

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

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, gobernación o gobernabilidad pública global adolezca, en estos sus primeros balbucesos, de fallas y contradicciones de todos conocidas. Tan es así que el modelo financiero y económico global ha campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación, por inconfesables razones no se ha aplicado, sea desde las agencias “ad hoc”, desde los bancos centrales o desde los propios legisladores.

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

* Conferencia de cierre presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, a las 20h del día 24.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

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 regulación 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, por ejemplo, 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.

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 este marco, la emergencia del derecho fundamental a la buena Administración pública en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 2000 es una noticia que puede asegurar mejor que las reglas del Derecho Administrativo Global estén presididas precisamente por la exigencia ciudadana, con las connotaciones que veremos más adelante, de la buena Administración pública. Un derecho fundamental que, además, por su obvia relevancia, es también un principio general del derecho Administrativo.

En efecto, 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 escapar al control jurídico que legitima la acción pública ni desconocer la existencia de un derecho fundamental de naturaleza global, precisamente por ser un derecho humano, a una buena Administración 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, es ya un Derecho prudencial.

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como pueden 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, y entre ellos el de la buena Administración pública, 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 “checks 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 lesionar el derecho fundamental a la buena Administración escapando del control o del 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-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho.

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. Expresiones del derecho fundamental a la buena Administración pública. 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.

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, y entre ellos, especialmente, el de la buena Administración pública.

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 tecnoestructural 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.

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”, manifestaciones

del derecho fundamental a la buena Administración, 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 y, entre ellos, el derecho fundamental a la buena Administración pública.

2 El derecho administrativo norteamericano y la buena administración

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. Esto

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.

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 procedimiento administrativo 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. Principio que es expresión del derecho fundamental a una buena Administración pública.

Un momento relevante 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 plena crisis económica, encontramos numerosos escándalos financieros en los EEUU que demuestran que es posible falsificar la información y mantener una determinada 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. Es una exigencia de la buena Administración que debe presidir la actuación de las agencias reguladoras.

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, manifestaciones del derecho fundamental de los ciudadanos a una buena Administración pública. 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.

Junto al principio de limitación del poder, en 1946 nos encontramos con el principio de participación pluralista en la ley de procedimiento administrativo, expresión del derecho fundamental a la buena Administración pública. 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, “checks 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.

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.

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.

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 y que constituyen, igualmente, la expresión ética del derecho fundamental de los ciudadanos a la buena

Administración pública. 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.

3 El espacio jurídico-administrativo europeo y los derechos fundamentales de la persona

El Derecho Administrativo de corte continental, el que nace según algunos tras la revolución francesa de 1789 presenta un tono autoritario que trae 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 gran 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 control 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.

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 esperar 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 mostrencas 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 imparabile 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 pon 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.

Según 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 espectador 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 Ámsterdam 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, en la que se reconoce en su artículo 41 el derecho fundamental a la buena Administración pública, bascula en esta dirección, a la que debería seguir 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, solo a través de esa participación social en la responsabilidad y en la tomas 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 estadista, 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 tecnoestructuras 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 tránsito 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 1950, 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 semicontenciosos. 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 semicontenciosas. 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 comprometen 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 que 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 que 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 que 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 Schmidt-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 Schmidt-Assmann señala, en este sentido, que estos principios han sido subsumidos en una suerte de metaprincipio general o potestad general de la Administración de actuar conforme a equidad, o de acuerdo a la justicia del caso concreto. Concebir este metaprincipio en criterio o

guía única para la actuación administrativa implica, según Schmidt-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 mi está 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 entiende como 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.

4 El derecho fundamental a la buena administración en su dimensión global

El Derecho Administrativo Global, tal y como sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, se refiere a todas la 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. Es decir, el Derecho Administrativo Global está muy relacionado con el contenido del derecho fundamental a la buena Administración pública, en el que la racionalidad, la objetividad, la legalidad, la eficacia o la responsabilidad ocupan un lugar central.

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.

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.

A 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 tecnoestructura 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.

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 un disposición al servicio objetivo al pueblo.

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.

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

governant at the supranacional 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 tecnoestructurales 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 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 pueden 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 testes 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 transparencia 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 atiene 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.

5 Reflexión 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.

Agustín Gordillo nos recuerda en este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del Ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, Derecho Administrativo Global. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas, se nos presenta, como advierte magistralmente el profesor Gordillo como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del Estado de Derecho al funcionamiento de la actividad económica y financiera. Probablemente, si en este tiempo de convulsiones que vivimos la racionalidad económica hubiera prevalecido, muchos de los desaguisados que han acontecido no hubieran sido posibles. Porque la regulación habría funcionado, porque los reguladores no se habrían dejado capturar por el mercado. En una palabra, porque los principios del Derecho Administrativo Global habrían podido detener una escalada de descontrol sin precedentes. Sin embargo, lo que prevaleció fue la irracionalidad en que consiste el mercado sin control, sin límites, sin regulación.

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 tecnoestructura 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, buena cosa sería recordar el papel

central del ciudadano y construir un edificio jurídico en el que el derecho fundamental de toda persona a una buena Administración pública tenga contenido y se pueda exigir también globalmente.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho Administrativo Global y Derecho Fundamental a la Buena Administración Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 345-381. ISBN 978-85-7700-501-7.