-la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

*3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

*4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.*

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en una disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas- y, finalmente, y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la

principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata, de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos. En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua. Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: "se produce mala administración cuándo un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto". Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la

Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, sí efectivamente se contraviene la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2008 algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, cómo su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio. Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivada. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública”. Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005 es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

Esta dimensión del buen gobierno, de la buena administración, como obligación de la Administración global y como derechos de todos los ciudadanos se encuentra presente entre las tareas más importantes que tiene por delante la globalización del Derecho Administrativo tal y como razona agudamente el profesor Daniel C. Esty en su trabajo “*Good governance at the supranational scale: Globalizing Administrative Law*”, publicado en el volumen 115, número 7, de mayo de 2006 por la revista de la escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En efecto, a través de la buena administración de las

instituciones de la Administración global es posible comprender mejor el alcance que tal principio proporciona como criterio fundamental para construir el Derecho Administrativo a nivel global a partir de la lucha contra la corrupción, tarea que como ya se ha comentado en este trabajo en más de una ocasión es el origen de la aparición como sistema científico del Derecho Administrativo allá por los finales del siglo XVIII. El profesor Esty plantea en su estudio la relevancia de esta operatividad del Derecho Administrativo Global junto a lo que para él son las principales transformaciones que debe afrontar el Derecho Administrativo Global que hemos planteado también en estas líneas: la mejor regulación de la responsabilidad administrativa, la necesidad de regular de la mejor forma posible los fenómenos de informalidad y flexibilidad que se aprecian tantas veces en la manera de producir actos y normas por parte de las diferentes instituciones que componen la Administración pública global, un mejor encaje de los actores privados que realizan tareas de interés general entre la panoplia de entidades que conforman esta Administración global, una más atinada comprensión del fenómeno del gobierno y la gobernanza de instituciones públicas a nivel mundial, un recto entendimiento desde nuevos parámetros más abiertos, plurales, dinámicos y complementarios de lo que es el interés general, así como la necesidad de resolver los problemas que la política plantea en esta materia, sobre todo cuando se intenta dominar a nivel global la Administración desde determinados esquemas tecno estructurales de naturaleza política.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo Global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

Por ejemplo, el principio de participación en el orden procesal, el derecho de audiencia, es hoy uno de los principios más relevantes de este emergente Derecho Administrativo Global. Puede parecer algo obvio, pero algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC ya entendido que los Estados miembros deben respetarlo. Kingsbury, Krisch y Stewart nos ilustran con algunos ejemplos: el derecho de las personas a ser oídas en el código anti-doping del Comité Olímpico Internacional, la participación de las ONGs en el proceso de toma de decisiones del Codex Alimentarius, la posibilidad de participación o de audiencia en redes globales híbridas que se ocupan de la certificación sustentable en materia silvicultura, el acceso público a la información sobre las disposiciones medioambientales de la Convención de Aarhus.

El principio de racionalidad, corolario también del derecho a la buena administración global, es un principio que ha pasado de la dimensión interna a la global. Sin embargo, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en materia de regulación global todavía hay un largo camino por recorrer aunque algunas organizaciones globales, como el Comité de Basilea o la Corporación Financiera Internacional del banco Mundial poco a poco van caminando en esta dirección.

Otro principio es el de posibilitar que las decisiones de la Administración global puedan ser revisadas ante un órgano judicial independiente. La revisión es, pues, una exigencia de la buena administración. Por eso, como también nos enseñan Kingsbury, Krisch y Stewart, el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de los artículos 6 y 13 de la Convención, ha reconocido el derecho de que las decisiones de los organismos intergubernamentales puedan ser revisadas, el órgano de apelación de la OMC igualmente lo sancionó, como el Tribunal de Arbitraje para el deporte. En es punto también nos encontramos con sombras en lo que se refiere al contenido de este derecho de revisión como nos demuestran los problemas existentes para la revisión de algunas sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en las dificultades para superar la perspectiva interna o doméstica de la revisión (ACNUR).

Cuando los derechos fundamentales de la persona adquieren a nivel global el lugar que le corresponde, entonces se comprende mejor, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, que el Derecho Administrativo Global incorpore en su seno un repertorio de patrones o estándares sustanciales para la acción administrativa que tienen que ver con la proyección de la fuerza de estos derechos en orden al ejercicio de una mejor y más humana acción administrativa. Estos autores citan, desde esta perspectiva, la importancia que tiene para el Derecho Administrativo Global la incorporación a su acervo de principios, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, que ocupa un lugar central, como se sabe, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al aplicar la convención en determinados casos. La proporcionalidad también aparece, como es lógico, en las resoluciones de algunos órganos administrativos globales como la federación Internacional de Deportes cuando ha de sancionar algunas conductas en materia, por ejemplo de “*dopping*”. En el mismo sentido, tal y como comentan Kingsbury, Krisch y Stewart, la proporcionalidad la encontramos también en algunas restricciones establecidas a los principios de libre comercio bajo el GATT, que son permitidas únicamente si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre fines y medios.

Una materia en la que los principios del Derecho Administrativo Global puede alterar el status quo es la referente a las inmunidades de que gozan los entes intergubernamentales para ser enjuiciados bajo una ley nacional. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están jugando un papel muy relevante aplicando tests de proporcionalidad y sopesando en la operación de balance y contraste jurídico la posibilidad de que se pueda recurrir ante el organismo intergubernamental. Así lo ha declarado el Tribunal en una sentencia de 1997 al sentenciar que las reglas de inmunidad de Estado del Derecho Internacional Público no se pueden considerar como principio en cuya virtud se pueda imponer una restricción desproporcionada del derecho de acceso al Tribunal, según lo dispuesto por el artículo 6 de la convención. Como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, esta línea de trabajo permite que el carácter absoluto de estas inmunidades tradiciones pierda tal naturaleza precisamente en atención al principio de proporcionalidad. Igualmente, una ojeada a la realidad nacional y global muestra, en el marco de diferentes temas como pueden ser la seguridad y las decisiones de los Bancos centrales, que en estos supuestos la transparencia no tiene la misma intensidad que en otras materias. Lo importante, sin embargo, es que la trasparencia y la “*accountability*” no



sean orilladas a nivel global sino que, por el contrario, cuándo han de ser aplicadas en ciertos campos puedan brillar con luz propia. El principio sería tanta transparencia como sea posible y tanta restricción como sea irrevocable.

Es verdad, no se puede negar, que en el orden internacional existen diversos patrones que fundan diversos marcos normativos que han de convivir en el contexto del Derecho Administrativo Global. El problema, todos lo sabemos, es que estos patrones admiten diversas interpretaciones, a veces incluso claramente contradictorias, entre esos marcos normativos. Este problema, sin embargo, debe resolverse en el marco del Estado de Derecho, en el marco de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, que conforman los criterios mínimos, el solar sobre el descansa el Derecho Administrativo Global. La interpretación que se realice sobre esta cuestión entendemos que debe ser respetuosa con el sentido capital que en el Ordenamiento global tiene la dignidad del ser humano.

Kingsbury, Krisch y Stewart señalan los tres patrones clásicos del orden internacional según la terminología utilizada por la escuela británica de relaciones internacionales: Pluralismo, solidaridad y cosmopolitismo. Patrones que han de ser comprendidos desde una perspectiva supranacional evidentemente. El pluralismo desde este punto de vista hace referencia a la manera tradicional en la que el Derecho Internacional ha entendido las relaciones entre los Estados a través de Tratados, acuerdos internacionales de manera que la Administración internacional limita su actividad a las áreas de entendimiento interestatal. La solidaridad, en este enfoque, trabaja a partir de la búsqueda de valores comunes a los diferentes Estados planteando la acción de la Administración pública global en esta dimensión de cooperación y colaboración. Por su parte, lo que podríamos denominar cosmopolitismo considera que el gobierno global no es sólo interacción a nivel gubernamental general sino también, y sobre todo, trabajo conjunto entre agentes públicos y privados o sociales. Obviamente, estos tres patrones no se producen en estado puro en el escenario global. Según los casos y los tiempos, aparecen unos y otros con más o menos intensidad, conectados más o menos. Así, como comentan Kingsbury, Krisch y Stewart, mientras en materia de control de armas y de desarme estamos en presencia del enfoque pluralista, en lo que atiende a la Corte Penal Internacional prevalece la solidaridad y en cuestiones de Administración de lo global en el mundo deportivo, nos hallamos ante la dimensión cosmopolita.

La relevancia de estos patrones del orden internacional en materia de Derecho Administrativo Global ha sido puesta de relieve por los profesores anglosajones que seguimos en este epígrafe al considerar que tales criterios pueden yuxtaponerse a tres conceptos diversos y complementarios de entender el Derecho Administrativo Global que tienen gran trascendencia desde la perspectiva de los principios: la llamada “*accountability* administrativa internacional, la protección de los derechos de las personas y la promoción de la democracia. En el Derecho Administrativo Global, ya lo hemos adelantado, hay componentes de estos tres conceptos que han de comprenderse de manera complementaria. Es posible que en ciertas materias prevalezca alguno de estos elementos, pero los tres forman parte de su esencia, y los tres son los rasgos de identidad de este Ordenamiento jurídico que actualmente está todavía “*in fieri*”, en formación.

