Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

NEOADMINISTRATIVISMO(S)

Cristian ROMÁN CORDERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una nueva sociedad: un nuevo derecho administrativo*. III. *Una nueva soberanía: un nuevo derecho administrativo*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCION

Si bien el derecho administrativo se caracteriza por su mutabilidad --característica que lo ha llevado a ser la "oveja negra" de la codificación--,[1] actualmente, y como clara consecuencia de los acelerados y trascendentales cambios sociales y globales que hemos presenciado en los últimos cincuenta años, que no encuentran parangón alguno en la historia de la humanidad, éste, así como el derecho en general, en tanto producto social --y global--, ha experimentado y experimenta sustanciales transformacio-

[1] Víd. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 13º Ed., Madrid, Civitas, 2006, p. 81 y ss. Montt Oyarzun, Santiago, "Codificación de la educación jurídica en Chile: el caso irremediable, pero liberalizador del Derecho Administrativo", en Martinic Galetovic, María, *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, t. I, Santiago, Lexis-Nexis, 2005, p. 267. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, Madrid, Civitas, 2004, p. 401. Villar Ezcurra, José Luis, *Derecho Administrativo Especial: Administración Pública y actividad de los particulares*, Madrid, Civitas, 1999, p. 21.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

nes,[2] que afectan no sólo su legislación positiva sino que su mismísima razón jurídica,[3] fenómeno que, en su conjunto, he denominado, para el caso del derecho administrativo, "neoadministrativismo".[4]

Se trata de un fenómeno que se halla en plena evolución, que afecta a algunos ordenamientos jurídicos con mayor intensidad que otros, razón por la

---

[2] Víd. En cuanto al derecho en general: Ferrarese, Maria Rosaria, *Il diritto al presente, Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002. Minda, Gary, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001. Ferrarese, Maria Rosaria, Le istituzioni della globalizzazione, Diritto e diritti nella società transnazionale, Bologna, Il Mulino, 2000. En cuanto al derecho administrativo: Caseese, Sabino, *La Globalización Jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2006. Ferrara, Rosario, *Introduzione al diritto administrativo*, 3ª edición, Bari, Editori Laterza, 2005. Alli Aranguren, Juan-Cruz, *Derecho Administrativo y Globalización*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004. Mir Puigpelat, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2004. Cassese, Sabino, *La Crisis del Estado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

[3] Víd. Nieto García, Alejandro, *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.

[4] Sobre el particular Chevallier expresa: "Las actuales sacudidas que afectan al Derecho administrativo son producto de un conjunto de determinaciones externas al propio sistema, extrañas a su lógica e incompatibles con su racionalidad: el debilitamiento del Estado-nación, la banalización de la gestión pública y de la extensión correlativa de la competencia judicial, el movimiento de penalización de la vida pública, el cuestionamiento de los privilegios estatales, el proceso de internacionalización y de constitucionalización de los derechos fundamentales, la afirmación de la jurisprudencia constitucional, la potenciación de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo [...]. Tales determinaciones externas actúan como limitaciones sobre el campo del Derecho Administrativo, que se haya desestabilizado. La toma en consideración de esta dinámica económica, social, política, ideológica, y el análisis de su impacto sobre el Derecho administrativo, alcanza a la perspectiva que está en el corazón de la ciencia del Derecho" Chevallier, J., "Doctrine ou sience?", en *L`Actualité Juridique-Droit Administratif*, 20 juille/20 Août 2001, p. 604.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cual este trabajo carecerá de descripciones precisas y conclusiones categóricas, y que, dentro de lo posible, acotaré a las fuentes del derecho público --administrativo--. Sobre el particular, este *neoadministrativismo* a que me refiero está reestructurando abiertamente el sistema de fuentes, poniendo en duda el monopolio estatal de éstas o, si se quiere, el *derecho estatal* cuyo eje lo constituía la ley como "*l`expression de la volonté générale*", y ello en razón de la aparición de otras, v.gr., tratados y jurisprudencia de cortes internacionales, reglamentación técnica de organismos de normalización --nacionales o internacionales--, normas de autorregulación regulada, etcétera, todo lo cual, junto a la incertidumbre sobre la validez y jerarquía de cada una de esas fuentes, ha provocado que el derecho posmoderno haya comenzado a adquirir caracteres propios del premoderno,[5] trastocando la legitimidad y exigibilidad de las normas jurídicas. Fenómeno que se experimenta, además, dentro del marco de la llamada *constitucionalización* del derecho e importación a éste --o contrabando-- de valores y principios, con lo cual se consolida una "impura" teoría del Derecho.[6]

---

[5] Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 21.

