



El Derecho Administrativo Comparado y el Derecho Administrativo Global: ¿hacia un ius commune?

José Ignacio Hernández G.

Universidad de La Coruña, Febrero de 2022

Sumario

- El origen histórico del Derecho Administrativo
- Las dos familias del Derecho Administrativo
- El moderno Estado administrativo y la convergencia del Derecho Administrativo
- El Derecho Administrativo Comparado como método funcional: el ejemplo de Europa, Iberoamérica y América Latina
- El Derecho Administrativo Global y los principios generales del Derecho Administrativo
- Un ejemplo práctico: el Derecho Administrativo Global y la inversión extranjera
- Hacia un ius commune administrativo

El origen histórico del Derecho Administrativo

- ¿Cuándo surge el Derecho Administrativo?
 - ✓ Primera tesis: el Derecho Administrativo surge con la Revolución Francesa
 - ✓ Segunda tesis: el Derecho Administrativo surge con la decisión Blanco
 - ✓ Tercera tesis: el Derecho Administrativo surge con el Estado

EDUARDO
GARCÍA DE ENTERRÍA

4ª EDICIÓN. REIMPRESIÓN

REVOLUCIÓN FRANCESA Y ADMINISTRACIÓN CONTEMPORÁNEA



ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera tesis: el Derecho Administrativo surge con la Revolución Francesa

- La disidencia revolucionaria: la Administración Pública queda excluida de los tribunales y por ende, del Derecho Civil
- El legiscentrismo
- Tocqueville y la continuidad de la Administración Pública

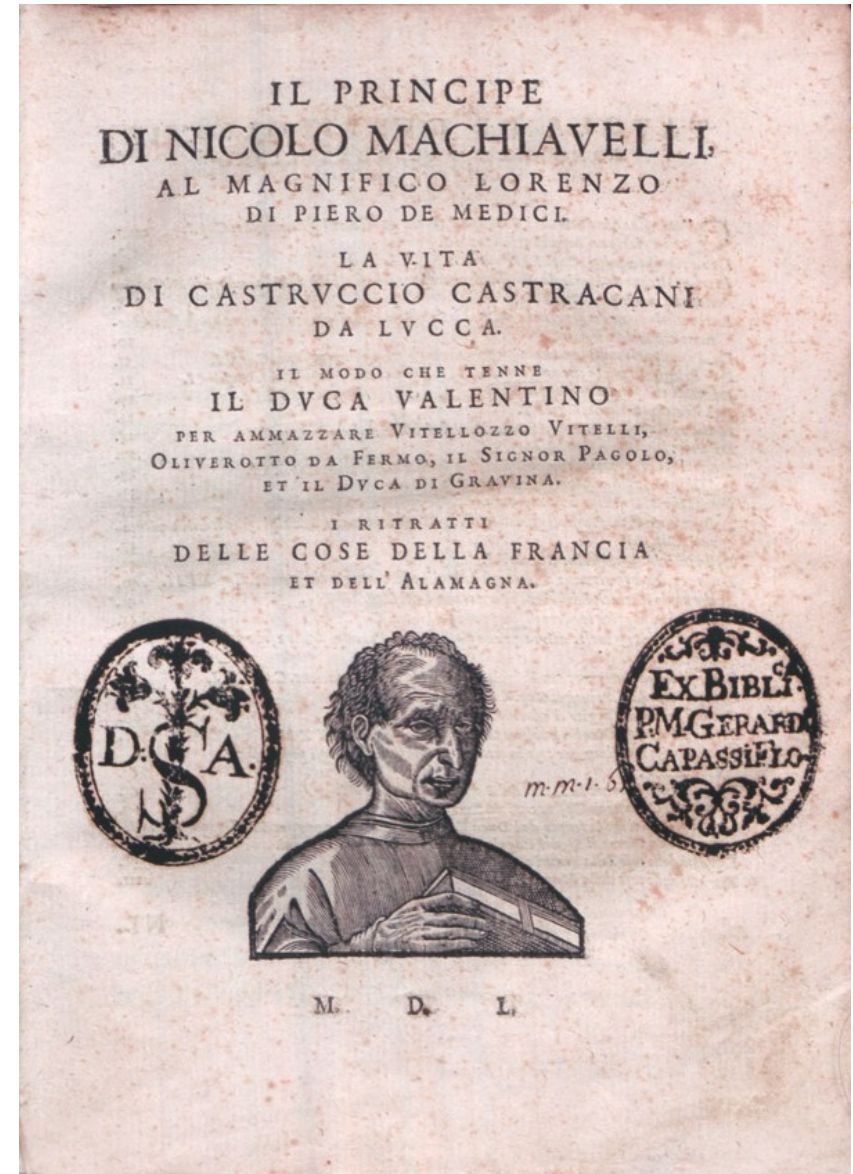
Segunda tesis: el Derecho Administrativo surge con la decisión Blanco

- La decisión del Tribunal de Conflictos de Francia, de 1873, fijó la distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Administrativo a partir del servicio público
- Prosper Weil: el Consejo de Estado creó al Derecho Administrativo como una glándula produce hormonas



Tercera tesis: el Derecho Administrativo surge el Estado

- El Estado requiere una burocracia para ejercer el poder de dominación
- ¿La Administración Pública surge con el Estado moderno?