Si nos situamos en las coordenadas de la *accountability*, el tema central va a ser el del aseguramiento de la responsabilidad de los diferentes actores en juego, sean subordinados o periféricos en relación con el ente matriz, a través de la protección de la legalidad de la acción administrativa. Si nos centramos en la segunda dimensión, la más relevante desde mi punto de vista, nos encontramos con una acción administrativa global orientada a la protección de los derechos civiles de manera que en la conformación de los correspondientes procedimientos administrativos y de revisión, se garantice la participación, presencia y capacidad de recurrir de los particulares potencialmente afectados por estas regulaciones. Finalmente, la tercera función del Derecho Administrativo Global se dirige a subrayar su misión de Derecho promotor de democracia. Es verdad que estos tres elementos aparecen configurando el Derecho nacional de muchos países del mundo, sobre todo en los que forman parte de la cultura jurídica grecorromana y anglosajona. De ahí, pues, que en la construcción del Derecho Administrativo Global haya que tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos en la búsqueda de patrones comunes que se integren en forma de *accountability*, derechos, tanto de Estados como de ciudadanos, y democracia. Tarea que es francamente difícil a la vista de las diferencias que todavía existen en este punto en muchas culturas pero que debe afrontarse en la búsqueda de mayores cotas de desarrollo y protección de la dignidad del ser humano.

Desde el punto de vista de la “*accountability*” interna, el Derecho Administrativo Global es un derecho que vela por unas determinadas condiciones de legalidad en un orden institucional que se califica como independiente. En este sentido, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, como la Administración global actúa a través de la interacción o articulación de diferentes componentes, el Derecho Administrativo requiere de mecanismos que garanticen de cada parte pueda realizar la tarea asignada de acuerdo con las normas del régimen del ente de que se trate. Estos mecanismos suponen ordinariamente una cierta forma de vigilancia y supervisión de los límites de la delegación de que se trate y de la adecuación a las normas que emanan del centro de la institución global. En este sentido, dicen estos autores, se puede contemplar el panel de inspección del Banco Mundial, como un medio para que el Consejo Ejecutivo controle la gerencia y como un medio para que la gerencia central controle a los encargados operacionales. Otros dos casos que refieren estos profesores se refieren al funcionamiento del órgano de solución de controversias de la OMC como mecanismo para ayudar a que se cumplan las reglas del régimen global en relación con las Administraciones nacionales. El otro supuesto atiende a la aparición de reglas europeas en procedimientos administrativos de los Estados miembros que permitan la participación en la revisión judicial de las decisiones administrativas correspondientes: así es más fácil que se cumpla regulación supranacional europea puesto que de esta forma es más fácil que las regulaciones supranacionales se cumplan a nivel nacional. Se trata, pues, de introducir en las regulaciones internas reglas globales que permitan la aplicación del Derecho Global. Es un Derecho que subraya la legalidad y la revisión judicial como un medio de control de las agencias centrales sobre actores subordinados o periféricos, si bien la jurisprudencia de la Corte Internacional de La Haya o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como es sabido, ofrece amplias lagunas. Estamos, pues, ante una dimensión del Derecho

Administrativo Global aplicable a estructuras administrativas de naturaleza cooperativa tanto desde la versión de la solidaridad como del cosmopolitismo.

En la segunda dimensión de protección de los derechos, el Derecho Administrativo Global se basa en la cláusula del Estado de Derecho. Aquí lo importante es que la lesión del derecho en cuestión pueda ser recurrida por el Estado a la persona afectada por un organismo independiente. Esta modalidad de Derecho Administrativo Global opera en aquellos casos, dicen Kingsbury, Kresch y Stewart, en que la Administración global actúa directamente sobre ciudadanos. Es el caso del reconocimiento del debido proceso ante órganos globales como el Consejo de Seguridad de la ONU o en el régimen anti-doping internacional. Subrayar este enfoque, dicen estos autores, supone dar preferencia a un planteamiento liberal, al individualismo. Sin embargo, superando esta concepción ciertamente unilateral, es posible asentar la base del Derecho Administrativo Global más bien sobre una perspectiva universal de los derechos humanos. El problema vendría a partir de la interpretación de los derechos humanos, interpretación que el contenido y la letra de la declaración universal resuelve en gran medida, al menos en lo que se refiere a los mínimos que permiten un desarrollo digno del ser humano. Es verdad que en un orden plural nadie debe imponer sus puntos de vista, pero no es menos cierto que en un orden plural la dignidad del ser humano puede ser colocada como valor común, lo cual es muy importante para que ese reconocimiento de los derechos humanos sea una realidad como principio fundante del Derecho Administrativo Global. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global como derecho que protege, valga la redundancia, derechos de los Estados, las cosas se complican todavía más en la medida en que tal perspectiva no parece encaminada a solucionar, salvo por criterios de votación, los problemas de diversidad que se presentan en un mundo global de naturaleza pluralista.

Finalmente, y para terminar, el Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con la democracia, presenta algunos problemas. Uno no menor es la ausencia de Tribunales de justicia independientes a nivel global. Otro reside en la diversidad de entendimientos que el sistema democrático ofrece en diversas partes del globo. Sin embargo, como ha sostenido Anne-Marie Slaughter, es posible trabajar en esta dirección si se asegura la rendición de cuentas de los funcionarios encuadrados en las diferentes redes de gobierno en que funcionara la Administración global. Es, desde luego, una posibilidad que, en mi opinión, debe ser contemplada como un punto de partida posible para llegar a mayores cotas de legitimidad democrática.

## **6. REFLEXION CONCLUSIVA**

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, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en mi opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales más relevantes sobre la materia, son

partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva.

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, especialmente en la vertiente administrativa. Este dato ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de estudiar, no sólo las formas de composición de la Administración global, sino los actos y las normas que se producen.

Las diversas maneras de comprender el Derecho, el Ordenamiento jurídico plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo Global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel 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 para 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 de 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. A través del principio de buena Administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad.

A través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pienso que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo Global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional que legitime los excesos y los abusos de una tecno estructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. En este tiempo en que el Derecho Administrativo Global está surgiendo, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, estas páginas pretenden precisamente contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo Global, como Derecho que es y por ello producto cultural, ha de expresar un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el Orden jurídico administrativo global.

## 7. BIBLIOGRAFIA

B. Kingsbury, N. Kisch y R.B. Stewart, The emergence of Global Administrative Law, 68 Law and Contemporary Problems, 15, 2005. En castellano, El surgimiento del Derecho Administrativo Global, en Revista Argentina del Régimen de la Administración pública, nº 3, 2007.

A. Gordillo, Hacia la unidad del orden jurídico mundial, Exposición del autor en la Universidad de Buenos Aires, en el Centro de Estudiantes, el 17 de marzo de 2009.

S. Cassese, La globalización jurídica, Madrid, 2006.

D.C. Esty, Good governance at the supranational scale: globalizing Administrative Law, The Yale Law Journal, 117, 2006.

M. Ballbé, El futuro del Derecho Administrativo en la globalización, Revista de Administración Pública, 174, 2007.

E. Schmidt-Assmann, La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Madrid, 2003.

# EL DERECHO DE HUELGA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y MUNICIPALES, SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO DE EL SALVADOR

José Luis Alberto Monge<sup>2</sup>

**Sumario:** 1. Definiciones doctrinarias y legales de la huelga 1. Definiciones doctrinarias 1.2 Definiciones legales. 2. El derecho de la huelga de los empleados públicos y municipales según el derecho internacional 2.1 Instrumentos Internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos 2.2 Instrumentos Internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2.3 Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en materia de Libertad Sindical 3. El derecho de la huelga de los empleados públicos y municipales según el derecho interno de El Salvador 4. Conclusiones.

## 1. Introducción

En este artículo se pretende analizar la forma en que el ordenamiento jurídico interno y los instrumentos internacionales que el Estado de El Salvador ha suscrito y ratificado, en materia de derechos humanos, reconocen y/o regulan la huelga de los empleados públicos y municipales. Es importante dicho análisis porque permitirá poner en evidencia cuál es la situación de los empleados públicos y municipales, en cuanto al goce y ejercicio de este derecho; y si el derecho interno está o no en correspondencia con el derecho internacional vigente en El Salvador. A continuación, el desarrollo del tema se presenta en el orden siguiente: I) definiciones doctrinarias y legales de la huelga; II) el derecho de huelga de los empleados públicos y municipales, según el derecho internacional; III) el derecho de huelga de los empleados públicos y municipales, según el derecho interno de El Salvador; y IV) conclusiones.

## 1. Definiciones doctrinarias y legales de la huelga.

### 1.1 Definiciones doctrinarias.

Las definiciones doctrinarias sobre la huelga pueden resultar tantas y tan diversas, como autores se hayan consultado. Por tal razón y en correspondencia a la brevedad y propósito de este artículo, sólo se expondrán las definiciones de tres tratadistas, de los más conocidos en nuestro medio. En primer lugar, se hará referencia a la definición de "huelga" que expuso el Maestro Mario De la Cueva en su obra "Derecho Mexicano del Trabajo". El ilustre Maestro, después de analizar las definiciones de varios autores, nos presenta su "ensayo de definición", así: "La huelga es el ejercicio de la facultad legal de las mayorías obreras para suspender las labores en las empresas, previa observancia de las formalidades legales, para obtener el equilibrio de los derechos o intereses colectivos de trabajadores y patronos".<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Es profesor titular de Derecho Laboral y coordinador de dicha área.

<sup>3</sup> De la Cueva, Mario. "Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II". Editorial Porrúa, S.A. México, D.F., 1959. Pág.788.

