

## LECCIÓN SEGUNDA BASES CONCEPTUALES

*SUMARIO: I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS CONSECUENCIAS. 22. El Derecho Administrativo como fenómeno histórico. 23. El origen liberal. 24. El Estado de Bienestar. 25. Privatización y desregulación. 26. La nueva gobernanza. II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA DEL NUEVO BIENESTAR: LA CONDICIÓN GENERAL DE LA REGULACIÓN. 27. Estado y mercado como asignadores de bienestar. 28. ¿Por qué la Administración debe intervenir en los mercados? III. EN LA PERSPECTIVA DE TEORÍA POLÍTICA. 29. Por qué en Derecho Administrativo nos deben importar las teorías de la justicia. 30. El utilitarismo. 31. La importancia de Rawls. 32. El Estado ultramínimo de Nozick. 33. Los derechos y Dworkin. 34. Las capacidades y Sen. 35. El espacio deliberativo de Habermas. 36. En el Derecho público no somos neutrales. IV. ANÁLISIS DE CASO: CÓMO ENTENDER LOS NUEVOS ESPACIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 37. Ejemplificación de nuevos espacios.*

### I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS CONSECUENCIAS

22. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO FENÓMENO HISTÓRICO. La presente lección tiene por finalidad explicar la evolución histórica que tiene el Derecho Administrativo, en cuanto sistema legal intrínsecamente vinculado a la expansión y constricción de las intervenciones públicas y sus justificaciones<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Como afirma ACKERMAN y LINDSETH (2010) 18, el Derecho Administrativo no puede evitar su confrontación con la política, incluso mucho más que el Derecho Constitucional en el marco de las interacciones entre Derecho y Política. Esto implica que se provee de un vocabulario conceptual que va transformándose en el tiempo producto de los diferentes cambios sociales.

En el mismo sentido, Jerry L. MASHAW (2010) 37, hay una serie de factores que explican la expansión e importancia del Derecho Administrativo especialmente en los casos nacionales, atendida las ideas e ideologías, las condiciones sociales y económicas inmanentes, los acuerdos

Como se afirma en la literatura, detrás de toda teoría del Derecho Administrativo se encuentra una teoría del Estado. En efecto, de antiguo se ha afirmado que el Derecho constitucional es ininteligible, con excepción de expresar el diseño de un sistema económico que sirve como muralla, de manera que la maquinaria del Gobierno ha sido una expresión de la sociedad y de los arreglos institucionales en los cuales este opera<sup>148</sup>.

Tener relativa claridad de las cuestiones que se encuentran tras los fundamentos del Derecho Administrativo resulta esencial para comprender la lógica del origen de algunos instrumentos de intervención estatal y el desarrollo que estos han tenido a través del tiempo.

23. EL ORIGEN LIBERAL. El origen y desarrollo de esta disciplina puede situarse en los siglos XVII y XVIII y en las transformaciones políticas inducidas por los movimientos revolucionarios liberales que se inician a finales del siglo XVIII y se prolongan a lo largo de la mayor parte del siglo siguiente. Un hito esencial lo constituye la Revolución Francesa de 1789.

El Estado, como hoy lo conocemos, es una concreta forma histórica de organización política de la vida social, resultado de una cultura: la europea – occidental. En efecto, el Estado moderno es una construcción que, como producto de un lento proceso de reintegración del poder político, acaba fraguando en los siglos XV y XVI. Tras afirmarse en torno a la figura del príncipe –del rey de las monarquías que surgen en dichos siglos– y, por tanto, adquirir la forma del Estado nacional, se desarrolla gracias a la continua concentración de poder en el monarca. Alcanza una primera plenitud en el siglo XVI y, sobre todo, en el XVII y XVIII, con el Estado absoluto. Con el éxito de las revoluciones liberales de fines del XVIII y primera mitad del XIX, sufre profundas transformaciones en sus presupuestos, en su organización y funciones, reiniciando una nueva etapa de desarrollo y expansión bajo la forma del Estado liberal de Derecho, que se tradujo en una racionalización y limitación del poder<sup>149</sup>.

---

políticos y constitucionales, las contingencias históricas en tiempos determinados y las acciones autointeresada de los políticos, funcionarios y grupos de interés.

<sup>148</sup> VAN CAENEGEM (1996).

<sup>149</sup> SANTAMARÍA PASTOR (2004) 43, 52.

Como se sabe, la pugna entre la Monarquía y la aristocracia del Antiguo Régimen, celosa de sus privilegios, y las nuevas clases burguesas excluidas del poder político desencadenó, a uno y otro lado del océano, las revoluciones liberales que dieron paso a un nuevo modelo de Estado. Del contraste entre el ideario liberal y las exigencias de la realidad, es decir, las conveniencias de quienes comparten el poder, surge precisamente el Derecho Administrativo<sup>150</sup>.

En el Estado liberal, la *soberanía* se atribuye en principio a la Nación<sup>151</sup>, un nuevo sujeto histórico, del que emana la legitimidad de los poderes públicos. El efecto que esto tuvo es que el dogma de la soberanía permitió articular el poder político en torno a un ente abstracto e impersonal denominado Estado. Lo anterior pone las bases del Derecho público<sup>152</sup>, que se fue construyendo en el modelo continental, con la pretendida y permanente diferenciación del Derecho privado<sup>153</sup>.