El origen histórico del Derecho Administrativo

- La síntesis sobre el origen histórico del Derecho Administrativo
 - ✓ El Derecho Administrativo requiere de una Administración Pública, y por ello, surge junto con el Estado
 - ✓ La Administración Pública presupone el Estado
 - ✓ En Francia surge un modelo específico de Derecho Administrativo, pero el Estado y la Administración Pública son anteriores a la Revolución Francesa

El origen histórico del Derecho Administrativo

- El Derecho Administrativo como Derecho estatal
 - ✓ El Derecho Administrativo regula un área del quehacer del Estado (Brewer-Carías)
 - ✓ El Derecho Administrativo es cercano al poder político (García de Enterría, S. Martín-Retortillo)
 - ✓ El Derecho Administrativo como categoría histórica (Villar Palasí)

- El origen histórico del Derecho Administrativo

- Estado, la comunidad y la polis
- Toda comunidad política, como asociación natural, requiere de una autoridad
- La autoridad actúa para la promoción del bien común
- Ubi societas ibi ius





• El Derecho Administrativo Romano

- La Administración Pública Romana desplegó técnicas que se mantienen hasta nuestros días (como la figura de la concesión y el dominio público) Fernández de Buján.
- Ulpiano y el Ius Publicum (Carbajales y Laise)
- El Ius Commune Europeo (siglos XIII-XVI) se influenció del Derecho Romano (ius civile), del ius divinum, ius gentium y la iura naturalia (Gorla).