Nótese que el autor citado, en esta definición, hace referencia a la huelga como el ejercicio de una facultad legal y se distancia de la huelga como una situación de hecho. El mismo Maestro De la Cueva, a quien debemos mucho por su aporte en el desarrollo del Derecho Laboral, en su segunda obra "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", expresó: "La huelga es la suspensión concertada del trabajo, llevada al cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que respondan a la idea de la justicia social, como un régimen transitorio, en espera de una transformación de las estructuras políticas, sociales y jurídicas, que pongan la riqueza y la economía al servicio de todos los hombres y de todos los pueblos, para lograr la satisfacción integral de su necesidad".<sup>4</sup> Como puede observarse, en su segunda obra, el connotado Maestro optó por una definición más de contenido socioeconómico que de contenido estrictamente jurídico-legal.

Por su parte, el Maestro Guillermo Cabanellas, a modo de conclusión crítica sobre la figura jurídica que nos ocupa, expone: "cabe definir la huelga cual abstención colectiva y concertada del trabajo por los trabajadores, sea por un grupo de ellos, por una asociación gremial, por la mayoría de quienes trabajan en una o varias empresas o grupos de empresas, con abandono de los lugares de trabajo, con el objeto de ejercer presión sobre el patrono o empresario, a fin de obtener el reconocimiento de una pretensión profesional o con el propósito de preservar, modificar o crear nuevas condiciones laborales"<sup>5</sup>. Finalmente, para el Maestro Néstor de Buen, la huelga es "La suspensión de las labores en una empresa o establecimiento, decretada por los trabajadores, con el objeto de presionar al patrono para la satisfacción de un interés colectivo"<sup>6</sup>.

## 1.2. Definiciones legales.

En El Salvador, la primera definición legal de "huelga" la encontramos en la "Ley General sobre Conflictos Colectivos de Trabajo"<sup>7</sup>.

El artículo 1 de esta ley prescribía: "*Huelga es la suspensión del trabajo, acordada y ejecutada por un grupo de trabajadores al servicio de una empresa o negociación o patrono, con el objeto de alcanzar el mejoramiento de las condiciones de trabajo*". Posteriormente, en el primer Código de Trabajo de este país, aprobado en 1963<sup>8</sup>, el legislador salvadoreño, expresó: "*Art.395.- Huelga es la suspensión colectiva del trabajo llevada a cabo por una pluralidad de trabajadores con el propósito de alcanzar mejores condiciones de trabajo*".

---

<sup>4</sup> De la Cueva, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo II". Editorial Porrúa, S.A. México, 2002. Pág.588.

<sup>5</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. "Compendio de Derecho Laboral. Tomo II". Editorial Heliasta, 4ª Edición. Buenos Aires, Argentina. 2002. Pág.266.

<sup>6</sup> De Buen, Néstor. "Derecho del Trabajo. Tomo II". Editorial Porrúa. S.A. México, 1996. Pág.888.

<sup>7</sup> Esta ley fue aprobada según D.L. N° 322, de fecha 12 de enero de 1946 y promulgada el 15 de enero del mismo año.

<sup>8</sup> Aprobado por D.L. N° 241 de fecha 22 de enero de 1963; y publicado en el D.O. N° 22, Tomo 198, de fecha 1 de febrero de 1963.

Actualmente, el Código de Trabajo vigente, aprobado en 1972<sup>9</sup>, en el Art.527 dispone: “*Huelga es la suspensión colectiva del trabajo, concertada por una pluralidad de trabajadores, con el propósito de obtener una finalidad determinada*”.

Dos elementos pueden observarse con facilidad en las tres definiciones transcritas: 1) Que la huelga se trata de un acuerdo adoptado y ejecutado por una pluralidad de trabajadores (comunidad obrera); y 2) Que esta acción tiene una finalidad específica (alcanzar mejores condiciones de trabajo y la defensa de los intereses profesionales comunes)<sup>10</sup>.

Es oportuno aclarar además, que será esta última definición legal vigente, la que se tendrá como referente en este análisis.

## **2. El derecho de la huelga de los empleados públicos y municipales según el derecho internacional.**

El abordaje de este apartado estará referido, en primer lugar, a los instrumentos internacionales más generales que constituyen el Sistema Universal de Derechos Humanos; en segundo lugar, a los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y finalmente, a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de Libertad Sindical.

### **2.1 Instrumentos Internacionales del Sistema Universal de Derechos Humanos.**

Entre los instrumentos internacionales básicos y más generales del Sistema Universal de Derechos Humanos, pueden mencionarse: a) La Declaración Universal de Derechos Humanos; b) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y c) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De todos estos instrumentos, el único que hace referencia y reconoce expresamente el derecho de huelga, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y lo hace en los siguientes términos:

#### *“Artículo 8*

- 1. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: ....d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país....”.*

A diferencia del derecho de asociación sindical, que es reconocido expresamente en cada uno de los instrumentos básicos de derechos humanos a nivel universal; el derecho de huelga sólo es reconocido en uno de ellos y en los términos citados, con el agravante de que permite que cada Estado parte lo regule en su derecho interno. Lo anterior significa que cada Estado parte está en libertad de limitar, según le convenga, el reconocimiento y ejercicio del referido derecho.

---

<sup>9</sup> Decreto Legislativo N° 15 de fecha 23 de junio de 1972; publicado en el D.O. N° 142, Tomo N° 236, del 31 de julio de 1972.

<sup>10</sup> Ver Art.528 del Código de Trabajo, el cual regula expresamente las finalidades que puede perseguir la huelga. Si se persigue cualquier otra finalidad, será declarada ilegal. Art. 553 literal b) C.T.



## **2.2 Instrumentos Internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

Así como en el apartado anterior se hizo mención de los instrumentos internacionales básicos y más generales del Sistema Universal de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se pueden citar: a) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b) La Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José”; y c) El Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”.

De estos instrumentos, el único que amerita especial atención, a los propósitos de este artículo, es el Protocolo Adicional a la Convención Americana de los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ser el único que reconoce expresamente el derecho de huelga, como parte de los derechos sindicales. Este Protocolo, al efecto, reza:

### *“Artículo 8 Derechos Sindicales*

#### *1. Los Estados partes garantizarán: .....b. el derecho a la huelga....”*

En opinión de quien escribe este artículo, este último instrumento es más contundente que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando se refiere al derecho de huelga, por cuanto impone la obligación para cada Estado parte, de garantizar el ejercicio de aquél en forma general, sin limitarlo a la conveniencia del legislador nacional. Para finalizar el estudio del derecho de huelga en los instrumentos internacionales, a nivel de las Américas, es ineludible referirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, conocida como “Carta de Bogotá”, aprobada en dicha Ciudad, el 2 de mayo de 1948, por los Estados Americanos, con excepción de los Estados Unidos de América.

La Carta en comento, en su Art.27, se refiere al derecho de huelga en los términos siguientes: *“Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La ley regulará este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicios”*. Por la forma en que fue redactado este artículo, puede hacerse la misma observación que se le hizo al Art.8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sentido de que el reconocimiento que hace del derecho de huelga puede ser limitado o restringido por el derecho interno de cada país.

## **2.3 Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en materia de Libertad Sindical.**

Los Convenios de la O.I.T. relativos a la Libertad Sindical son: a) El Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación; b) El Convenio N° 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva; c) El Convenio N°135 sobre los Representantes de los Trabajadores; d) El Convenio N° 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública; y e) El Convenio N° 154 sobre el Fomento de la Negociación Colectiva.

Los primeros cuatro Convenios mencionados anteriormente, ya fueron ratificados por el Estado de El Salvador y, por tanto, son leyes vigentes de la República. Los dos primeros, se conocen como los Convenios Básicos de la OIT en relación a la Libertad Sindical.

Actualmente, ya no cabe duda de que el derecho de huelga es una de las manifestaciones de la libertad sindical, junto al derecho de asociación sindical y de contratación colectiva. Sin embargo, hay que decirlo, ninguno de los Convenios de la OIT citados anteriormente hace referencia expresa al derecho de huelga, ni siquiera para los trabajadores del sector privado.

Afortunadamente, la OIT no ha desconocido del todo este problema, ya que en base al Art.3 del Convenio N°87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, de 1948, el cual dispone que: *“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”*, dicha organización ha reconocido que todos los trabajadores tienen derecho a programar la huelga.

Para fundamentar tal interpretación, se basan específicamente en el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores, sin restricción, *“de organizar su administración y sus actividades y de formular su programa de acción”*<sup>11</sup>.

Particularmente los órganos de control de la OIT, tales como la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración, han reafirmado el derecho de huelga de los trabajadores y definido los límites dentro de los cuales cabe ejercerlo. Para el caso, en lo que se refiere a la Administración Pública, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que la única categoría de funcionarios públicos a los que se les puede prohibir la huelga es a aquellos que actúan como *“órganos del poder público”*. Por su parte, la Comisión de Expertos definió a esta categoría de funcionarios como *“aquellos que se emplean en los Ministerios y demás órganos gubernamentales comparables, así como aquellos que actúan en calidad de auxiliares de éstos, pero no las demás personas empleadas por el Estado, las empresas públicas o las instituciones públicas autónomas”*<sup>12</sup>.