[6] Víd. Dromi, Roberto, *El Derecho Público en la Hipermodernidad*, Madrid, Hispania, 2005, pp. 49 y ss. López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

II. UNA NUEVA SOCIEDAD: UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho público durante estos últimos dos siglos ha tenido por misión impedir que el Estado, mediante su actuar, lesione la dignidad de la persona humana[7], lo cual se ha venido en llamar *Estado de derecho*. Mas actualmente, en una Sociedad fragmentada en "sistemas"[8] caracterizados por el dominio de un conocimiento experto --antes reservado a la administración--, cada vez más autorreferentes e inimpugnables para el derecho --al menos para sus instrumentos clásicos, v.gr., ley y reglamento--, han surgido particulares dotados de poderes formidables[9], superiores en muchas ocasiones a

---

[7] Víd: García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, Madrid, Editorial Alianza, 1994.

[8] Víd. Luhmann, Niklas, *Soziale Systeme. Grundiss einer allgemainer Theorie*, Frankfurt, 1984. Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

[9] En este sentido Esteve Pardo ha planteado que, "en los últimos tiempos se han formado en el seno de la sociedad, al margen del Estado, unos poderes formidables, como no se habían conocido hasta ahora. Las fuerzas de la economía han abierto circuitos y formado organizaciones de muy difícil control por el Estado al que, por lo demás, llegan a conmocionar con sus movimientos. Por otro lado, el impulso tecnológico, al avanzar de manera tan trepidante y por tan diversos frentes, ha configurado unos espacios que, por su complejidad y su extensión, resultan con mucha impenetrable para los poderes públicos. Unas organizaciones al margen de las estructuras estatales tienden a imponer su dominio en esos ámbitos: las telecomunicaciones, la biotecnología, la energía la industria, los medios de comunicación; y, en no pocos casos, ese poder ni tan sólo se nuclea o articula en torno a una organización visible, sino que parece brotar súbitamente, desbordado, al extenderse una tecnología, como es el caso de internet, o al estallar un enigma de la ciencia como ocurre ahora con el genoma humano. Así es como estos poderes se constituyen y desenvuelven en muy buena medida al margen de la regulación e intervención de los poderes públicos

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

aquellos que detenta el propio Estado --otrora *"peligro público*--".

Pues bien, en esta nueva realidad, en esta *Sociedad del riesgo,*[10] el derecho público no sólo debe satisfacer el fin al que me he referido previamente, sino que debe, además, impedir que las personas dotadas de tales poderes lesionen a aquellas que carecen de ellos, esto es, situarlas, igualmente, bajo el derecho, en lo que he venido en llamar *sociedad de derecho.*[11] Sobre este particular el profesor Alejandro Nieto ha señalado que:

---

estatales por la sencilla razón de que les resultan inaccesibles y, por ello, incontrolables". Esteve Pardo, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Madrid, Editorial Civitas, 2002, pp. 21-22.

[10] Vid: Beck, Ulrick, *La Sociedad del Riesgo*, Editorial Paidós, Barcelona 1998.

[11] En este sentido Esteve Pardo ha expresado: "En cualquier caso, es ya historia la sujeción a normas jurídicas de los poderes públicos lo que, como es notorio, constituye el objetivo y la razón del ser del Estado de Derecho en el que estamos instalados. La paradoja está hoy en el problema que a ese Estado de Derecho se le plantea: no se trata ya del sometimiento a Derecho del propio Estado, sino del sometimiento a Derecho de la sociedad o de alguno formidables poderes que en ella se han formado". Esteve Pardo, José, *ob. cit.*, nota 9, p. 24. Asimismo, Cantero Martínez ha señalado: "Por otro parte, hemos de tener en cuenta que el propio surgimiento del Derecho Administrativo se ha explicado tradicionalmente en la necesidad de dotar también a los ciudadanos de ciertas garantías ante el ejercicio de estas potestades (los privilegios en más y en menos de los que hablaba Rivero). Por ello, ante este nuevo fenómeno, no es de extrañar que algunos autores comiencen a plantearse la necesidad de reorientar o redimensionar el tradicional carácter garantista del Derecho Administrativo, que se ha articulado clásicamente en torno al establecimiento de las garantías necesarias frente al ejercicio del poder público en la búsqueda por la satisfacción de los intereses generales. En el momento presente, no obstante, el recurso a la autorregulación pone de manifiesto que ahora es en la propia sociedad, en los sujetos privados y no en los poderes públicos donde empiezan a residenciarse básicamente los más reveladores poderes económicos, tecnológicos, científicos, de comunicación e