A su vez, el Estado liberal se funda en la *separación de poderes*, como una reacción a la concentración del poder del absolutismo monárquico. Tras el principio de separación de poderes, el principal sujeto controlado termina siendo el “Poder Ejecutivo”, al cual, dada su capacidad de acción, sólo le está permitido aplicar o ejecutar las leyes<sup>154</sup>, pues es a la asamblea legislativa (los representantes) a quienes les corresponde decidir sobre las reglas generales que nos regulan, y a los jueces la mera aplicación del silogismo legal. El problema de la concepción liberal es que fue superada ampliamente por la realidad, porque el Ejecutivo heredó y reconstruyó la organización burocrática desde el antiguo régimen, pero en un contexto de conceptualización de un Estado gendarme que no podía ir más allá que

---

<sup>150</sup> SÁNCHEZ MORÓN (2005) 46; ESTEVE PARDO (2014) 45.

<sup>151</sup> Ese dogma es el que está en la redacción del art. 5.1. de la Constitución y la manera en cómo el Tribunal Constitucional lo interpretó en la famosa sentencia de la Corte Penal Internacional. Ver STC Rol N° 346.

<sup>152</sup> SÁNCHEZ MORÓN (2005) 2, 47.

<sup>153</sup> Esa es la idea que se revela en el concepto original de Bello tras el Código Civil, por ejemplo al definir la ley (art. 1°), colocar al acto de autoridad dentro de las hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor (art. 45) y al definir a las personas jurídicas, excluyendo a las públicas (art. 547).

<sup>154</sup> Idea que subyace en la Constitución de 1833 en los artículos 81 y 82.

el “orden público en el interior y la seguridad externa de la República” (el poder de policía en la clásica nomenclatura), lo que llevó a sofisticar la maquinaria administrativa, ampliando la categoría del “poder de policía” a cualquier tipología de orden, disponiendo además de un sistema altamente centralizado del Poder<sup>155</sup>.

A su vez, la teoría liberal proclamó la *supremacía de la ley*, en la dimensión rouseauniana que proclamaba el artículo 6º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como la expresión de la voluntad general, aprobada por el Parlamento. Ella es también norma general, no tanto por su contenido sino por su eficacia, es decir –como indica la Declaración de 1789– la ley es “la misma para todos” y todos se hallan ante ella en situación de igualdad, sin privilegios ni dispensas personales. Así las cosas, la ley será la fuente de todo mecanismo de intervención administrativa. Detrás de esa idea se encuentra el clásico argumento de la “habilitación previa”, que corresponde al poder original del principio de legalidad.

Además, en virtud de ese poder igualitario que confiere la ley es que los sujetos pasan a invocar *derechos y libertades* que deben ser respetados. No hay ya súbditos sino “ciudadanos”, los particulares comienzan a ostentar verdaderos derechos individuales, que la teoría legal calificará más tarde como “derechos públicos subjetivos”.

De este modo, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el Estado es una organización relativamente racionalizada: sus principios se encuentran instalados en la conciencia jurídica y política colectiva. Su gran conquista es la reducción del poder al Derecho. El poder público es fuerte y vigoroso, y puede actuar, investido de imperio, imponiendo y ejecutando decisiones unilateralmente, sin necesidad de impetrar para ello el auxilio judicial. Sin embargo, es un Estado teóricamente separado de la sociedad, en la medida que el Estado y la sociedad se conciben como sistemas distintos, cada uno con límites bien definidos y con relaciones o puntos de contacto escasos y bien determinados. El Estado se limita a regular con carácter general el marco de la dinámica social y vela por la observancia

---

<sup>155</sup> Es necesario recordar cómo en el s. XIX los liberales en Chile calificaban a la Ley de Régimen de Interior, bajo la CPR de 1833, como la “cañería del autoritarismo”.

del mismo, sancionando, en su caso, las infracciones. No interviene activamente en la organización y funcionamiento social, permitiendo el *laissez faire* y la caridad<sup>156</sup>.

24. EL ESTADO DE BIENESTAR. En el siglo XX, y luego de la Segunda Guerra Mundial, las necesidades de intervención pública producidas por los dos grandes conflictos bélicos y la progresiva complejidad de la vida social desde principios del siglo XX que es resultado y/o producto del desarrollo económico, social, científico y tecnológico, dan lugar a una implicación y responsabilización crecientes del Estado *en y por* las condiciones de vida, con el consecuente crecimiento exponencial en cantidad e intensidad de las funciones públicas como una manifestación más visible; cambios que se resumen en la fórmula del Estado Social (Bienestar), que dio origen y desarrollo a la escuela del servicio público.