Además, entre la categoría de funcionarios que no actúan como órganos de poder público, el Comité admite que pueden ser excluidos del derecho de huelga aquellos que trabajan en servicios esenciales en el sentido estricto del término, entendiendo como tales, *“aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”*<sup>13</sup>

### **3. El derecho de la huelga de los empleados públicos y municipales según el derecho interno de El Salvador.**

---

<sup>11</sup> Jane Hodges-Aeberhard y Alberto Odero de Dios. “Los principios del Comité de Libertad Sindical relativos a las Huelgas”. Revista Internacional del Trabajo. Vol.106, N°4 1987, pág.511-512

<sup>12</sup> Ibid, pág.520.

<sup>13</sup> Idem.

En El Salvador, fue la Constitución de 1945 la que en su Art. 160, por primera vez, dispuso: *“El derecho de huelga de los trabajadores y el paro de los patronos será reglamentado por la ley”*; con lo cual se estaban reconociendo ambos derechos. Dicho precepto constitucional fue desarrollado en la *“Ley General sobre Conflictos Colectivos de Trabajo”* de 1946. Pero a la vez, en su Art.5, se prohibía la huelga en los servicios públicos, y según el Art.6 de la misma, entre dichos servicios se entendían los que desempeñaban los trabajadores al servicio del Estado.

Posteriormente, la Constitución de 1950, en su Art.193, estableció: *“Los trabajadores tienen derecho a la huelga y los patronos al paro. La ley regulará estos derechos en cuanto a sus condiciones y ejercicio”*. Pero por otro lado, el Art.110 de la misma Carta Magna, señalaba: *“Se prohíbe la huelga de los funcionarios y empleados públicos, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos. La militarización de los servicios públicos civiles procederá únicamente en casos de emergencia nacional”*.

Seguidamente, el Art.111 establecía: *“Las disposiciones de este Capítulo son extensivas a los funcionarios y empleados municipales”*.

La Constitución Política de 1962 se expresó en los mismos términos que la de 1950<sup>14</sup>.

Ya en la Constitución de 1983, en el Art.48, se amplió un poco la disposición relativa a la huelga y al paro; habiendo quedado redactado así: *“Los trabajadores tienen derecho a la huelga y los patronos al paro. Para el ejercicio de estos derechos no será necesaria la calificación previa, después de haberse procurado la solución del conflicto que los genera mediante las etapas de solución pacífica establecidas por la ley. Los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que éstos se inicien.*

*La ley regulará estos derechos en cuanto a sus condiciones y ejercicio”*.

Pero al igual que las anteriores, esta Constitución de 1983, también mantuvo la prohibición de la huelga para los trabajadores públicos y municipales, puesto que en su Art.221, dispone: *“Se prohíbe la huelga de los trabajadores públicos y municipales, lo mismo que el abandono colectivo de sus cargos”*.

*La militarización de los servicios públicos civiles procederá únicamente en casos de emergencia nacional”*.

Es importante señalar que el día 27 de mayo del corriente año (2009), la Asamblea Legislativa ratificó un Acuerdo de Reforma Constitucional, al Art.48, el cual ha quedado así:

---

<sup>14</sup> Ver Art.192, 110 y 111 de la Constitución Política de 1962.

*“Art.48.- Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos esenciales determinados por la ley...” (el subrayado es nuestro).*

Ahora bien, para justificar esa prohibición constante a la que venimos haciendo referencia, en cuanto al ejercicio del derecho de huelga de los empleados públicos y municipales, se han utilizado varios argumentos. Entre ellos, se dice: a) Que los servicios públicos deben prestarse en forma continua e ininterrumpida; b) Que el Estado no puede permitir la huelga a sus agentes porque como empleador persigue fines distintos a los que persigue el empleador privado, los cuales están sobre cualquier interés particular o de grupo; y c) Sostienen incluso que el estallido de una huelga general de los empleados públicos es atentatoria contra la existencia misma del Estado.

Alguna importancia tienen las argumentaciones anteriores. Sin embargo, en la actualidad, dado el avance que se ha observado en la teoría y legislación sobre los derechos humanos, esas ideas parecen desfasadas; y por tanto el Estado debería de superarlas. Para este efecto, se debe recordar y tener en cuenta lo siguiente:

1º El Salvador ha ratificado el “Protocolo de San Salvador” y, por tanto, está obligado a garantizar el derecho de huelga a todos los trabajadores sin ninguna distinción<sup>15</sup>.

2º La doctrina del Derecho Internacional del Trabajo y las resoluciones de organismos de control de la OIT, como el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, han declarado que en la Administración Pública sólo se justifica la prohibición de la huelga cuando se trata de funcionarios que actúan como órganos del poder público y aquellos que trabajan en servicios esenciales, entendidos tal como fueron definidos anteriormente en este estudio.

Además, hay que tomar en cuenta que existe una realidad fáctica que rebasa lo jurídico; es decir, que aunque las huelgas en el sector público estén prohibidas expresamente, los trabajadores siempre hacen uso de ella porque la consideran un instrumento eficaz para alcanzar mejores condiciones de trabajo.

Considerando las ideas expuestas, lo recomendable sería que se reforme el Art.221 Cn. en el sentido de eliminar la prohibición general, absoluta e indiscriminada que en él se hace de la huelga para los empleados de la administración pública, puesto que según el Derecho Internacional del Trabajo, sólo se justifica tal prohibición cuando se trata de “funcionarios que actúan como órganos del poder público y aquellos que trabajan en servicios esenciales”.

En este sentido, bastaría con la reforma ya incorporada al Art.48 Cn para entender que, tanto en el sector privado como en el sector público, la huelga no se permite cuando se trate de servicios esenciales a la comunidad. De esta manera, el Estado de El Salvador

---

<sup>15</sup> Ver Art.8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”.

armonizaría plenamente su derecho interno con el Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Recuérdese que no todos los servicios que prestan los empleados públicos son servicios esenciales; tampoco pueden prestar dichos servicios sólo los empleados públicos, lo hacen también los trabajadores del sector privado. Por esto, la importancia del Art. 515 del Código de Trabajo.

Por supuesto que la reforma al Art.221 Cn., en el sentido que se ha indicado, obligaría a la Asamblea Legislativa a hacer todas las reformas que sean necesarias en las leyes secundarias; entre éstas y especialmente, la Ley de Servicio Civil<sup>16</sup>.

#### **4. Conclusiones.**

A partir de todo lo expuesto se pueden establecer las conclusiones siguientes:

1. En el Sistema Universal de Derechos Humanos sólo el Art.8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a la huelga, pero ejercido de conformidad con la ley de cada país.
2. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el “Protocolo de San Salvador”, en su Art.8 establece la obligación de los Estados parte de garantizar el derecho de huelga, sin distinguir entre trabajadores del sector privado y público. Por lo tanto, habiendo ratificado El Salvador dicho Protocolo, está en la obligación de garantizar el ejercicio de aquel derecho sin hacer distinción entre los dos sectores referidos.
3. Según la doctrina del Derecho Internacional del Trabajo y las resoluciones de los organismos de control de la OIT, sólo se justifica la prohibición de la huelga cuando se trata de funcionarios que actúan como órganos del poder público o cuando se trate de servicios esenciales. El Art.515 C.T. establece una definición de lo que debe entenderse por servicios esenciales.
4. En El Salvador, la Constitución de la República, en su Art.221, prohíbe en forma general y absoluta la huelga de los trabajadores públicos y municipales; por tanto, nuestro derecho interno no está en correspondencia con el Derecho Internacional de Derechos Humanos ni con el Derecho Internacional del Trabajo.
5. Para superar esta incongruencia entre el derecho interno de El Salvador y el derecho internacional, sería conveniente reformar el Art.221 Cn; eliminando la prohibición que ahí se hace de la huelga, para que los trabajadores públicos y municipales puedan ejercer este derecho en base al Art.48 reformado de la Constitución.
6. Reformado que haya sido el Art.221 Cn, en el sentido indicado, la Asamblea Legislativa deberá reformar además la ley secundaria, para garantizar el correcto ejercicio del derecho de huelga en el sector público; logrando de esta manera

---

<sup>16</sup> Entre las otras leyes secundarias que se refieren a la huelga de los servidores públicos están: El Código de Salud, Art.36; La Ley del Ejercicio de la Profesión Odontológica y sus Actividades Auxiliares, Art.17; La Ley Disciplinaria Policial, Art.9 N°23; y la Ley de la Carrera Judicial, Art.52 lit.i)

armonizar nuestro derecho interno con el derecho internacional y avanzar en el proceso democrático nacional.

Ciudad Universitaria, San Salvador, 23 de noviembre de 2009.

# LA ESTABILIDAD LABORAL EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES MÁS ALLÁ DE SU PLAZO DE VIGENCIA: A PROPÓSITO DE LOS CAMBIOS DE GOBIERNO

Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez \*

## ABREVIATURAS

Cn.	Constitución de la República, 1983.
EDH:	El Diario de Hoy
LCC:	Ley de la Corte de Cuentas
LCAM:	Ley de la Carrera Administrativa Municipal
LPG:	La Prensa Gráfica
LRGAEPNCA:	Ley Reguladora de la Garantía de Audiencia de los Empleados Públicos no comprendidos en la Carrera Administrativa.
ISSS:	Instituto Salvadoreño del Seguro Social
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública.
LSC:	Ley del Servicio Civil
DGP:	Disposiciones Generales de Presupuestos
LOAFE:	Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.
SC:	Sala de lo Constitucional
SCA:	Sala de lo Contencioso Administrativo

**SUMARIO.**- Introducción.- 1.-Formas de regular la relación *servidor público – Estado*.- 2.-La situación de los contratos de prestación de servicios personales.- 3.-El estatus jurídico de los contratos civiles *sui generis* que regulan la relación laboral *servidor público – Estado*.- 3.1.-*Estabilidad Laboral y Estabilidad en el Cargo en los contratos civiles sui generis*.- 4.-La reforma de la LSC de mayo de 2009.- 5.-A manera de conclusión.-

## Introducción

Uno de los temas recurrentes cuando se da un cambio de partido político en el gobierno, es el relativo al cambio de los servidores públicos. El cambio ha sido constante en el caso de los gobiernos municipales<sup>17</sup>; pero también ahora se ha puesto de relieve con relación al Ejecutivo<sup>18</sup> y a diversas instituciones oficiales autónomas debido al cambio de partido político en las pasadas elecciones presidenciales.