Les grands systèmes de droit contemporains

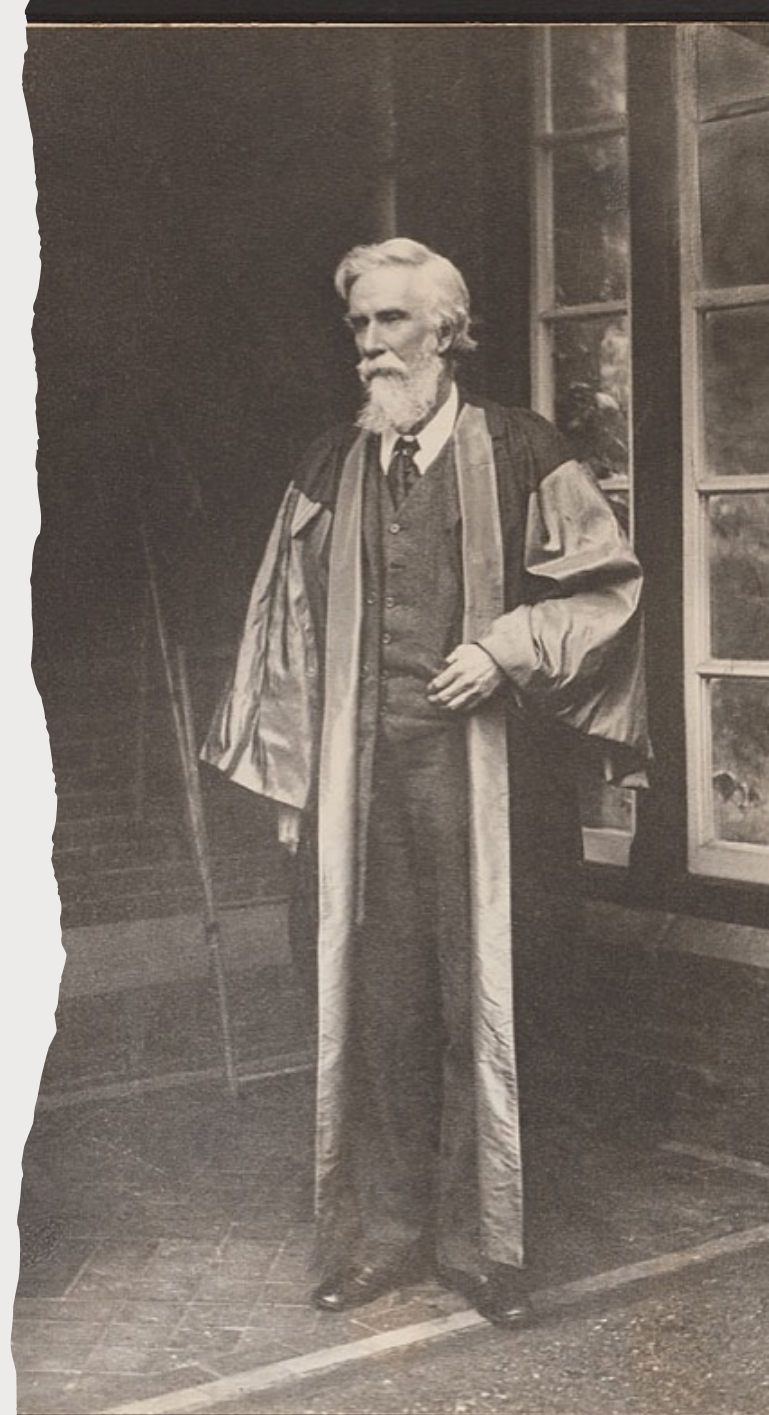
René David

Quatrième édition

- Las dos familias del Derecho Administrativo
- Civil Law o Romano-Germánico: el Derecho deriva de Leyes y Códigos
- Common Law o Anglosajón: el Derecho surge de los precedentes, y se forma consuetudinariamente



- Las dos familias del Derecho Administrativo
- Dicey: No hay, en el Reino Unido, una palabra para describir al Derecho Administrativo de Francia
- Hauriou: Todo Estado moderno tiene Administración Pública, pero no todo Estado moderno tiene Derecho Administrativo