Esto significó alterar los presupuestos políticos, sociales y económicos del Estado liberal porque: (a) La espectacular transformación de la estructura social, cuyas manifestaciones más visibles fueron la urbanización a gran escala y la concentración de la población, obligó a la generación de nuevos roles y la prestación de servicios públicos; (b) las consecuencias del industrialismo en las relaciones jurídicas entre el empleador y trabajador dieron origen a calidades claramente diferenciadas y relaciones asimétricas, lo que generó demandas por regulaciones de derechos sociales permanentes con tutela pública y un desarrollo institucional a través de servicios públicos; (c) los desastrosos resultados que tuvo la crisis del 29 llevó a presionar por una regulación pública sobre la Economía (Keynes), restringiendo sustantivamente el *laissez faire*; (d) las nefastas consecuencias de las dos guerras mundiales obligaron al Estado a asumir un decidido papel en la economía no sólo en su regulación, sino que en su iniciativa a través de la actividad empresarial; y (e) el acelerado proceso científico y tecnológico conduce a una progresiva complejidad de la vida social, pero además a una exposición de riesgos que se le encarga al Estado resguardar.

Como efecto de estas causas, el Estado dejó de ser un mero legislador o regulador, para convertirse en un Estado gestor, de cuya constante acción prestacional (servicios públicos) precisa la sociedad para su buen funcio-

---

<sup>156</sup> PAREJO ALFONSO (2007) 33.

namiento. Estas fundamentales mutaciones brevemente descritas terminan afectando la configuración del Estado. El Estado social es justamente el resultado de la adaptación del Estado surgido de las revoluciones liberales a la sociedad industrial y postindustrial, y consiste en un Estado que se preocupa por el bienestar de la colectividad y se responsabiliza del mismo. Una de las repercusiones más evidentes del modelo de Estado social sobre la Administración pública consistirá en un imparable crecimiento de la misma, tanto en sentido orgánico (su tamaño cada vez es más grande), como funcional (el número y tipo de tareas de las que se ocupa crece continuamente para satisfacer nuevas necesidades públicas)<sup>157</sup>.

De este modo, jurídicamente se produjeron los siguientes fenómenos: (a) se promovió cada vez la figura de la descentralización orgánica y funcional como mecanismo de distribución del poder (territorial) y de las tareas y funciones que le corresponden al Estado (servicios descentralizados)<sup>158</sup>; (b) la Administración comienza a utilizar mecanismos de Derecho privado para intervenir en la economía a través de empresas o sociedades; (c) amplía sus poderes de intervención, no sólo a través de la prestación de servicios públicos, sino que también absorbiendo una gran cantidad de poder normativo a través del Reglamento; (d) el principio de legalidad atenúa la “vinculación positiva”, para promover un modelo pro intervención basado en la vinculación negativa<sup>159</sup>; (e) el sistema de responsabilidad se amplió hacia la objetivación vía solidaridad, pues este correspondía al valor principal de una sociedad del bienestar.

25. PRIVATIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. El Estado hasta los años 70 del siglo XX había cambiado muchísimo. En apenas 50 años el mundo había dado un giro radical, los avances en la ciencia eran espectaculares. Tras la Segunda Guerra Mundial, la intervención del Estado para la satisfacción de condiciones de bienestar general, así como el comienzo de la época de los “derechos” (la suscripción de las diversas convenciones y declaraciones sobre derechos humanos), permitieron sostener que había comenzado la época de oro del capitalismo (Hobsbawn).

---

<sup>157</sup> PAREJO (2007) 33, 34.

<sup>158</sup> Es decir, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al Estado Fisco.

<sup>159</sup> Actuar en todo aquello que no contravenga la habilitación general.

Pero también comenzaban a evidenciarse los síntomas de la inconformidad. El final de la década de los 60 no sólo fue paz y *rock and roll*, fue esencialmente la explosión de una demanda por autonomía individual y bienestar colectivo. El mundo de la postguerra había comenzado a preocuparse por las libertades civiles, pero también porque la sociedad del bienestar, para muchos, se había transformado en una “sociedad del malestar”.

La influencia de la escuela austriaca (Hayek) en la segunda parte del siglo XX, así como el desarrollo teórico del monetarismo (Friedman), acrecentaron las críticas en contra del Estado de bienestar a finales de los 60 y principios de los 70. El endeudamiento público y su impacto en la inflación; así como la tesis de algunos de la pérdida de “libertad” al depender cada vez más del Estado (Hayek); pero también la valoración por la “libertad de elección” (Friedman), generaron una gran presión por tratar de realizar reformas significativas. Esto se tradujo en cambiar el eje del bienestar: del Estado, al Mercado (neoclásico). A finales de los 70 y principios de los 80, dos íconos del mundo conservador ganaron las elecciones: R. Reagan y M. Thatcher. La Dictadura en Chile se había comenzado a transformar en el alumno experimental y modélico de un nuevo modelo liberal (económico). Este fue el inicio de los procesos de privatización y desregulación, así como una demanda por un nuevo Estado.

Los procesos de privatización y desregulación, en el marco de la consecuente crisis del Estado de bienestar, trajeron aparejados una nueva forma de comprensión de la discusión legal que acató la Administración. Los supuestos del modelo chileno se dieron sobre la base de algunos criterios: no regulación como principio, libre entrada e iniciativa, procedimientos de regulación concretos y claros, establecimiento de reglas de disputas adecuadas y preferencia en los diseños institucionales por autonomías legales<sup>160</sup>. Estos ejes de la construcción del Estado en Chile desde 1980 en adelante no han supuesto resultados neutrales, sino que, por el contrario, han impuesto una lógica de comprensión del Estado, y consecuencialmente de los instrumentos jurídicos a los cuales se encuentra sujeta la Administración<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> SERRA (1995).