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> ya es hora de que los administrativistas se percaten de que han de ir abandonando su actitud, cómoda y narcisista al mismo tiempo, de defensores de los ciudadanos frente a una Administración todopoderosa y arbitraria. Esta ha sido, desde luego, su misión durante doscientos años y gracias a ello la cultura occidental ha podido asentarse sobre las bases humanas. Pero ahora han cambiado los tiempos: la Administración Pública, antes tan enérgica, ha terminado rindiéndose ante unos intereses capitalísticos que, para mayor fuerza, superan las barreras nacionales. Y es aquí cabalmente donde está el mayor peligro. La nueva misión del Derecho Administrativo consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y a la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias Administraciones.[12]

En este contexto, bien se comprende que el Estado, respecto de los derechos de los particulares, ha de cumplir un rol de *garante o vigilante*[13] respecto

---

información, por lo que podríamos plantearnos hasta qué punto no empezaría a ser conveniente establecer esos mismos límites, esas mismas o semejantes garantías para los ciudadanos ante los nuevos sujetos que detentan estos formidables poderes" Cantero Martínez, Josefa, "La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo: el recurso de la denominada «autorregulación regulada»", en Punzón Moraleda, Jesús (Coordinador), *Administraciones Públicas y Nuevas Tecnologías*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2005, pp. 340-342.

[12] Nieto García, Alejandro, "Recensión al libro de Esteve Pardo: Autorregulación. Génesis y efectos", en *Revista de Administración Pública 160,* 2003, p. 429.

[13] Vid: Domenech Pascual, Gabriel, *Derechos Fundamentales y Riesgos Tecnológicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 129. Ferrara, Rosario, *ob. cit.*, nota 2,

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

de los riesgos que controlan los particulares dotados de poderes formidables en la sociedad.

Por su parte, preciso es reconocerlo desde ya y con cierta desazón, la ley y el reglamento, por su lenta reposición y desconocimiento del saber experto que singulariza a estos "sistemas", no son, por regla general, mecanismos idóneos para regularlos, en tanto que otros actos --vgr. resoluciones, instrucciones, etcétera-- cuentan con dudosa constitucionalidad para servir tal propósito (esto al menos en el sistema chileno). Por ello, el derecho ddministrativo ha comenzado a apelar a la *prudencia civilis* incentivando la *autorregulación regulada,*[14] en la que particulares expertos en un sector determinado fijan las normas --válidas y exigibles-- que en él han de regir conforme al procedimiento que estatuye el ordenamiento jurídico,[15] y cuyo control, por las mismas razones antes

---

pp. 103 ss. Mir Puirpelat, Oriol, *ob.cit.*, nota 2, pp. 95 ss. Rivero Ortega, Ricardo, *El Estado vigilante*, Madrid, Editorial Tecnos, 2000.

[14] Darnaculleta Gardella, María Mercè, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006. Cantero Martínez, Josefa, *ob. cit.*, nota 11. Muñoz Machado, Santiago, *ob. cit.*, nota 1, pp. 1248 ss. Esteve Pardo, José, *ob. cit.*, nota 9. Muñoz Machado, Santiago, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, 2000.