---

\* Docente del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

<sup>17</sup> Véase la nota periodística: “Alcalde despide a 15 empleados”. En este reportaje se asevera que el cambio de personal sucede cada tres años, cuando se da el cambio de gobierno municipal. Se asevera que cuando gana un partido político, las personas allegadas al contrario son despedidas; y cuando gana el otro, también son despedidas las allegadas a su contrincante. LPG de fecha 5-05-09. Accesible en la siguiente dirección: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/departamentos/31449-alcalde-despide-a-15-empleados.html> (consultada el día 2 de agosto de 2009).

<sup>18</sup> Véanse las notas periodísticas: “Destituyen a 12 gerentes y jefes en INDES”, EDH de fecha 16-06-09, p. 10; y “Debate por despidos en oficinas públicas. Se contabilizan al menos 60 casos”, EDH de fecha 20-06-09, p. 2 En ambos reportajes se relata el tema de los despidos en las entidades públicas relacionadas con el cambio de gobierno central.

Nuestra percepción sobre la cuestión es que esto ha tenido que ver con la doble dicotomía “derecho al trabajo” versus “ahorro en prestaciones laborales” y “lealtad en la función pública”. Es así que para que el Estado se ahorrara dinero en concepto de prestaciones laborales y para poder garantizar la lealtad en la función pública, poco a poco se fueron mermando las garantías que dotaban de estabilidad<sup>19</sup> a los servidores y se fue implementando en el gobierno un sistema por medio del cual, se gastara menos en prestaciones laborales, y por otro, se pudiera prescindir de manera relativamente fácil, de aquellos servidores que no garantizaban la debida “lealtad”. Esto fue posible debido a la incorporación masiva de servidores mediante *contratos de servicios personales* cuyo plazo de duración por regla general ha sido anual.

Recientemente, el temor de despidos masivos principalmente en el Ejecutivo, causó reformas a leyes con el objeto de devolver las garantías de estabilidad, pero sólo a ciertos empleados públicos. La reforma dejó un agujero jurídico en el caso de otros servidores que desempeñan los cargos de mayor jerarquía en las diferentes instituciones de la administración, a quienes virtualmente la legislación no les daría mayores garantías, aunque la práctica jurisprudencial ha hecho resaltar lo contrario. Lastimosamente esta jurisprudencia pareciera ser desconocida o desatendida.

En las siguientes líneas haremos un breve esbozo de forma narrativa – aunque al final con algunas reflexiones - sobre el problema laboral que a pocos días de los cambios de gobierno municipal y central, se ha puesto de nuevo en la discusión nacional, todo con el objeto de analizar si los cambios legislativos y la jurisprudencia<sup>20</sup> existente pueden ser insumos eficaces para solventar el problema de la estabilidad laboral de los servidores públicos ligados con el Estado por medio de contratos de prestación de servicios personales.

## **1.- Formas de regular la relación *servidor público – Estado***

Las personas naturales pueden prestar sus servicios al Estado bajo dos esquemas: uno que establece una relación de coordinación – servicios no personales<sup>21</sup> – y otro que se establece bajo un esquema de subordinación – servicios personales -. Bajo este último

---

<sup>19</sup> Debe recordarse que la estabilidad puede ser: laboral o en el cargo. Para dilucidar las diferencias puede verse: BAÑOS PACHECO, O., *La estabilidad laboral del servidor público en El Salvador*, publicación especial número 30, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1999, pp. 3 y ss. Además puede verse entre otras: sentencia del proceso de inconstitucionalidad de fecha 20-06-1999, ref. 4-88/1-96 Ac.

<sup>20</sup> Hay que advertir desde ya que las líneas jurisprudenciales que se citan, responden a criterios de diferentes salas la Corte Suprema de Justicia; criterios que pueden variar con la elección de nuevos magistrados.

<sup>21</sup> El artículo 4 literal “c” de la LACAP señala que está excluida de dicha ley “*La contratación de servicios personales que realicen las instituciones de la Administración Pública, ya sea por el sistema de Ley de Salarios, Contratos o Jornales*”; por su parte el artículo 16 de la misma Ley hace alusión a la necesidad de programar la adquisición de servicios *no personales*, suponiendo que en tales adquisiciones de servicios se aplican las reglas de la LACAP. También hay que recordar que la contratación de servicios no personales estaba regulada en el artículo 138 de las DGP, que fue derogado por el D.L. N° 868, del 5 de abril de 2000, publicado en el D.O. N° 88, Tomo 347, del 15 de mayo de 2000, que derogó parte de los Capítulos IV y V de la las DGP en razón de que entró en vigencia la LACAP.



rubro se enmarca el grupo de personas que realizan las labores de la administración pública, recibiendo el calificativo de servidores públicos.

La normativa que regula la relación “*Servidor – Estado*” es variada. Por ejemplo, nuestra Constitución reconoció un apartado específico sobre el servicio civil<sup>22</sup> y estableció una carrera administrativa, delegando que por medio de la ley<sup>23</sup> se pudiera normar, entre otras, las formas de ingreso a la Administración. Pero es necesario recordar que esta es sólo una de las tantas *carreras* que existen en la Administración – otras a manera de ejemplo son la policial o la judicial –. En todo caso, “(l)a relación entre los servidores públicos..... y el Estado, se origina ya sea a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien, de un contrato de naturaleza civil.”<sup>24</sup>

En el primer caso, los contratos de trabajo norman a los *trabajadores públicos*, cuya relación es regulada por el Código de Trabajo y protegidos por la jurisdicción especial de trabajo<sup>25</sup>; en el caso de los *empleados públicos*, su relación puede estar determinada por *nombramiento administrativo* o por *contrato*. Los nombrados por Ley de Salarios, están regulados principalmente por la ley del Servicio Civil - a menos que sean de los excluidos de la Carrera Administrativa<sup>26</sup> (art. 4 LSC)- y protegidos por las instituciones y procedimientos que en la misma se prevén. Por otro lado, los regulados por *contrato*, denominados contratos de servicios personales contemplados en el artículo 83 de las Disposiciones Generales de Presupuestos, que bien pueden ser “*profesionales*” o “*técnicos*”, están determinados por las mismas cláusulas del contrato y protegidos

---

<sup>22</sup> Véase el artículo 218 y ss. de la Constitución.

<sup>23</sup> Véase específicamente el artículo 219 Cn. Aún y cuando la redacción de la Constitución habla a futuro, esta ley nunca fue emitida, sino que se ha seguido con la aplicación de la Ley del Servicio Civil que nació a la luz de la creación de la carrera administrativa conforme la Constitución política de 1950. Al efecto véanse los considerandos de la LSC.

<sup>24</sup> Esta ha sido jurisprudencia reiterada de la SCA. Para citar algunos casos véanse por ejemplo sentencias definitivas de la SCA de fecha 28-02-2001, ref. 123-R-2000, romano IV; también la sentencia definitiva de fecha 16-09-2008, ref. 110-D-2004, considerando B.2.2.

En otro sentido, la SC ha hecho una clasificación más amplia sosteniendo: “...*el Estado o sus instituciones requieren de un elemento humano que desarrolle ciertas actividades a en el marco de las normas jurídicas que les rigen, son personas naturales a las que se les denomina trabajadores y servidores públicos, quienes pueden estar vinculadas al Estado o a sus instituciones por diferentes medios legales -entre estos-: (a) por haber optado a un cargo público y ser electas por votación popular directa para un período determinado; (b) a partir de elecciones de segundo grado; (c) ingreso bajo el régimen de carrera administrativa entendida como el género -, o como parte de aquellas otras carreras establecidas en la Constitución o por la ley - especies del género carrera administrativa -; y (d) acuerdos de voluntad o contratos, ya sea mediante relaciones de coordinación o de supra subordinación*”. (Véase al respecto la sentencia definitiva de amparo de fecha 27-01-2004, ref. 985-2002.)

<sup>25</sup> Este es el supuesto al que se refiere el artículo 2 literal “b” del Código de Trabajo.

<sup>26</sup> A los excluidos de la carrera administrativa no se les aplica la Ley del Servicio Civil, pero en la parte procedimental, puesto que en lo relativo a la parte sustantiva – deberes, obligaciones por ejemplo – si están vinculados por ella (art. 5 LSC). Sobre esta consideración véase sentencia definitiva de amparo de fecha 3-01-2002, ref. 282-2000, Ac. 288-2000. Además hay que recordar también todos los otros regímenes especiales que norman a los empleados públicos de diversas entidades autónomas, regulados por una legislación especial.

procedimentalmente por la LRGAEPNCA, por disposiciones específicas<sup>27</sup> dependiendo de la institución de que se trate o por aplicación directa del derecho a la Garantía de Audiencia del artículo 11 de la Constitución.