<sup>161</sup> HACHETTE DE LA FUENTE (2000) 117, afirma que el proceso privatizador emprendido desde 1974 en adelante se realizó en etapas: (a) La primera etapa desde 1974 a 1983: el objeto preciso de esta etapa fue reducir a conciencia la intervención del Estado en diversas áreas

En efecto, a partir de los 80 los clásicos servicios provistos por el Estado y sus empresas públicas comenzaron a ser trasladados a manos del sector privado, en la medida que sus resultados eran insuficientes, existían endeudamientos significativos y ausencia de eficiencia. Lo anterior se tradujo también en un retraimiento de la intervención pública. Salud, pensiones, servicios de interés general como la electricidad, el transporte y educación, entre los más destacados, fueron entregados a la gestión privada.

Por otro lado, el retraimiento en algunos casos, especialmente en los procesos de privatización que llevaron al traslado y la entrega de monopolios naturales, llevó a que el Estado se reservará poderes robustos de regulación y sanción. La representación de ese modelo está en la generación de las Superintendencias de los 80. Pero es cierto también que el dogma “de la libertad de elección” transformó determinados bienes de interés social relevante en verdaderos *commodities*, de manera tal que en ellos la intervención pública fue reducida o prácticamente nula. Es el caso de educación y salud.

Este mundo se verá reflejado en la visión originalista de la Constitución de 1980 y el modelo o sistema de “libertades” que construyó.

26. LA NUEVA GOBERNANZA. Desde 1990, los ejes de comprensión de la Administración chilena se dieron en el marco de un modelo necesario de democratización, lo que implicó adecuar las instituciones administrativas a nivel regional y local, pero también una necesidad de conceptualización de la existencia de una Administración pública de contenido regulatorio, lo que generó, contrariamente a lo que se piensa, la existencia de una Administración pública más robusta, fuertemente demandada en las actividades que debe desarrollar, pero con un importante componente de exigencia en eficiencia.

Estas formas de ver la teoría del Estado y su régimen institucional han construido esencialmente dos formas de ver el Derecho Administrativo. En primer lugar, un modelo basado en la idea de control del poder y de protección de las libertades individuales, poniendo énfasis en lo que deben

---

de la sociedad; (b) La segunda etapa desde 1984 a 1989: cuyo objetivo fue fortalecer una “sociedad libre”, basada en la economía de mercado, el aumento de la eficiencia de la empresa en general, establecer los modos de traspasos de las empresas públicas y fomentar la propiedad y la subsidiariedad del Estado.

hacer los tribunales en un control fuerte del Ejecutivo, más que la actividad del Gobierno.

En segundo lugar, especialmente desde el período de entre guerras en la que surge la teoría del servicio público, se diseña un Derecho Administrativo como un vehículo de progreso en las políticas construyendo esencialmente un Estado administrativo, promoviendo criterios de contenido material. Los procesos de privatización y desregulación tensionaron esta situación nuevamente, lo que se ha traducido en un verdadero péndulo institucional y de instrumentos jurídicos.

Hoy, en un mundo globalizado y marcado por una fuerte disputa de influencias normativas entre americanización y europeización, se ha señalado que los objetivos de la actividad de la Administración, y en consecuencia del Derecho Administrativo, deben estar centrados en la *gobernanza*, por medio del cual se reconocen nuevas relaciones de colaboración entre el Estado y la sociedad. Esto se traduce en una integración entre las instituciones, la sociedad y la economía en las acciones del Gobierno y en los procesos de decisión; variedad de fórmulas de gobierno *flexible, desregulado y abierto*. Supone la superación de la exclusividad de los poderes públicos respecto de los asuntos públicos, la incorporación de otros agentes que participan en la formación y toma de decisiones y la interdependencia en la gestión por medio de procesos participativos y control, así como en una nueva forma de gestión de los riesgos (tecnologías, medioambiente, vejez, seguros sociales, precariedad, etc.).

Es también el momento de sistemas sofisticados de rendición de cuentas de los funcionarios del Estado frente a los ciudadanos, lo que ha implicado generar sistemas robustos de publicidad, acceso a la información y participación pública<sup>162</sup>.

## II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PERSPECTIVA DEL NUEVO BIENESTAR: LA CONDICIÓN GENERAL DE LA REGULACIÓN

27. ESTADO Y MERCADO COMO ASIGNADORES DE BIENESTAR. Explicada brevemente la evolución histórica del Derecho Administrativo y sus mutaciones

---

<sup>162</sup> Vid. artículo 8º de la CPR.

institucionales, a continuación trataré de explicar los nuevos paradigmas, entre los que se encuentran la intervención sobre los mercados, la competencia y la regulación, que han significado un reestudio de los supuestos básicos del Derecho Administrativo.

Si el mercado se transformó en la condición que explica el bienestar (eficiencia)<sup>163</sup>, y el Estado debe contribuir a que éste funcione bien, haciéndose cargo de regular sus fallas, es evidente sostener que las Administraciones toman decisiones directas o indirectas que afectan el funcionamiento de los mercados, y que por esa vía, también afecta el bienestar de los ciudadanos.