[15] En este sentido Cantero Martínez ha señalado que, "sólo a partir de esta intervención y control público de la autorregulación la Administración se puede asegurar de que estos elementos autorreguladores sirvan al mismo tiempo para el cumplimiento de sus fines públicos. Es entonces cuando se produce una publificación de la autorregulación. La Administración se va a servir de esta autorregulación privada como un nuevo instrumento apto para la satisfacción de determinados fines de interés general, lo que explica que se despierte en ella un especial interés por este instrumento privado y que, en consecuencia, comience a regular todo el contexto de la autorregulación, que la fomente y que incluso le reconozca determinados efectos jurídicos públicos. Cuando esto ocurre, nos encontramos ante la nueva figura que ha sido bautizada como "autorregulación regulada". Surge así la

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

señaladas, en la práctica, queda igualmente entregada a particulares, por contar estos con el conocimiento experto necesario,[16] conformándose así una especie de "paraestado" de la técnica.

Se trata, como se aprecia, de un nuevo derecho administrativo, en el que adquiere creciente importancia la colaboración de privados en la regulación y control de sectores trascendentales para la vida social y en el que las normas surgen de consensos, acuerdos, convenciones, etcétera, --figuras todas ellas más propias del derecho privado--, y que, por ello, se ha venido en llamar *Soft Law*, *Droit Spontané, Droit Flexible*.[17] En otras palabras, transitamos desde un derecho administrativo asimilable a la administración militar --fundado en el orden público, la jerarquía, la disciplina, la obediencia y el secreto-- a una administración universitaria --transparente,

---

regulación pública de la autorregulación como un nueva forma de intervención indirecta del Estado". Cantero Martínez, Josefa, *ob. cit.*, nota 11, p. 315.

[16] Sobre el particulare Dolors Canals y Ametller expone que, "Esta instrumentalización pública de la sociedad se produce en un doble sentido. Por una parte, los poderes públicos utilizan el potencia autorregulador de las fuerzas sociales, como es el caso de las asociaciones y sus normas internas, atribuyendo a las mismas ciertos efectos jurídico-públicos. El Estado cede, por otra parte, a organizaciones privadas especializadas el ejercicio de concretas funciones públicas, funciones declarativas y decisoras que implican el uso de prerrogativas de poder público, sobre la base, fundamentalmente, de su competencia y capacidad técnica. El recurso a instancias privadas para controlar los riegos tecnológicos conllevará, sin duda alguna, una mutación de la propia estructura del Estado". Canals I Ametller, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (Control, Inspección y Certificación)*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 51.

[17] Román Cordero, Cristian, "La agonía de la ley y la privatización de las fuentes del Derecho", *La Semana Jurídica*, 311, 2006, p. 3. Deumier, Pascale, *Le droit spontané*, París, Economica, 2002. Carbonnier, Jean, *Flexible Droit*, 10ª Ed., París, Librairie Génerále Droit et Jurisprudence, 2001.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

participativa, dialogante y abierta al debate--,[18] cuestión que ya ha advertido importante doctrina,[19]

---

[18] Braibant, Guy, «Le passé et l`avenir de l`Administration publique», *Revue Francaise d`Administration Publique 102*, 2002, p. 213.

[19] En este sentido Alli Aranguren ha expresado: "Las tendencias económicas y sociales de la posmodernidad aportan una nueva lógica a los Estados y a sus Administraciones e invalidan los medios tradicionales de actuar de los poderes públicos. Todo el está produciendo una transformación del contenido del Derecho administrativo, que es un fiel reflejo de la ideología y el significado del Estado en cada momento histórico, como se ha expuesto. Es evidente que las nuevas categorías políticas están influyendo en la actividad administrativa y, por tanto, han de recibir el adecuado tratamiento jurídico. Como efecto de aquéllas hay nuevos conceptos y métodos que han adquirido carta de naturaleza socio-jurídica, como la participación, la concertación, la negociación, el contrato, el diálogo social; además las consecuencias derivadas de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que tienen repercusión directa con las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y entre las distintas administraciones públicas, todas ellas actuado en redes de cooperación". Alli Aranguren, *ob. cit.*, nota 2, p. 371. Por su parte, Mir Puigpelat ha planteado: "el Derecho emanado por los nuevos centros de producción normativa tiende a ser, además, cualitativamente distinto: prolifera el soft law, las normas dirigidas a la composición de intereses, en detrimento de las normas tradicionales que trataban de imponer una determinado voluntada político-jurídica; se revalorizaban así las normas de tipo procedimienral, que se limitan a establecer premisas para decisiones, a facilitar la negociación, llevando a cabo la regulación sólo indirecta. Se trata , en definitiva, de sustituir la coerción por el consenso, el mandato por la negociación. Es lo que en sociología del Derecho –a partir, sobre todo, de los trabajos de Teubner y Willke, se conoce como Derecho reflexivo"[19] Mir Puigpelat, Oriol, *ob. cit.*, nota 2, p. 73. Del mismo modo, Ferrarese ha señalado: "Non è difficille, a questo punto, cogliere una sensibile tendenza alla privatizzazione e al decentramento della produzione giuridica. Il contratto diventa in entrambi i casi la fonte di queste nuove forme de diritto privatizzato, che nascono all"ombra del monde della produzione. Così, è stato notato, il diritto globale è un diritto con un "centro" poco vivibile e una "periferia" altamente sviluppata e la lex mercatoria "rappresenta quella parte del diritto