Por último se reconoce a los *funcionarios públicos*, que serían aquellos que ocuparían los puestos de dirección de las diferentes instituciones, con poder de decisión<sup>28</sup> y cuya relación con el Estado puede ser de diferente naturaleza: de elección popular, de segundo grado o por nombramiento<sup>29</sup> – Estos últimos funcionarios podrían encontrarse comprendidos en la carrera administrativa; pero en general, los funcionarios públicos gozarían de de estabilidad en el cargo<sup>30</sup> en el sentido que están protegidos de cualquier remoción ilegal o arbitraria dentro del período para el cual fueron electos.

De manera general<sup>31</sup> se puede decir que bajo el esquema de subordinación laboral, las formas de establecer la relación *servidor público – Estado* son: por contrato de trabajo, por nombramiento administrativo y por contratos de prestación de servicios personales – profesionales o técnicos -; y que fuera de éstas, por virtud del principio de legalidad de la Administración Pública, no pueden crearse discrecionalmente otras formas<sup>32</sup>, sino con la necesaria habilitación normativa.

En consecuencia, la estabilidad laboral y la estabilidad en el cargo de los servidores públicos, estará condicionada por el tipo de norma que regule su relación laboral con el Estado.

## **2.-La situación de los contratos de prestación de servicios personales de las DGP.-**

---

<sup>27</sup> Por ejemplo en el caso del ISSS, en reiteradas ocasiones se ha señalado que la garantía de audiencia se asegura mediante las disposiciones contenidas en el contrato colectivo de trabajo. Véase al respecto la sentencia definitiva de amparo de fecha 8-02-2007, ref. 460-2005.

<sup>28</sup> En este concepto se enfatiza en el cargo de dirección del funcionario. Sin embargo, de una forma más amplia, sobre los elementos de los funcionarios públicos puede verse: sentencia definitiva de amparo de fecha 11-12-97, ref. 190-97. En esta sentencia se mencionan: “(a) que el nombramiento sea a través de autoridad competente; (b) que desempeñe actividades cuyo fin directo es la realización de funciones públicas; (c) que dichas actividades estén en relación a la estructura orgánica del Estado; y (d) que en él concurra el derecho de mando, iniciativa y decisión respecto de un grupo de personas y de un área específica de trabajo.”

<sup>29</sup> Sobre estos tipo de funcionarios públicos puede verse, SC: sentencia del proceso de inconstitucionalidad de fecha 20-06-1999, ref. 4-88/1-96 Ac.

<sup>30</sup> Sobre la estabilidad de los funcionarios públicos puede verse sentencia definitiva de amparo de fecha 3-02-2009, ref. 825-2006 en la que se reconoce la estabilidad en el cargo de un Síndico municipal, funcionario de elección popular según el artículo 80 Cn.

<sup>31</sup> Se dice de “manera general” pues en caso de existir una norma especial que establezca una forma diferente. Para el caso puede citarse el artículo 2 numerales 2 y siguientes de la LCAM, que si bien son un reflejo de las disposiciones Generales de Presupuestos, en razón de representar variables significativas pero además contemplar figuras comprendidas en las DGP, puede considerarse que constituyen nuevas formas de contratación, pero que en todo caso deben ser originadas ya sea por un nombramiento administrativo o por un contrato de trabajo o uno civil.

<sup>32</sup> Así lo ha considerado la SCA, al determinar que el tipo de contratación por *acuerdos mensuales* llevado a cabo en una institución oficial autónoma era ilegal por no estar enmarcado en ninguna disposición legal. Véase SCA, sentencia definitiva de fecha 9-03-2006, ref. 160-R-2001.

Como ya se dejó indicado en el apartado anterior, la relación de los servidores públicos puede estar regulada bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios personales, que según el artículo 83 de las DGP son los de tipo profesional o técnico. En la práctica puede comprobarse que, a la fecha, la mayoría de servidores están contratados bajo esta modalidad

Para que una persona pueda ser contratada bajo esta modalidad, han de reunirse los requisitos que la misma disposición señala<sup>33</sup>, que de entre ellas, la que más interesa a los efectos de este documento, es la relativa a que “*no constituya una actividad regular y continua dentro del organismo contratante.*”

Sin embargo, en la mayoría de los casos, estos contratos se utilizan para emplear a personas que no desempeñan cargos profesionales ni técnicos – y en muchos casos sin hacerse la consideración de su necesidad para la administración pública por parte del Ministerio de Hacienda - o, por otro lado, estos contratos son utilizados para emplear el grueso de servidores públicos que realizan las actividades *ordinarias y continuas* de las instituciones públicas, y cada año, se les amedrenta con su renovación.

Sucede que estos contratos romperían con las condiciones que las DGP requieren, específicamente en lo relativo a la ordinariedad y continuidad del servicio, tornándose en contratos atípicos, o al menos fuera su contexto, pues las DGP sólo contemplan la contratación temporal.

En tal sentido la contratación permanente de actividades ordinarias por medio de estos contratos transgrede el principio de legalidad en tanto no existe una norma expresa que le habilite a actuar válidamente dentro de un marco de seguridad jurídica, pues *la administración no es libre de crear vínculos laborales fuera del marco normativo*<sup>34</sup>.

En conclusión, los contratos que se le renuevan anualmente a los servidores públicos y por medio de los cuales realizan las actividades propias de las instituciones contratantes, no son los contratos de servicios personales que permite el artículo 83 de la DGP, y en consecuencia serían contratos *sui generis* que regulan la relación laboral *servidor público – Estado*.

### **3.-El estatus jurídico de los contratos *sui generis* que regulan la relación laboral *servidor público – Estado***

---

<sup>33</sup> La disposición en su parte primera señala que los requisitos para un contrato de servicios personales deberán ser:

- a) *Que las labores a desempeñar por el contratista sean propias de su profesión o técnica;*
- b) *Que sean de carácter profesional o técnico y no de índole administrativa;*
- c) *Que aun cuando sean de carácter profesional o técnico no constituyen una actividad regular y continua dentro del organismo contratante;*
- d) *Que no haya en la ley de Salarios plaza vacante con iguales funciones a la que se pretende contratar; y*
- e) *Que con la debida anticipación, 15 días como mínimo, se haya presentado la solicitud y obtenido, por escrito, autorización del Ministerio de Hacienda para celebrar el contrato, sin cuyo requisito la Corte de Cuentas de la República no podrá legalizarlo.(...)*

<sup>34</sup> Así lo ha enfatizado la SCA. Véase al respecto sentencia definitiva de la SCA de fecha 9-03-06, ref. 160-R-2001.

Si aceptamos que los contratos a los que hemos hecho referencia, no tienen asidero legal en las DGP, y que en consecuencia no son los contratos *personales de prestación de servicios*, que ella contempla, entonces ¿qué son? la respuesta a esta cuestión debe buscarse en la historia de la contratación pública salvadoreña<sup>35</sup> y la implementación de un tipo de flexibilización laboral. Fue en este momento, cuando el Estado decidió poder tomar las riendas del juego, posibilitándosele prescindir de servidores públicos a su antojo – principalmente cuando no se garantizaba la “lealtad” en el servicio público-, luego de terminado el plazo de vigencia de su contrato. La forma que se ideó fue un subterfugio jurídico, dar un nombre y una apariencia a un tipo de contrato que no lo es, todo con el fin de que fueran de corta duración y que la estabilidad estuviera condicionada por su plazo.

Muchos reclamos se erigieron en contra de estos contratos. La jurisprudencia constitucional se pronunció sobre tales contratos avalándolos; y señaló que los servidores que estaban bajo estos contratos no estaban del todo desprotegidos, sino que sus derechos estaban garantizados por medio del contrato, y que incluso, gozaban de estabilidad tanto *laboral* como estabilidad en el *cargo* en los términos y mientras durara el contrato<sup>36</sup>. Sin embargo, consideró que una vez finalizado el contrato, los derechos del servidor caducaban quedando a discreción de la administración si recontrataba al servidor o no. El mismo criterio fue plasmado en la jurisprudencia Contencioso Administrativo, al señalar que:

*“la Administración no está obligada, una vez finalizado el plazo contractual, a su prórroga automática.”*

En puridad legal, estas consideraciones son correctas pero sólo para el caso de los contratos de servicios personales que cumplan con las exactas condiciones de las DGP, pues la legislación los contempla para actividades no permanentes; pero son incorrectas al hablar de los contratos por medio de los cuales los servidores públicos prestan sus servicios para las actividades ordinarias y continuas del Estado.

Sin embargo, la jurisprudencia laboral no compartió los anteriores criterios jurisprudenciales. La Honorable Sala de lo Civil de la CSJ, ha hecho su propio análisis

---

<sup>35</sup> Hay que decir que esta forma de contratación no es exclusiva del caso salvadoreño, pues en otras latitudes como por ejemplo en el Perú se ha dado esta práctica. Véase un análisis pormenorizado en: ARCE ORTIZ, E., “*Estabilidad laboral y contratos temporales*”, Primer cuaderno de trabajo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Estabilidad laboral y contratos especiales, agosto de 2006, Lima, específicamente el apartado “*la contratación estatal en las entidades públicas*”, pp. 56 y ss. Accesible en: [http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/estabilidad\\_elmer\\_arce.pdf](http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/estabilidad_elmer_arce.pdf), visitado el día 9-08-2009.