La principal ventaja relativa del Estado está en la capacidad para producir reglas e imponer su cumplimiento a los miembros de la sociedad. Las mejores capacidades del Estado se expresan en aquellas situaciones en que los individuos tienen incentivos para actuar en forma divergente del bien común. En estas situaciones, el Estado puede proveer reglas del juego que facilitan la coordinación y obligan a todos los individuos a someterse a ellas. El Estado enfrenta los problemas de coordinación de la actividad económica de manera opuesta al mercado: mientras la competencia impide la colusión, el Estado opera por la vía de inducir a la cooperación. Ambos

---

<sup>163</sup> STIGLITZ (2003) CAP. 3. Estas explicaciones provienen de lo que usted con certeza ha visto en su curso de microeconomía y que supone, en primer lugar, la eficiencia en sentido de Pareto, es decir, las asignaciones de recursos tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. Cuando eso sucede se dice que “son eficientes en sentido de Pareto u óptimos paretianos”. De este presupuesto derivan los denominados “teoremas de la economía del bienestar”: (1º) toda economía competitiva es eficiente en el sentido de Pareto; (2º) toda asignación de los recursos eficientes en el sentido de Pareto puede alcanzarse por medio de un mecanismo de mercado competitivo. El segundo teorema supone, en la perspectiva clásica, que el Estado sólo debe intervenir en la distribución inicial de riqueza, pero para ello no es necesario un planificador central; el supuesto es que las empresas competitivas, al intentar maximizar los beneficios, pueden hacerlo como el mejor de los planificadores.

Así las cosas, el problema se reduce a la eficiencia que está representada en el equilibrio (cuando beneficio marginal es igual a costo marginal). Así se debe buscar eficiencia en el intercambio (los bienes deben ir a parar a las personas que los valoran más); eficiencia en la producción (no se puede reducir una cantidad mayor de un bien sin reducir la de otro). Esto explica que los mercados competitivos y no otros, en esta perspectiva, son los que mejor expresan la eficiencia y, en consecuencia, el bienestar social.

tipos de comportamiento, competencia y cooperación, son deseables en diferentes circunstancias.

28. ¿POR QUÉ LA ADMINISTRACIÓN DEBE INTERVENIR EN LOS MERCADOS? Se sostiene, entonces, que el Estado (y en consecuencia la Administración), debe intervenir cuando los mercados no son eficientes en la asignación de los recursos, y esto sucede principalmente cuando se dan las denominadas fallas de mercado<sup>164</sup> (competencia imperfecta, bienes públicos, externalidades, mercados incompletos, información imperfecta). Cada una de estas hipótesis da origen a técnicas de intervención diferenciadas regularmente por sectores (tarifas, obligaciones de información, seguros, tributos, normas, etc.).

---

<sup>164</sup> En determinadas circunstancias cuando el mercado no asigna recursos de una forma eficiente en el sentido de Pareto, se sostiene que hay “fallas de mercado”, lo que tiende a justificar la intervención estatal para mejorar esas condiciones de mercado.

Si bien existen múltiples explicaciones y clasificaciones, éstas habitualmente se reducen a las siguientes:

(a) Fallas o problemas de competencia, que se generarán cuando existan monopolios u oligopolios. Sin embargo, en ocasiones las fallas de competencia generan ciertas condiciones o promueven ciertos bienes. Es el caso de los monopolios naturales (situación en la que es más barato que una única empresa produzca todo) y patentes (en que el Estado interviene para otorgar un poder de mercado, porque valora o busca incentivar la innovación). En todos estos casos, tenemos desafíos regulatorios y de intervención.

(b) Bienes públicos, que se da en la hipótesis en que no existe ni rivalidad ni exclusión en su consumo, de manera que o no son suministrados por el mercado o bien la cantidad suministrada es subóptima (por ej. Defensa, avisos de seguridad en las rutas, Justicia).

(c) Bienes comunes, al igual que los bienes públicos, no son excluibles, están a disposición de todo el que quiera utilizarlos. Sin embargo, estos bienes son rivales, pues su uso por parte de una persona reduce su uso por parte de otra, de manera que plantean un problema: una vez que se suministra el bien, las autoridades deben preocuparse de cuánto se utiliza el bien (por ej. aire limpio, pesca).

(d) Externalidades, se produce en el caso en que una persona o empresa impone a otra costos que esta no internaliza ni compensa, o bien produce beneficios para esos terceros sin que quien los provoca reciba ninguna retribución. A las primeras se les denominan externalidades negativas; a las segundas, externalidades positivas. También existen las denominadas externalidades de red, que se traduce en que el consumo de una persona influye directamente en otra (positiva o negativamente), pero en donde su utilidad depende de la masa crítica o número de personas que la utilicen (ej.: Internet). Siempre que hay externalidades, la asignación de recursos que realiza el mercado no puede ser eficiente.

(e) Asimetrías de información, se refiere a situaciones en las que una de las partes involucradas en una transacción tiene más información acerca de esta operación que la otra; esta información desigual puede llevar a una selección adversa o riesgo moral.