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

y sobre la cual León Duguit, hace más de un siglo, señalara:

> a mi juicio es un gran error creer que el progreso social se mide por medio de las nuevas leyes que dictan los gobernantes. Por otra parte, en el porvenir [...] harán cada vez menos leyes, porque las relaciones de los individuos y los grupos se regirán sobre todo por regulaciones convencionales [...] por la regulación que resulte de un acuerdo entre dos o más grupos, los gobernantes no deberán intervenir más que para darle la sanción, controlarlo y vigilarlo. [20]

Pues bien, ese rol de garante o vigilante que debe servir el Estado constituye, ciertamente, un fundamento en apoyo de la atribución legal de potestades sancionadoras a la administración, lo que en mi país es resistido por muchos autores (y que en el concierto internacional no reviste discusión alguna). Del mismo modo autoriza, a nuestro juicio, una mayor flexibilidad de los principios penales aplicados al derecho administrativo sancionador *"con matices"*, por ser éste un derecho autónomo, que no sólo pretende dotar de garantías al perseguido, como el de-

---

economico globalizzato che opera in periferia, in diretta "combinazione strutturale" con le organizzazione strutturale" con le organizzazini e le transazioni economiche globali. È un diritto che deriva da regole paralegali che sono prodotte "ai margini" del diritto, al suo confine con il processo economico e tecnologico"". Ferrarese, Maria Rosaria, *ob. cit.*, nota 2, p. 50. A lo que agrega: "Dal resto, il problema della legittimazione diventa invisibile, via via che la stessa figura del legislatore, tradizionalmente solenne, si rifrange in una molteplicità di soggetti legislatori sempre più privati, anonimi e invisibili". Ferrarese, Maria Rosaria, *ob. cit.*, nota 2, p. 52.

[20] Duguit, León, *Le droit social, le droit individuel et la transformation d'Etat*, París, 1908, p. 57.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

recho penal, sino que, además, en tanto administrativo, resguardar el interés público.[21] Así por ejemplo, en mi opinión, no vulneraría el principio de legalidad punitivo la tipificación de una infracción administrativa --en su núcleo esencial-- por una norma de autorregulación.[22]

Por otra parte, el Estado, habida consideración de su rol de garante o vigilante, bajo la ocurrencia de ciertos supuestos, bien puede incurrir en inactividad,[23] ya sea material o jurídica --singular o reglamentaria--, y en caso de serle reprochable, esto es, importar *falta de servicio*, comprometer su responsabilidad[24] --lo que, por cierto, igualmente puede

---

[21] Víd: Román Cordero, Cristian, "Los Principios del Derecho Administrativo Sancionador", en *Revista de Derecho Público 69,* 2007, t. II, p. 24 y ss. Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 3ª Ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2002, p. 38. Peman Gavín, Ignacio, *El Sistema Sancionador Español. Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas*, Barcelona, Editorial Cedecs, 2000. Dellis, George, *Droit Pénal et Droit Administratif. La influence des principes du droit penal sur le droit administratif répressif*, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

[22] En este sentido Cantero Martínez señala: "También algunos de los principios que rigen su potestad sancionadora quedarían visiblemente perturbados cuando la Administración se sirve de estos instrumentos normativos privados para la imposición de sanciones a los particulares. Así, cabría plantearse cómo queda afectado el principio de legalidad sancionadora en materia de protección de los inversores en el mercado de valores o de protección de los consumidores y usuarios de los modernos servicios de la información cuando la propia Administración se apoya en los frutos de la autorregulación (códigos de conducta) para tipificar infracciones, remitiendo a los reglamentos internos de conducta que han de elaborar los sujetos que actúen en estos ámbitos" Cantero Martínez, Josefa, *ob.cit.*, nota 2, p. 342.