• Las dos familias del Derecho Administrativo

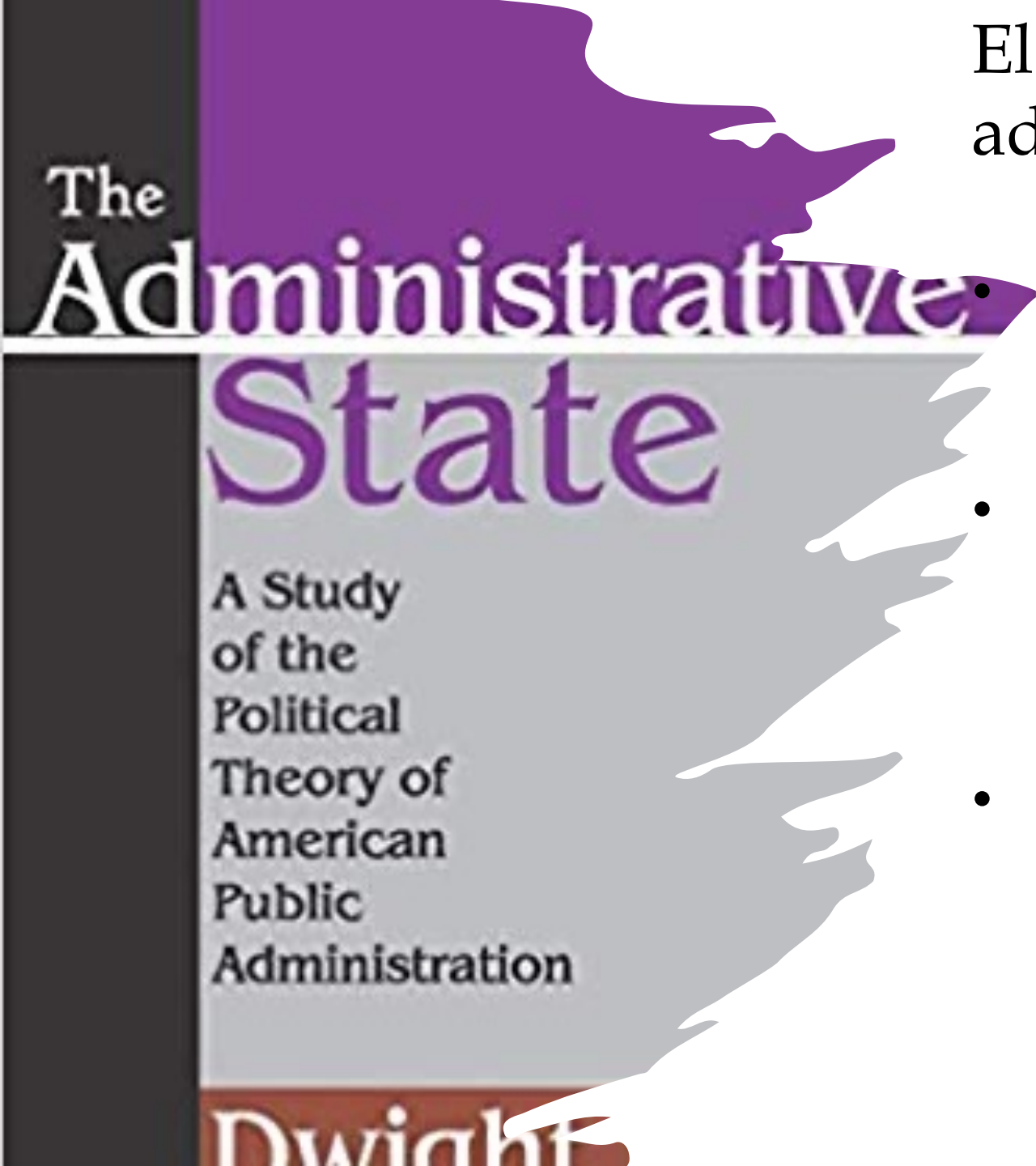
Common Law

- La Administración actúa bajo las reglas de Derecho Común
- No hay privilegios ni prerrogativas
- La Administración se somete a las cortes de Derecho Común

Civil Law

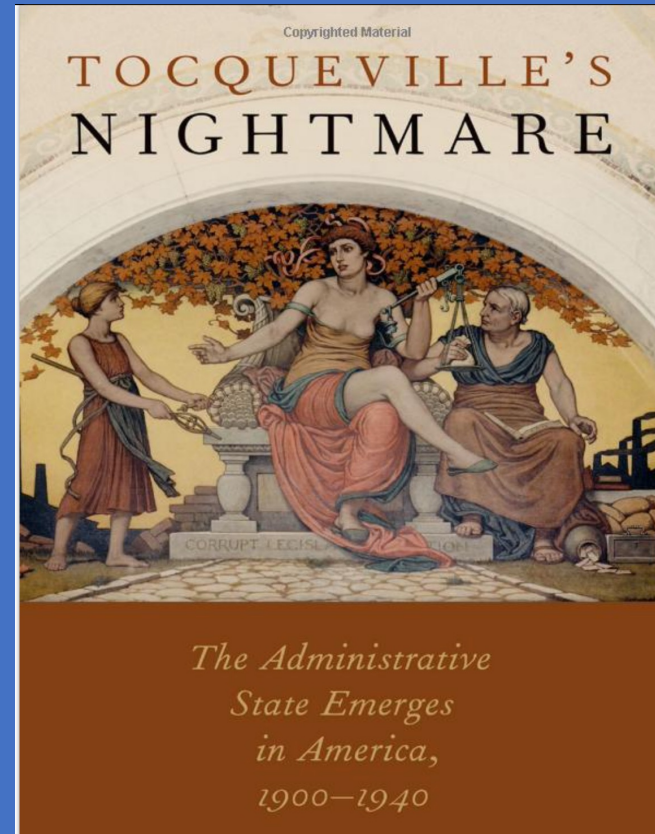
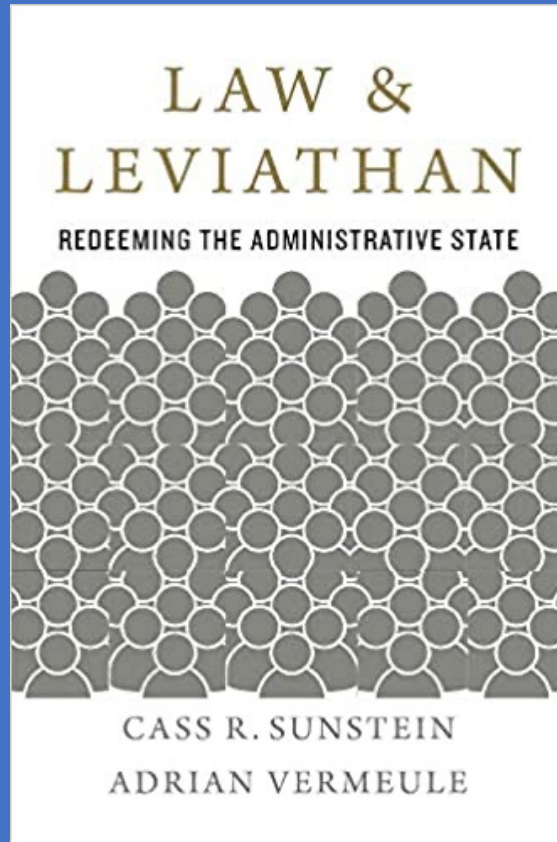
- La Administración actúa bajo Leyes especiales
- Privilegios y prerrogativas
- La Administración se somete al control de órganos especiales

- Las dos familias del Derecho Administrativo
 - ✓ En la práctica, no hay modelos puros, sino modelos mixtos
 - ✓ La cuestión desesperante (Delvolvé) de la dualidad de jurisdicciones no responde a un modelo común en la Europa continental
 - ✓ El *ius commune* influenció al Common Law, en especial, a la Antigua Constitución Británica
 - ✓ El *ius commune* también influenció al naciente Derecho Constitucional en EE.UU.