En efecto, la Administración Pública (su organización y sus instrumentos) pueden ser leídos en esta clave:

| FUNDAMENTOS               | SECTORES (EJEMPLOS)                    | MODOS DE REGULACIÓN (EJEMPLOS)                                      | INSTITUCIONES (EJEMPLOS)        |
|---------------------------|--|---|---------------------------------|
| Poder monopolístico       | Electricidad - Agua Potable            | Tarifas   | Minecon - CNE - SEC - SISS      |
| Asimetrías de Información | Consumidores - usuarios                | Obligaciones de revelar información - establecimiento de estándares | Sernac - SVS - SBIF - AS        |
| Bienes Comunes            | Pesca                                  | Cuotas y autorizaciones   | Minecon - Subpesca - Sernapesca |
| Externalidades            | Medio Ambiente                         | Autorizaciones, normas e incentivos                                 | MMA                             |
| Competencia excesiva      | Transporte público                     | Licitaciones - licencias - autorizaciones                           | MTT                             |
| Escasez de recursos       | Televisión - telecomunicaciones - agua | Licitaciones - autorizaciones                                       | Subtel - CNTV - DGA             |

Elaboración propia.

Esta exigencia ha puesto el énfasis en la naturaleza y justificación de la regulación pública, extendiendo esta denominación no sólo a la expresión clásica (regulación económica), sino que también a la denominada regulación social.

Por tal motivo, todas las decisiones que adoptan las autoridades administrativas, ocultas tras la denominación regulación, han impuesto como dilema en las últimas décadas, adicionalmente, la preocupación por la calidad regulatoria. Esto significa establecer estándares para la decisión tales como costo-beneficio o costo-efectividad, en el entendido que las decisiones de intervención del Estado siempre producirán costos y efectos de diverso tipo para los regulados, el Estado y la sociedad. Para la teoría legal del Derecho público este aspecto es relevante, porque expone entre otros temas la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones, así como el tipo de procedimiento administrativo que se aplica. En efecto, durante los últimos años, los estados han utilizado varios instrumentos para mejorar la elaboración de normas y asegurar la garantía de calidad sistémica de las mismas, particularmente las siguientes tres: (a) la simplificación administrativa o de trámites; (b) la elaboración de criterios de evaluación de

las normas *ex ante*<sup>165</sup>; (c) la elaboración de criterios de evaluación de las normas *ex post*.<sup>166</sup> Entre nosotros, las exigencias de procedimientos que pueden ser considerados equivalentes a RIA, se encuentran en al menos tres normativas sectoriales específicas: medioambiente (1994)<sup>167</sup>, establecimiento de las garantías en salud (2004)<sup>168</sup> y regulación de empresas de menor tamaño (2010)<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> OECD, 2005.

<sup>166</sup> REGCOM, 2010. Esta es la que se conoce como evaluación de impacto regulatorio o RIA (sigla que en inglés corresponde a *regulatory impact assessment*). El objetivo central del RIA es la existencia de un procedimiento de control sobre el contenido de las normas cuya elaboración se propone, asegurando que se ha desarrollado dentro de un programa, con un enfoque racional para la consecución de los objetivos y que todo ello hubiere sido informado a través de la participación de un abanico amplio de grupos afectados.

<sup>167</sup> Reglamento para la Dictación de Planes y Normas.

Artículo 15. Elaborado el anteproyecto de norma, el Director encargará un análisis general del impacto económico y social de la o las normas contenidas en dicho anteproyecto. Este análisis deberá ser evacuado en un plazo de cincuenta días.

En especial, dicho estudio deberá evaluar los costos y beneficios para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas; los costos y beneficios a el o los emisores que deberán cumplir la norma; y los costos y beneficios para el Estado como responsable de la fiscalización del cumplimiento de la norma.

<sup>168</sup> Ley N° 19.966.

Artículo 13. La elaboración de la propuesta de Garantías Explícitas en Salud considerará el desarrollo de estudios con el objetivo de determinar un listado de prioridades en salud y de intervenciones que consideren la situación de salud de la población, la efectividad de las intervenciones, su contribución a la extensión o a la calidad de vida y, cuando sea posible, su relación costo-efectividad.

Para ello se deberán desarrollar estudios epidemiológicos, entre otros de carga de enfermedad, revisiones sistemáticas sobre la efectividad, evaluaciones económicas, demanda potencial y capacidad de oferta del sistema de salud chileno.

<sup>169</sup> Ley N° 20.416, sobre Empresas de Menor Tamaño.

Artículo Quinto. Procedimiento para la Dictación de Reglamentos y Normas de Carácter General. Todos los ministerios u organismos que dicten o modifiquen normas jurídicas generales que afecten a empresas de menor tamaño, con excepción de las ordenanzas municipales y de los dictámenes que puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, deberán mantener a disposición permanente del público los antecedentes preparatorios necesarios que estimen pertinentes para su formulación, en sus sitios electrónicos, en los términos previstos en el artículo 7° de la ley N° 20.285. *Los antecedentes deben contener una estimación simple del impacto social y económico que la nueva regulación generará en las empresas de menor tamaño y podrán ser elaborados por la propia Administración.*

En el mismo sentido, las decisiones de regulación se dan en espacios en que los burócratas que toman las decisiones se encuentran sujetos a un conjunto de demandas (de mayor o menor regulación), pero también de intereses a los cuales responder (burocráticos, sociales, de la industria, etc.). De ahí, por lo tanto, que para muchos ese espacio se comporta como un verdadero mercado, donde se dan dilemas de elección pública. Por esta razón son relevantes las reglas de organización de las agencias públicas, así como sus procedimientos administrativos de decisión (bajo el estándar legal), pero también las reglas de probidad.