[23] Víd: Gómez Puente, Marco, *La inactividad administrativa*, Navarra, Aranzadi, 1997.

[24] Véase: Román Cordero, Cristian, "Inactividad Administrativa y Responsabilidad del Estado", en *Revista de Derecho Público 67*, 2005, pp. 402 y ss.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tener cabida a propósito de la responsabilidad del Estado-Juez[25] y Estado-Legislador--.[26] En este sentido, Abrevaya ha señalado que,

> responsabilizar al Estado por la existencia de un adecuado y estricto control del accionar de ese mercado en temas tan importantes como son la salud y la seguridad de la población, es un modo de exigir la reubicación de aquél en el lugar que le compete, y que tal como están dadas las reglas de juego en este mundo posmoderno, es una de las pocas garantías que quedan al ciudadano común. Como verdad impuesta, reitero, se ha postulado una y otra vez que el Estado no tiene sino una participación subsidiaria, debiendo dejarse al "libre mercado" la autorregulación de su producción, calidad y precio, satisfaciendo a los consumidores sin que aquél deba intervenir en materia de qué producir, cómo y en qué condiciones hacerlo. Sin embargo, hoy más que nunca en países como el nuestro ha hecho agua esa postura y se ha evidenciado con total crudeza que es el Estado el que debe tener una participación activa pero para preservar a los ciudadanos comunes de las reglas propias de un mer-

[25] Víd: PASTOR, Daniel, El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002). GARCIA PONS, Enrique, Responsabilidad del Estado: la Justicia y sus límites temporales (Barcelona, Bosch, 1997). Todo lo cual, por cierto, en nuestro sistema, parte del supuesto de estimar que la responsabilidad del Estado-Juez tiene cabida en hipótesis no contempladas en la redacción del artículo 19 Nº 7 letra i de la Constitución. En este sentido véase: RONDINI FERNANDEZ-DAVILA, Responsabilidad del Estado Juez en Chile (Santiago, Editorial Lexis-Nexis, 2008).

[26] GOMEZ PUENTE, Marcos, La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control (Madrid, McGraw Hill, 1997).

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cado que sólo puede tomar en consideración sus propios intereses, como es de toda lógica.[27]

III.- UNA NUEVA SOBERANÍA: UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

La soberanía estatal, durante el siglo XIX y parte del XX fue entendido como *"la facultad de constituirse i de dictarse leyes",*[28] más, actualmente, como consecuencia de la globalización jurídica, dicho concepto ha entrado en grave crisis,[29] así como el Estado,[30] ya que, tal como sostiene Ferrajoli, se han

---

[27] Abrevaya, Alejandra Déborah, *Responsabilidad Civil del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, p. 207.

[28] Hunneus Zegers, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Editorial Los Tiempos, 1880, p. 9.

[29] En este sentido Faria ha planteado "La soberanía del Estado-nación no está siendo simplemente limitada, afirman, sino comprometida en su base", a lo que agrega, "Al mismo tiempo, sus códigos interpretativos, sus modelos analíticos y sus esquemas cognitivos se revelan cada vez más carentes de operatividad y funcionalidad. Entonces, ¿de qué modo los conceptos y categorías construidos en torno al principio de soberanía (como monismo jurídico, norma fundamental, poder constituyente, jerarquía normativa, derecho subjetivo y seguridad jurídica) pueden aplicarse para identificar, comprender, evaluar e instrumentalizar el pluralismo normativo inherente a mercados transnacionales, cuyos distintos agentes se caracterizan por crear reglas que necesitan –cuando y como quieren- y por juridificar según sus conveniencias las áreas o esferas de la vida económica que más les interesan?" Faria, *ob.cit.*, nota 30, p. 33. Asimismo, Jáuregui ha señalado que, "el actual desfase normalidad (realidad) y normatividad producido, sobre todo, por la globalización obliga a constuir una nueva noción de soberanía, distinta de la tradicional (vinculada siempre al Estado-nación y concebida como un poder supremo, originario e independiente): una soberanía compartida entre diferentes niveles políticos –regional, estatal y supranacional- en función de los ámbitos materiales de competen-

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> situado fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a la soberanía. Así, corre el riesgo de que se produzca en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto Derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del Derecho premoderno. Expresiones como "principio de legalidad" y "reserva de ley" tienen cada vez menos sentido.[31]

---

cia asignados a cada uno de ellos" Jauregui, Gurutz, *ob. cit.*, nota 30, p. 48.