<sup>36</sup> Para ilustrar esta situación puede verse la sentencia de amparo de fecha 27-01-2004, ref. 985-2002. En esta sentencia la Sala de lo Constitucional desvirtuó el carácter de contrato laboral de un contrato suscrito “según” las DGP, y determinó que no era válida la sentencia emitida por una cámara de lo laboral que había resuelto el asunto, porque dicho contrato quedaba fuera de la jurisdicción especial de trabajo en razón de ser un contrato que hacía nacer una relación de subordinación de derecho público. La Sala hace una consideración sobre el régimen de contratación del artículo 83 de las DGP y consideró que el contrato era válido bajo el entendido que era un contrato civil de prestación de servicios personales.

sobre este tipo de contratos y ha considerado que los mismos son verdaderos contratos de trabajo<sup>37</sup>, partiendo de la máxima “los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son<sup>38</sup>”. Observamos que este adagio encontraría sustento jurídico en el mismo artículo 17 del Código de Trabajo, al sostener que *contrato de trabajo* es todo contrato *cualquiera que sea su denominación*, siempre que reúna los requisitos para ser considerado un contrato de trabajo.

Bajo tal supuesto, los contratos *sui generis* tendrían su fundamento legal, no en las DGP, sino en el Código de Trabajo, y se convertirían en contratos personales del prestación de servicios permanentes en la administración pública<sup>39</sup>, con lo cual según la Sala de lo Civil se contrarrestaría el fraude de ley que se cometió a las DGP<sup>40</sup>.

En tal sentido se puede afirmar que el estatus jurídico del contrato de prestación de servicios *sui generis* se considera un *contrato de trabajo*, y en consecuencia, sometido tanto a las reglas sustantivas como procedimentales de la normativa laboral y además, sometido al escrutinio de la jurisdicción especial de trabajo<sup>41</sup>.

### **3.1.- Estabilidad Laboral y Estabilidad en el Cargo en los contratos civiles sui generis**

---

<sup>37</sup> La Sala de lo Contencioso Administrativo ha considerado todo lo contrario, y ha sostenido: “*De ahí que no estamos ante un acto sujeto al control del Código de Trabajo, pues él mismo es claro en su art. 2 al señalar que “No se aplica este Código cuando la relación que une al Estado, Municipios e Instituciones Oficiales Autónomas o Semiautónomas con sus servidores, fuere de carácter público y tuviere su origen en un acto administrativo ( ...); o emane de un contrato para la prestación de servicios profesionales o técnicos ”.* (Sentencia definitiva de fecha 16-09-2008, ref. 110-D-2004.)

<sup>38</sup> Este es un criterio mantenido por la Sala de lo Civil desde hace varios años en la que ha adoptado la doctrina del *Contrato Real*. Véase por ejemplo: Sala de lo Civil, sentencia de apelación de fecha 24-01-2007, ref. 24-Ap-2006, romano VI.

<sup>39</sup> Esto lo ha sostenido en diversas sentencias de apelación la Sala de lo Civil. Dentro de las dictadas en el año en curso se puede citar la Resolución de apelación de interlocutoria con fuerza de definitiva dictada por la Cámara Primera de lo Laboral; expediente de referencia 25-Ap-2006, sentencia de la Sala de lo Civil de fecha 15-01-2009.

<sup>40</sup> En este punto sería importante recalcar que el inciso segundo del artículo 2 del Código de Trabajo excluye de la aplicación de dicho código la relación que surja entre el Estado, Municipio o instituciones oficiales autónomas a partir de contratos de servicios profesionales o técnicos. A partir de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil debe entenderse que el artículo 83 DGP determinó qué debe entenderse por contratos de servicios profesionales o técnicos. Fuera de los supuestos contemplados allí, en virtud del principio de legalidad, no se estaría frente a un contrato de servicios personales profesionales o técnicos aunque así se le denominara.

<sup>41</sup> En la resolución de apelación de la Sala de lo Civil de fecha 15-01-2009, ref. 25-Ap-2006, el demandante recurrió de la resolución que dictó la Cámara Primera de lo Laboral por medio de la cual se declaró incompetente de conocer de un asunto en el que una persona contratada por medio de un contrato de prestación de servicios personales conforme a las DGP, demandó al Estado de El Salvador en el ramo del Ministerio de Educación, pues no se le había renovado su contrato. La Cámara de lo laboral dijo que este era un contrato de tipo administrativo fuera de su competencia. Sin embargo la Sala de lo Civil guiada por su jurisprudencia anterior sostuvo que ese contrato no era del tipo de contratos que regulan las DGP, y que en consecuencia era un contrato de Trabajo, y en tal sentido, sujeto a la jurisdicción laboral.

Una vez dilucidada la naturaleza jurídica de los contratos civiles apuntados, debe analizarse sus efectos jurídicos con miras, tanto a la *estabilidad laboral* así como a la *estabilidad en el cargo* de los servidores públicos.

Uno de los mayores problemas y reclamos que han generado este tipo de contratos, ha sido el relativo a la negativa de renovar el contrato al servidor público en razón de haberse finalizado su plazo. Tal como ya se apuntó *ut supra*, el criterio sería que el servidor sólo goza de estabilidad mientras dure el contrato.

A nuestro criterio una de las manifestaciones más trascendentales de la estabilidad laboral se traduce en la supresión de la incertidumbre de si al finalizar el plazo contractual – normalmente al finalizar el año – el servidor será recontratado. Aquí hay que remitirse de nuevo a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, en la que consideró que aún y cuando el contrato tuviere un plazo específico, tratándose de actividades permanentes en la institución, su plazo se torna en indefinido<sup>42</sup> en virtud del artículo 25 del Código de Trabajo.

Es así que la Sala de lo Civil ha considerado como despido injusto la no recontratación del servidor por haberse finalizado el plazo contractual, concediendo las respectivas indemnizaciones. Además la legislación laboral le da la posibilidad del reinstalo, si así fuere conveniente para las partes.

En el caso de la *estabilidad en el cargo*, recientemente se han suscitado diferentes problemas con relación al cambio de servidores de sus puestos, principalmente los que desempeñan cargos de jefaturas<sup>43</sup>.

En torno a la estabilidad en el cargo, hay que partir del supuesto que es una regla general, pero que a su vez es “relativa”, ya que es posible realizar cambios o traslados de puestos en la administración pública siempre que se respeten ciertas condiciones, de entre las cuales consideramos como fundamentales: a) la autorización normativa, es decir, que la ley debe suponer la posibilidad y la forma en que operará el traslado<sup>44</sup>; b)

---

<sup>42</sup> Aclarado lo relativo a la naturaleza del contrato base de la pretensión, es preciso traer a cuenta lo sostenido por este Tribunal en reiteradas ocasiones, en el sentido de que, de conformidad al Art. 25 C. de T. “Los contratos relativos a labores que por su naturaleza sean permanentes en la empresa, se consideran celebrados por tiempo indefinido, aunque en ellos señale plazo para su terminación.----La estipulación de plazo sólo tendrá validez en los casos siguientes:-----a) Cuando por las circunstancias objetivas que motivaron el contrato, las labores a realizarse puedan ser calificadas de transitorias, temporales o eventuales; y-----b) Siempre que para contratar se hayan tomado en cuenta circunstancias o acontecimientos que traigan como consecuencia la terminación total o parcial de las labores, de manera integral o sucesiva.-----A falta de estipulación, en el caso de los literales anteriores, el contrato se presume celebrado por tiempo indefinido.” (Sala de lo Civil, sentencia de apelación de fecha 22-05-2007, ref. Apelación 32-2006; en el mismo sentido, la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil en apelación de fecha 26-05-2008, ref. 13-Ap. 2007.)

<sup>43</sup> Por ejemplo puede citarse el caso de los directores de Hospitales públicos. Véase al respecto la nota periodística “Salud garantiza plazas a directores destituidos”, LPG de fecha 31-07-09, pág. 24. En esta nota periodística se hace alusión al tema relativo a los traslados.

<sup>44</sup> Para efectos ilustrativos puede verse por ejemplo el artículo 29 literal “a” de la LSC, en tanto señala que, entre otros, para realizar *traslados* deberá atenderse lo que la misma ley establece. En ella se contempla tanto la posibilidad de hacer los traslados como también regula el procedimiento que ha de seguirse para ello. Véase al efecto el artículo 37 que regula los requisitos sustantivos y procesales.

que el cambio sea necesario para el servicio público; y c) que no comporte un atentado a la dignidad del servidor – lo que significaría que el traslado deber hacerse a un puesto de igual clase<sup>45</sup>, con funciones similares y salario similar; y con consentimiento del servidor– y no habrá necesidad de consentimiento cuando sea en la misma localidad o si fuera en otra, deberá hacerse por medio de la autoridad legalmente facultada al respecto. Para garantizar que los anteriores requerimientos serían observados, la resolución que se emita al efecto ordenando el traslado debe ser *debidamente motivada*<sup>46</sup>, principalmente si el servidor no está de acuerdo, pues así tendrá la posibilidad de recurrir de ella ante las instancias competentes, caso contrario, el traslado puede tildarse de arbitrario, y en consecuencia, ilegal<sup>47</sup>.