Sin embargo, todas estas hipótesis de intervención pueden dar origen a un nuevo dilema, que son las fallas de Estado, que muchas veces pueden ser muchísimo más costosas que las fallas de mercado<sup>170</sup>.

Como se ha podido analizar bajo el paradigma de eficiencia, la Administración Pública tiene un conjunto de tareas e instrumentos de intervención (regularmente expuesto tras el concepto “regulación”), pero en ese espacio se dan una serie de dilemas de decisión, que para la teoría legal son indispensables abordar (procedimientos, organización, contenido de los actos, etc.).

### III. EN LA PERSPECTIVA DE TEORÍA POLÍTICA

29. POR QUÉ EN DERECHO ADMINISTRATIVO NOS DEBEN IMPORTAR LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA. Para finalizar esta lección de bases conceptuales, analizaremos cómo la teoría de la justicia tiene impactos relevantes, a lo menos en la explicación tras una serie de decisiones administrativas, en la manera en que se ejercen las potestades y el contenido de las opciones definidas por el Estado.

Se afirma que poner énfasis exclusivamente en que el rol del Derecho (en especial el Derecho Administrativo) está destinado a permitir la regulación en perspectiva económica, olvida que hay otros valores que igualmente deben ser considerados para lograr decisiones óptimas para los ciudadanos. Ver el interés público sólo desde la perspectiva del mercado es relativamente limitado, esencialmente porque a través de esta visión lo

---

<sup>170</sup> CORDERO VEGA (2005).

único relevante es ver cómo utilizamos adecuadamente recursos escasos, lo que tiende a reducir las cosas en general a la versión propia de la buena vida, expresada a través de la denominada “predisposición a pagar”. En otras palabras, el bienestar de una sociedad se define exclusivamente por la eficiencia en el uso de los recursos<sup>171</sup>.

En contraste pareciera necesario considerar, además, dos grandes supuestos: el primero es que valores como la justicia social y la redistribución (lo que para algunos también supone cierto paternalismo), son figuras que además deben considerarse al momento de justificar o descartar regulaciones; el segundo es que dado que disponemos de distintas manifestaciones de nuestras preferencias, para las decisiones de interés público, es relevante el establecimiento de reglas procedimentales de participación que garanticen el diálogo. Desde esta perspectiva hay justificación a las intervenciones cuando podemos establecer instituciones que fomenten el aprendizaje colectivo a través de procesos deliberativos y participativos<sup>172</sup>.

Si bien la Constitución supone un conjunto de arreglos institucionales y el legislador es quien legitima las intervenciones de la Administración, tal como lo hemos explicado hasta ahora, la Administración toma decisiones de contenido social cotidianamente y debe enfrentar los objetivos de interés público o bien común tras ellas. Muchos, equivocadamente, asocian varias de estas decisiones, superando el umbral de la habilitación legal expresa, al estándar de la razonabilidad (individual) promoviendo con ello decisiones públicas equivalentes a los que puede tomar un sujeto cualquiera.

El equívoco de ese juicio parte de la ignorancia de no reconocer que las decisiones de la Administración con frecuencia se dan en espacios normativos ambiguos (discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados, cláusulas de apoderamiento, etc.), en que los actos de la Administración suponen una opción social que, utilizando el teorema de la imposibilidad de Arrow<sup>173</sup>, no serán transitivas ni unánimes.

---

<sup>171</sup> MORGAN-YOUNG (2007) 26.

<sup>172</sup> MORGAN-YOUNG (2007) 27.

<sup>173</sup> El teorema de ARROW se debe al trabajo del Premio Nobel Keneth Arrow, que en un *paper* de 1963 denominado *Social Choice and Individual Values* demostró las limitaciones que podían encontrar los mecanismos de decisiones públicas.

Las decisiones de la Administración buscan, explícita o implícitamente, fundamentos, argumentos y desarrollos en el ámbito de la teoría política y moral. El nacimiento del Estado Moderno Constitucional es el mejor esfuerzo de un desarrollo en este sentido.

Por esta razón, la manera en como justifiquemos determinadas preferencias tiene un impacto directo e inmediato en la intervención de la autoridad pública.

30. EL UTILITARISMO. Como se sabe, el utilitarismo es probablemente la mejor adecuación a los objetivos perseguidos por el Estado liberal<sup>174</sup>.

---

La pregunta que se formula es la siguiente: ¿Bajo qué condiciones resulta posible que las preferencias agregadas de un conjunto de individuos sean racionales (reflexivas, transitivas y completas), al tiempo que satisfacen determinadas condiciones axiológicas?; ¿es posible una función que agregue todas las preferencias individuales y cumpla un mínimo de condiciones que podamos considerar como democráticas?