[30] Cassese, Sabino, *ob. cit.*, nota 2. Ohmae, Kenichi, *El fin del Estado-Nación*, Santiago, Andrés Bello, 1997.

[31] Ferrajoli, Luigi, *ob. cit.*, nota 5, p. 21. Del mismo modo Faria ha observado que, "Integrando mercados a velocidades y dimensiones avasalladoras, gracias al desarrollo de las tecnologías, a la expansión de las comunicaciones y a la difusión de la información en tiempo real, la globalización ha provocado la descentralización y la fragmentación del poder, ha cambiado el perfil y la escala de los conflictos, ha vuelto crecientemente ineficaces las normas y los mecanismos procesales tradicionalmente utilizados por el derecho positivo para dirimirlos o neutralizarlos, ha redefinido el tamaño y, especialmente, la propias funciones del Estado, ha difuminado las líneas delimitadoras entre lo interno y externo, ha propiciado modos inéditos de articulación entre esferas locales, microrregionales, nacionales e internacionales, ha redefinido las relaciones entre intereses particulares y la idea de bien común y ha abierto el paso a nuevas formas de acción política, nuevos modelos de legalidad y nuevos patrones de legitimidad" Faria, Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 9. Del mismo modo Jáuregui ha expresado que, "Es Preciso acabar con la idea clásica de que todo derecho emana necesariamente de una única fuente de

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sobre el particular, en relación al derecho administrativo, Mir Puigpelat ha destacado que,

> Esta pérdida de soberanía de facto o de iure de los Estados nacionales descrita con cierto detalle en las páginas anteriores, esta pérdida de su poder de decisión autónoma en favor –principalmente- de las grandes corporaciones transnacionales y de determinadas organizaciones internacionales, tiene una consecuencia evidente y fundamental a nuestros efectos: el Derecho, en general, y el Derecho administrativo, en particular, provienen cada vez menos

---

poder, de una única soberanía. Frente a esta idea es necesario plantear la posibilidad de mantener una visión más amplia o más difusa del derecho. Como señala MacCormick, se trata de construir un concepto de derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que tenga que suponer ello necesariamente, la subordinación o jerarquización entre ellos, o con respecto a terceros sistemas. Frente a la concepción monista, kelseniana, de un sistema jurídico entendido como un todo unitario, parece más adecuada una visión pluralista capaz de mantener una compatibilidad entre sistemas que solapan e interactúan mutuamente" JAUREGUI, Gurutz, Estado, Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI, en Revista de Derecho Político 44 (1998), p. 71. Asimismo, Mir Puigpelat ha expresado que "conviene dejar breve constancia de otros efectos derivados de la citada alteración en el origen real del Derecho como consecuencia de la progresiva erosión de la soberanía estatal en el contexto de la globalización. En general, la proliferación de instancias supranacionales dotadas de potestad normativa está alterando significativamente el sistema de fuentes, complicándolo mucho; la superposición actual de diversos espacios jurídicos en el ámbito territorial de una misma jurisdicción pone en crisis el modelo monista tradicional de raíz kelseniana y lleva a un pluralismo jurídico. Un pluralismo que para muchos tiene claras reminiscencias medievales" MIR PUIGPELAT, Oriol, cit. (n. 2), p. 72.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> del Estado-nación. Aunque formalmente siga siendo el Estado el autor de las normas jurídicas y la Ley nacional su vehículo básico, el origen real de las mismas se encuentra a menudo en instancias supraestatales públicas o privadas. La globalización econonómica ha (y sus manifestaciones regionales –la integración europea, sobre todo-) y la subsiguiente globalización político institucional han reducido enormemente el margen de maniobra de los Estados nacionales en la elaboración del Derecho público y privado.[32]

IV.- CONCLUSIÓN

Concluyo que, en efecto, el derecho en general, así como el derecho administrativo en especial, como clara consecuencia a los cambios sociales y globales que vivimos, ha experimentado y experimentan una sustancial transformación, fenómeno que, para el caso del derecho administrativo, he denominado *"neoadministrativismo"*.