En todo caso las reglas del *traslado* de servidores – incluidos los funcionarios por nombramiento - que estuvieren desempeñando sus atribuciones bajo contratos civiles *sui generis* tendrán que estar determinadas en el mismo contrato y por la normativa laboral y sujeta al escrutinio de la jurisdicción especial de trabajo debido a las razones expuestas en el apartado anterior.

#### **4.-La reforma de la LSC de mayo de 2009**

Para disipar el temor de que los servidores que laboran para la administración pública mediante contratos *civiles sui generis* no fueran recontractados por el nuevo gobierno que entraría en funciones el día primero de junio de 2009, se promovió una reforma a la Ley del Servicio Civil<sup>48</sup>.

En lo que nos interesa, cabe destacar que la reforma incluyó en la carrera administrativa a las personas contratadas por servicios civiles *sui generis*, sin embargo, dejó fuera<sup>49</sup> a quienes ostentan cargos de jefaturas o cargos que pueden considerarse políticos o de confianza<sup>50</sup> y a quienes fueran contratados posteriormente al 31 de enero de 2009<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Si fuere de menor clase entonces no es un traslado sino un *descenso de clase* lo cual según la LSC sólo es posible cuando el servidor sea descuidado en sus funciones (negligencia) o tenga mal comportamiento. Estas causas son más bien

<sup>46</sup> Sobre la obligación de motivar las resoluciones donde se ordenan los traslados puede consultarse la sentencia definitiva de la SCA, sentencia definitiva de fecha 9-03-2006, ref. 160-R-2001.

<sup>47</sup> Para efectos ilustrativos puede verse la sentencia definitiva de la SCA de fecha 23-10-2006, ref. 06-2005, en la que se declaró la ilegalidad del traslado de un Sub-Comisionado de la PNC, por falta de motivación de la resolución de traslado específicamente porque no se habrían explicado las razones por las cuales se necesitaban sus servicios en otro lugar.

<sup>48</sup> Decreto Legislativo No. 10 de fecha 20 de mayo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 94, Tomo 383 de fecha 25 de mayo de 2009.

<sup>49</sup> Véase además a efectos ilustrativos el artículo periodístico: “Fuera de nuevo Gobierno unos 1,200 funcionarios”, en LPG de fecha 15 de mayo de 2009, versión electrónica accesible en: <http://www.laprensagrafica.com/el-salvador/politica/33102-fuera-de-nuevo-gobierno-unos-1200-funcionarios.html>, (visitada el día 9-08-2009) En el artículo se hace un relato acerca de las consideraciones sobre la exclusión de ciertos servidores de la carrera administrativa a pesar de la reforma de la LSC.

<sup>50</sup> La LSC no los podía contemplar dentro de la carrera administrativa, pues la misma Constitución ha dejado establecido que los funcionarios o ciertos empleados, quedan fuera de ella. Véase el artículo 219 Cn.

En otras palabras, la reforma de la LSC reforzó la protección de los empleados por contratos permanentes incluyéndoles en la Carrera Administrativa. La cuestión aquí sería preguntarse ¿qué pasó con los que dejó fuera la reforma? Para ellos la situación queda igual. Entonces, aún y cuando estén excluidos de la carrera administrativa en razón del tipo de puesto que ocupan; se puede afirmar, que siempre y cuando estén prestando sus servicios para la administración de forma permanente bajo contratos civiles *sui generis*, conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, sus contratos son de naturaleza laboral, y están protegidos por las garantías de la legislación laboral y bajo la ha s la jurisdicción especial de trabajo.

## 5.- A manera de conclusión

Llama la atención el hecho que la Constitución desde su artículo 219 haya señalado que *la ley regulará el servicio civil y en especial las condiciones de ingreso a la administración*. Pareciera que ella quiso agrupar en una sola norma legal las relaciones laborales de los servidores y el Estado. Pero la interpretación no ha sido esa. Prueba de ello es la cantidad de formas de regular tales relaciones. Vale la pena decir, que esta gama de leyes que regulan la relación del servidor con el Estado muchas veces genera confusión en el sentido de pensar que la relación laboral con el Estado puede formarse de cualquier manera, lo cual no es cierto.

Para evitar seguir incurriendo en tales confusiones lo mejor sería unificar la normativa que viabilice las formas de contratación pública todo con miras a ordenar la dispersión legal existente sobre el tema, que dicho sea de paso, ya no responde a las necesidades actuales de contratación pública, y además se evitaría la posibilidad del manoseo a los derecho de los servidores públicos.

Una muestra del manoseo del derecho de los servidores públicos ha sido la contratación irregular para la prestación de las actividades ordinarias y continuas de la administración mediante los mal llamados contratos personales de prestación de servicios. Para suerte de la estabilidad laboral, la Sala de lo Civil ha enrumbado la

---

Particularmente creemos que cuando la Constitución se refiere a la exclusión por razones “políticas o de confianza”, estamos frente a la misma situación. En otras palabras, la “o” es copulativa, ya que la cuestión de confianza redundante en la afinidad política. Por su parte, la Sala de lo Constitucional ha entendido que la confianza no se limita a la política porque también puede ser de tipo personal. En ese sentido ha entendido que la confianza es política o personal. Véase al respecto Sentencia definitiva de amparo de fecha 18-12-2001, ref. 510-2000. La SC categorizó: (a) *Empleados públicos de confianza política: Se entiende por tales, las personas que desempeñan empleos públicos en virtud de un nombramiento efectuado por un funcionario público, para participar en la ejecución del plan de gobierno presentado al cuerpo electoral. Estos empleados no se encuentran comprendidos en la carrera administrativa, lo cual se deriva expresamente de lo prescrito en el artículo 219 inciso 3° de la Constitución.* (b) *Empleados públicos de confianza personal: Son tales los que tienen acceso a un cargo público por medio de nombramiento de un funcionario, debido al alto grado de confianza en ellos depositado, en atención al elemento de fidelidad personal; elemento que por ser esencial en el nombramiento del empleado, justifica su exclusión de la carrera administrativa, tal como lo prescribe el artículo 219 inciso 3° de la Constitución.* (.)

<sup>51</sup> Véase el artículo 2 transitorio del Decreto Legislativo número diez, ya citado.



garantía más allá del plazo del contrato cuando ha sido de tipo permanente. Sin embargo, este criterio no es suficiente para sostener que se ha logrado la total protección del servidor; pues una mala estrategia en defensa de sus derechos, como puede ser plantear una demanda en otras instancias judiciales, puede llevarlo a caer en el callejón de que su contrato dura mientras dura su plazo.

Por otro lado, tampoco la reforma a la LSC se enfila como una solución a la irregularidad de la contratación *sui generis*, debido a que deja fuera a importante número de servidores públicos, independientemente de su categoría; dejándolos en iguales circunstancias a las de antes de la misma reforma.

Ahora bien, lo que nos interesa dejar claro es que por el hecho de que ciertos servidores queden excluidos de la carrera administrativa no significa automáticamente que carezcan de estabilidad laboral o en su cargo. Cada forma de contratación debe garantizarles de manera particular la garantía a la estabilidad a menos que fueran de los servidores que ya la Constitución expresamente ha dicho que no gozan de ella.

En ese marco se puede sostener que a partir de la práctica jurisprudencial citada, que incluye a los contratos *sui generis* como laborales, la estabilidad se erige en el sentido que no sería necesaria la recontractación del servidor al final del periodo, pues automáticamente el contrato se vuelve de plazo indefinido.

Por su parte, la *estabilidad en el cargo*, se ve cubierta mediante la garantía de la motivación de las resoluciones que decidan efectuar traslados, pues posibilita la impugnación de los traslados arbitrarios y vejatorios de los derechos laborales de los servidores.

Por último, podemos agregar desde ya que los contratos *sui generis* de servicios personales permanentes no son una forma legítima de ingresar a la administración pública, en tanto no tienen una norma específica que habilite a la Administración a realizar dichas contrataciones. El criterio sostenido por la Sala de lo Civil es un criterio que responde a un sentido de justicia laboral, y que soluciona el problema de la estabilidad del servidor y avala su estadía en la administración pública, pero no contempla el problema de que esta aplicación automática de la recontractación podría transgredir la prohibición a que se refiere la Cn, e incurrir en el vicio de nulidad que señalan la LOAFE y la LCC<sup>52</sup> entre otras, en tanto podría darse la situación que dicho contrato no estuviera contemplado en el Presupuesto correspondiente para el ejercicio fiscal respectivo, en razón de que podría no haberse considerado su recontractación. Tampoco define los otros derechos que importan los contratos de trabajo a los trabajadores, por ejemplo, el aguinaldo conforme al salario devengado.

Sabemos que esos no son todos los problemas que acarrea la interpretación citada ni las soluciones, por lo que reiteramos que la solución integral al problema debe darse a partir de una reforma integral de la legislación que provenga de un estudio serio que analice y tome en cuenta las necesidades estatales de contratación pública y el respeto de los derechos de los servidores, todo con miras a ordenar las formas de regular la

---

<sup>52</sup> Véanse los artículos: 228 inciso primero Cn.; artículo 43 de la LOAFE; y 109 de la LCC.

relación entre servidores y el Estado que se realiza bajo el *esquema de subordinación*, con el objeto principal de cerrar los espacios que actualmente generan transgresiones tanto de la normativa constitucional e Infra constitucional sobre finanzas públicas como a los derechos fundamentales de las personas que prestan sus servicios a la Administración Pública salvadoreña.

San Salvador, agosto de 2009.