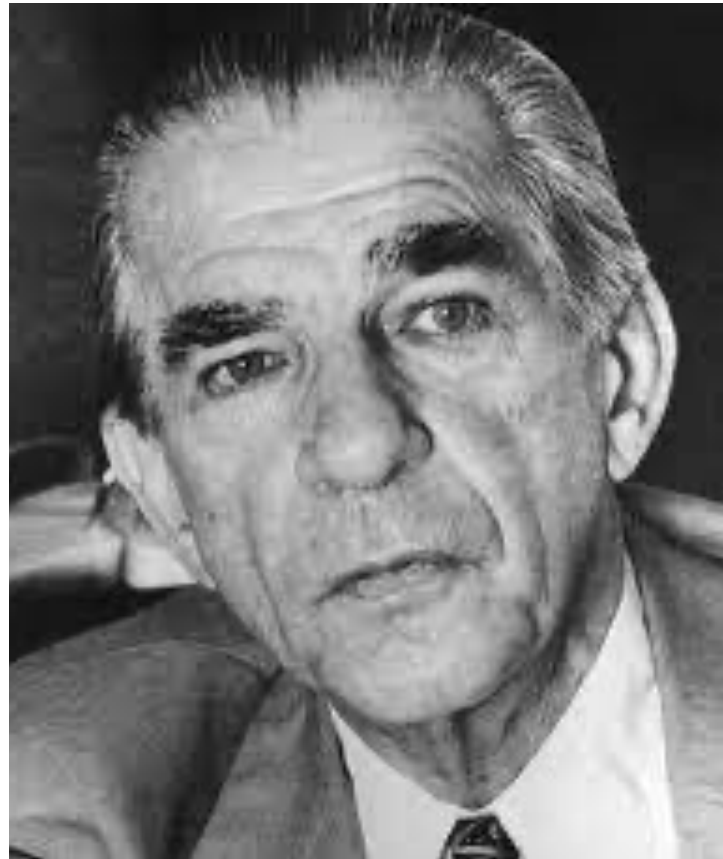
El moderno Estado administrativo

- A mediados del siglo XX los cometidos estatales se ampliaron
- El Estado moderno asignó importantes tareas a las Administraciones Públicas
- Las nuevas tareas requirieron de reglas especiales



- El Derecho de Estados Unidos reconoció potestades a las agencias administrativas, con base en Leyes especiales
- La doctrina propuso adoptar los principios del Derecho Administrativo Alemán
- La Ley de Procedimiento Administrativo de 1946 procuró un equilibrio
- La ausencia de un sistema perjudica el desenvolvimiento del Derecho Administrativo en EE.UU.