Sobre los precisos alcances de éste sólo he podido, al encontrarse en actual evolución, entregar una aproximación. Sin perjuicio de ello, en lo que se refiere a las fuentes del derecho, bien puede apreciarse el surgimiento de otras nuevas --tanto *infra* como *supra* estatal, e incluso de orden privado--, las cuales ponen en duda el hasta ahora indiscutido monopolio normativo del Estado, tiñendo así de nuevos caracteres, incluso opuestos a los de antaño, al ordenamiento jurídico nacional.

---

[32] Mir Puigpelat, Oriol, *ob. cit.*, nota 2, p. 59.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Lo anterior coloca a los juristas, abogados, profesores o, si se quiere, a los llamados "operadores jurídicos", frente a la disyuntiva de rendir, como sacerdotes que son, culto al derecho recibido, ya sea manteniendo o remozando sus institutos, haciendo caso omiso al incumplimiento patente de sus prístinos propósitos frente a las nuevas circunstancias,[33] o bien erigir las bases de una nueva "religión jurídica".

Pues bien, en lo referido al derecho administrativo, pareciera que la doctrina "oficial", tal como sostiene Nieto García,

> no gusta de aventuras exteriores y prefiere quedarse en casa sobando y resobando ad nauseum las cuestiones de siempre, discutiendo el sexo de los ángeles domésticos y repintando las fachadas de edificios deshabitados. En el siglo XXI se siguen manejando inercialmente las técnicas decimonónicas (en su día magistrales).[34]

Por más que la razón jurídica que las informa se muestre

---

[33] En efecto, "el jurista no puede complacerse o enamorarse demasiado de sus especulaciones, ni proseguirlas siempre e inexorablemente hasta allí donde la lógica permita el juego de las deducciones y las inducciones, ya que tales especulaciones tienen un límite que es necesario no sobrepasar y que está señalado por las finalidades prácticas y concretas a las que debe tender: proseguirlas más lejos puede ser, no sólo inútil, sino peligroso, si se llega a consecuencias que, lógicamente impecables, constatan con las finalidades que el ordenamiento jurídico se propone para sus exigencias y que no son las de la lógica abstracta" Roy, P. Ch., citado por Fernández, Tomás-Ramón, *Panorama del Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 83.

[34] Nieto García, Alejandro, *ob. cit.*, nota.12, p. 427.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

> desgarrada, incongruente, anacrónica, inútil cuando no perjudicial, en la que se acumulan sin orden ni concierto conceptos heterogéneos provenientes de diversos naufragios culturales, incapaz de explicar la realidad de hoy que se empeña en desconocer, e inviable en un futuro próximo; una veleta ideológica y técnicamente un juego de palabras y conceptos.[35]

Yo, por el contrario, estimo que la segunda, esto es, erigir las bases de una nueva "religión jurídica", constituye la solución acertada, pues la verdadera crisis que vive el derecho administrativo, tal como sostiene Cassese,

> no es tanto una crisis del ordenamiento cuanto una crisis intelectual y por ende relativa a la capacidad de análisis de una ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes.[36]

La disyuntiva antes expuesta no es de hoy sino que ha sido de siempre, y de ella nos habla Mefistófeles en el Fausto de Goethe, quien al responder al estudiante que se lamenta por no poder acomodarse al derecho, le señala:

> No encuentro eso tan mal de parte vuestra. Bien sé lo que pasa con esa ciencia. Leyes y derechos se transmiten de un modo hereditario

---

[35] Nieto García, Alejandro, *ob. cit.*, nota. 3, p. 37

[36] Cassese, Sabino, "Crisis y transformaciones del Derecho administrativo", en *Documentación Administrativa 250-251*, 1998, pp. 215-225.

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

como la enfermedad perenne; van arrastrándose de generación en generación y avanzan lentamente de un lugar a otro. La razón se convierte en sin razón, el beneficio en ofensa. ¡Desgraciado de ti que eres nieto¡ Del Derecho que con nosotros nació, de él ¡ay¡ nunca se habla".

DR © 2008. Asociación Internacional de Derecho Administrativo