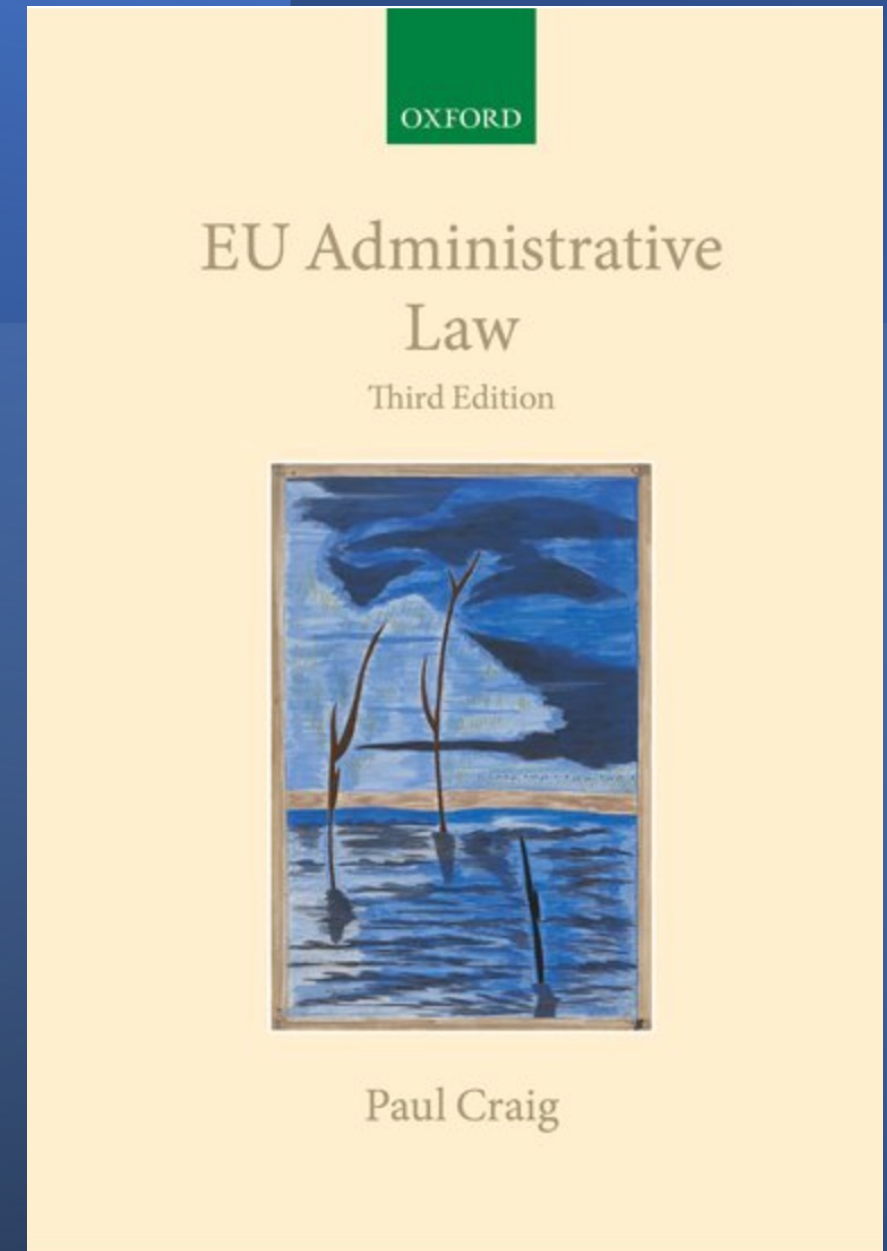
El Derecho Administrativo Comparado



- El Derecho Comparado es funcional
- El Derecho Comparado parte de un objeto
- El método de Derecho Comparado es aplicable al Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo Europeo

- El método comparado permite identificar principios comunes de Derecho Administrativo en Europa (Craig)
- El Derecho Administrativo Europeo, como sistema, parte del estudio de la Administración Pública de la Unión Europea (Arroyo Jiménez)





El Derecho Administrativo Iberoamericano

- El método comparado permite identificar principios comunes de Derecho Administrativo en Iberoamérica (Rodríguez-Arana).
- Estos principios han sido recogidos en normas de soft law, como la *Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano frente a las Administraciones Públicas*.

El Derecho Administrativo en América Latina

- Existen principios comunes de Derecho Administrativo en América Latina (Hernández G.)
- En el ámbito del Sistema Interamericano, puede hablarse del Derecho Administrativo Interamericano



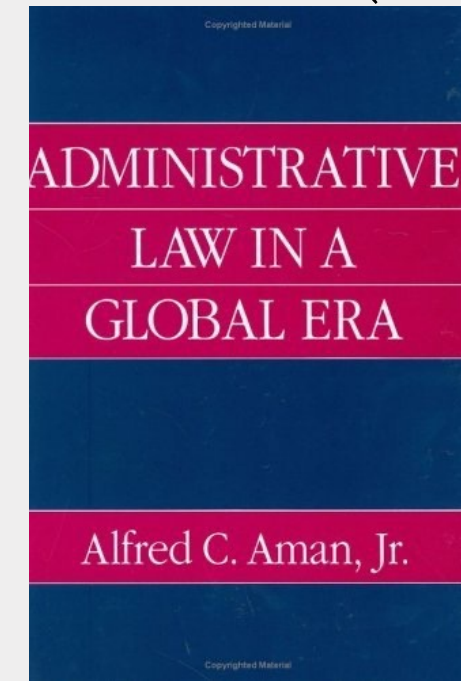
- La globalización económica y la mundialización del Derecho
- La complejidad del Derecho Internacional Público
- Los organismos internacionales y el déficit democrático

El Derecho Administrativo Global





- El déficit democrático requiere aplicar principios generales: motivación, debido proceso, transparencia, participación ciudadana
- Los organismos internacionales como Administraciones Globales (incluyendo organismos híbridos)



- ¿Hay un Derecho Administrativo más allá del Estado?
- La mundialización de los derechos humanos

Las críticas al Derecho Administrativo Global

- No puede haber Derecho Administrativo sin Estado
- No hay un Derecho que sea “Global”
- Se pretenden imponer valores occidentales

- El Estado se ha transformado
- Lo “Global” alude a un Derecho con autonomía frente al Tratado (Global Sur, Global Norte)
- El Derecho Administrativo Global es un método

El ámbito del Derecho Administrativo Global



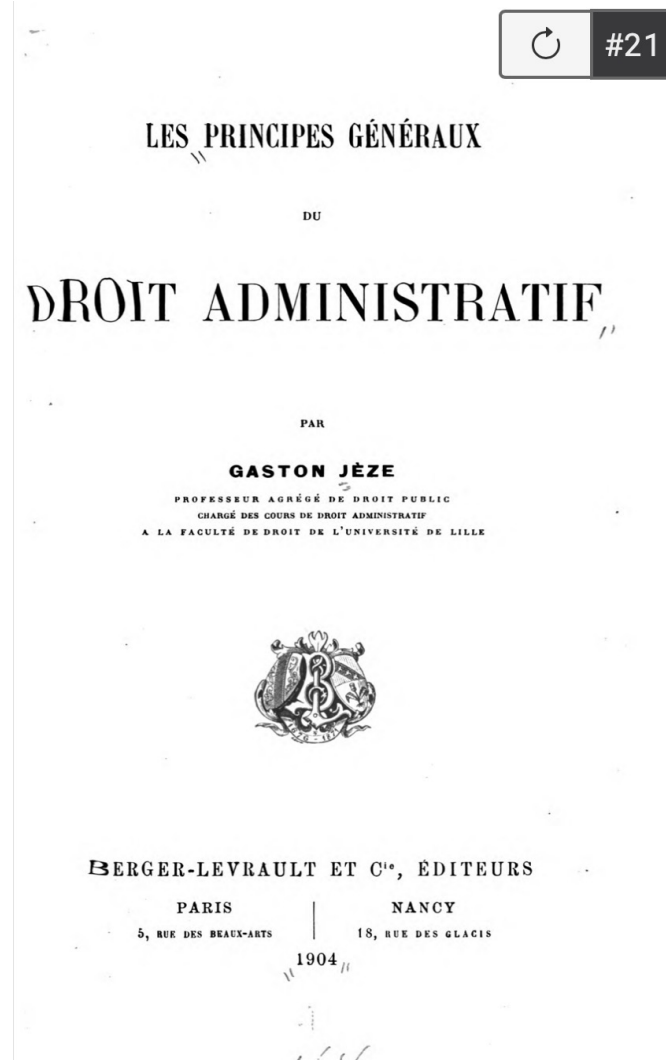
Los principios generales del Derecho como fuente de Derecho Internacional

- Los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas como fuente de Derecho Internacional
- Estos principios se basan en el *ius gentium* y en el Derecho Natural
- Los principios generales de Derecho tienen especial incidencia en las relaciones Estado-ciudadanos
- Hay principios generales de Derecho Constitucional y Administrativo (G. della Cananea).

El método comparado y el Derecho Administrativo Global

- Los principios generales de Derecho Administrativo se sistematizan por el método comparado
- No deben ser principios universales, pero sí principios comunes
- Son principios abstractos: el contrato administrativo no responde a principios generales.
- Son principios, no reglas (Dworkin).

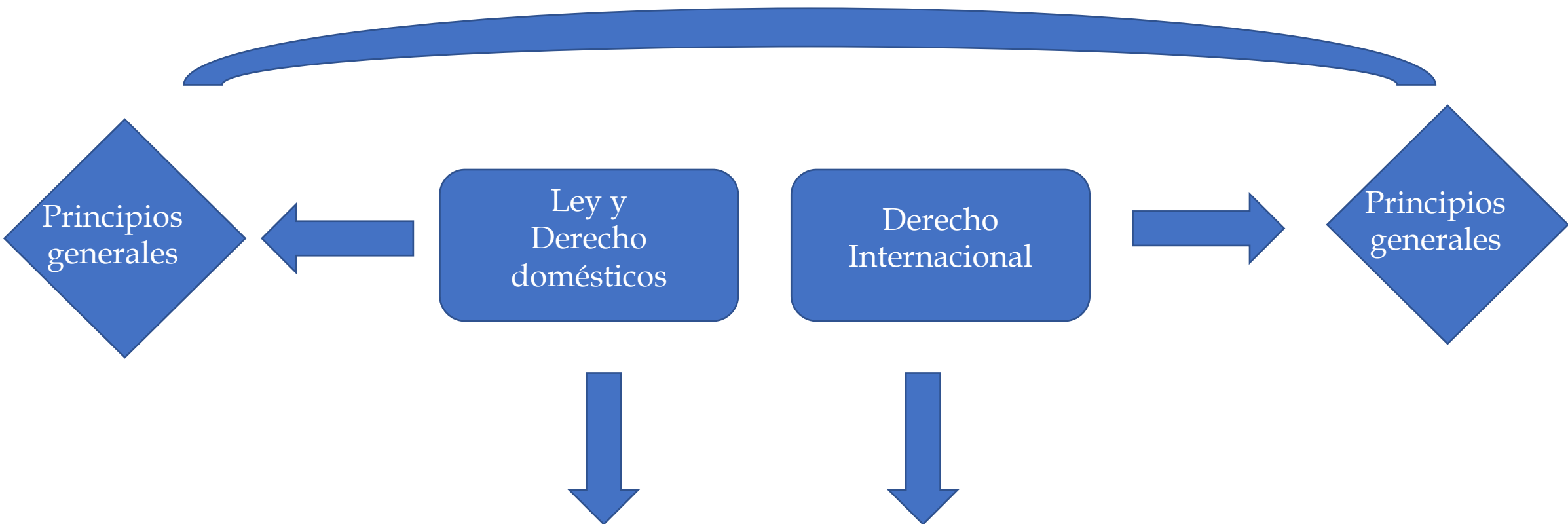
- Los principios generales responden a la “*determinatio*”
- Atemperan el rigor del positivismo
- Conectan con fuentes históricas (*ius commune*)
- Se relacionan con el Derecho Natural



Principios y reglas del Derecho
Internacional Público

The diagram consists of two blue rectangular boxes with rounded corners, one above the other. The top box contains the text 'Principios y reglas del Derecho Internacional Público'. The bottom box contains the text 'Principios generales del Derecho'. To the left of the boxes, a large blue curved arrow points from the top box down to the bottom box. To the right of the boxes, a large blue curved arrow points from the bottom box up to the top box, creating a circular flow.

Principios generales del Derecho



El ejemplo del Derecho Internacional de Inversiones

- La Administración termina unilateralmente un contrato minero por incumplimiento
- El contratista solicita la revisión de la decisión
- La decisión es revisada por violación al principio de proporcionalidad
- La Administración es condenada al pago de daños



- A mediados del siglo XX surge un nuevo tipo de Tratado: los TBI o APRI
- En la década de los sesenta se crea al CIADI para administrar el arbitraje internacional
- A inicios del siglo XX, la crisis de Argentina demuestra que los TBI aplican incluso a políticas públicas
- ¿Es legítimo el arbitraje internacional de inversiones?



INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

- El arbitraje internacional de inversiones no es arbitraje
- El arbitraje internacional de inversiones no es Derecho Mercantil Internacional
- El concepto de “police power” exige adoptar una vertiente de Derecho Público Comparado (Schill).



Más allá del arbitraje internacional de inversiones

- El modelo europeo de cortes internacionales de arbitraje responde a un criterio adjetivo, no sustantivo
- Los nuevos TBI van más allá de la protección de inversiones: promoción de la transparencia y del desarrollo sustentable
- Los estándares de protección del inversor son también estándares de revisión del Estado sede (Ortino)
- El Derecho Internacional de Inversiones incide especialmente en relaciones jurídico-administrativas



- El Derecho Internacional de Inversiones aplicado a relaciones jurídico-administrativas, debe tomar en cuenta a los principios generales de Derecho Administrativo
- El método comparado facilita la identificación de los principios generales de Derecho Administrativo
- Los principios generales facilitan la determinación del “margen de deferencia” y el derecho a regular (Eco Oro vs. Colombia)

¿Hacia un *ius commune* administrativo?

- El *ius commune* no es un Derecho universal, aun cuando se basa en principios y normas universales basadas en los derechos humanos y el Derecho Natural
- El Estado administrativo moderno presenta problemas comunes que requieren soluciones comunes, todo lo cual precisa del método comparado de Derecho Administrativo
- La universalidad de los derechos humanos promueve un *ius commune* administrativo basado en la centralidad de la dignidad humana.
- Los estándares de la buena administración, a través de la buena gobernanza y otros principios afines, son elementos comunes del Derecho Administrativo comparado derivado del *ius commune*
- La separación entre las dos familias de Derecho Administrativo se ha atemperado, a partir de la convergencia del Derecho Administrativo Comparado
- La convergencia del Derecho Administrativo comparado ha sido impulsada por la globalización
- La pandemia de la COVID-19 ha puesto en evidencia la necesidad de avanzar en el Derecho Administrativo Global