Arrow condicionó la regla de agregación no sólo a criterios racionales (transitividad, completitud, reflexividad), sino también a dos criterios que podemos denominar “democráticos”: decisión no dictatorial (no existen individuos que determinen la ordenación de las preferencias sociales con independencia de las preferencias del resto) y la de no imposición (la ordenación de las preferencias sociales depende de las ordenaciones individuales y no son impuestas por otros criterios, como pueden ser la tradición o el azar).

El resultado del Teorema de Arrow concluye que no existe ninguna regla de agregación de preferencias que tenga tales propiedades normativas deseables (que la agregación resulte en preferencias racionales, que la regla y los resultados sean válidos para cualquier configuración de preferencias, que no vayan contra la unanimidad y que la preferencia social entre dos alternativas sea independiente de la existencia o no de terceras alternativas), a no ser que las preferencias sean el fiel reflejo de las preferencias de algún individuo, denominado “dictador”.

Este teorema sirve para comprender las decisiones de interés público que toma el Ejecutivo. En efecto, con frecuencia escuchamos expresiones como “parece que el Gobierno está actuando de una manera incoherente y contradictoria” o “¿por qué el Gobierno no fija sus prioridades y actúa conforme a ellas?”. Este lenguaje personifica al Gobierno; lo trata como si fuera un solo sujeto. El lenguaje es importante: aunque todos sabemos que el Ejecutivo no es una única persona (es más, es definida la Administración precisamente como un complejo orgánico que promueve sus propios elementos de interés público), a menudo olvidamos eso y le pedimos que actúe coherentemente como un ser racional individual. Sin embargo, el teorema de la imposibilidad de Arrow sugiere que, a menos que concedamos a una persona poderes dictatoriales, no podemos esperar que el Ejecutivo actúe con el mismo grado de coherencia y racionalidad de una persona.

Vid. STIGLITZ (2003) Cap. 7.

<sup>174</sup> Como se sabe, el utilitarismo es una escuela de pensamiento en filosofía política, de origen inglés, cuyo fundador es Jeremy BENTHAM (1748-1832). Promovió una teoría positivista

En efecto, la filosofía utilitarista parte del supuesto de que “un acto es correcto cuando maximiza la felicidad general”. De este modo, frente a diversas preferencias susceptibles de adoptar (que regularmente ocultan preferencias morales) un utilitarista nos recomendaría que debemos elegir aquella que más contribuye al bienestar general. En otros términos, las elecciones utilitaristas son un consecuencialismo moral. El utilitarismo ha sido históricamente atractivo, porque: sugiere evaluar distintas alternativas, no utiliza principios abstractos o autoridades extrahumanas, se desentiende de lo que le pueda suceder a personas concretas, no prejuzga los deseos y preferencias de los distintos individuos, y toma la decisión que satisface la mayor cantidad de intereses.

31. LA IMPORTANCIA DE RAWLS. Sin embargo, como se sabe, la crítica más notable al utilitarismo vino de un libro que marcó y marca toda la discusión en la teoría política desde 1970 hasta hoy. Ese libro se llama *Teoría de la Justicia* y su autor fue John Rawls<sup>175</sup>. En ese libro, Rawls sostiene que el objeto básico de la justicia es la estructura básica de una sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Dirá “que una sociedad bien ordenada es aquella orientada a promover el bien de sus miembros”. Para eso utilizará el denominado contrato Rawlsiano, en el que construirá las famosas herramientas que provienen de la denominada posición original, el velo de la ignoración, la distribución de los bienes primarios. Para ese contrato, en la posición original, los sujetos se someten a dos principios: (a) cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; (b) las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: (i) se espere razonablemente

---

del Derecho y una teoría utilitarista de la legislación. Es decir, una teoría de aquello que el Derecho es, fundada en el rechazo al iusnaturalismo y una teoría de aquello que el Derecho debe ser, que se funda en el utilitarismo moral. El punto de partida del utilitarismo es el concepto de utilidad, que es el nivel de felicidad o satisfacción que obtiene una persona en sus circunstancias.

<sup>175</sup> RAWLS (1993).

que sean ventajosas para todos, (ii) se vinculen a empleo y cargos asequibles para todos<sup>176</sup>.

La teoría de la justicia recibirá una gran cantidad de críticas, pero lo cierto es que dispone un antes y un después, justificando además una gran cantidad de medidas adoptadas por los gobiernos.

32. EL ESTADO ULTRA MÍNIMO DE NOZICK. En contra de Rawls se construyó una de las tesis más atractivas para el individualismo conservador y que tuvo una vasta influencia en Chile en el originalismo de la CPR de 1980. Me refiero a Robert Nozick y su libro *Anarquía, Estado y Utopía*<sup>177</sup>. En respuesta a Rawls, Nozick justificará la existencia de un Estado mínimo (así le llama) dedicado exclusivamente a proteger personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, y a respaldar el cumplimiento de contratos celebrados entre tales individuos. La estructura de derechos de Nozick estará constituida por sólo los negativos (derechos de no interferencia), de manera que los únicos derechos positivos serán los que resulten de las transacciones voluntarias entre personas. Para Nozick, la propuesta de Rawls, que los talentosos coloquen sus talentos a favor de los que son menos talentosos, sería una especie de esclavitud moderna<sup>178</sup>.

33. LOS DERECHOS Y DWORKIN. Como se sabe también, otra manera de plantear las cosas provino desde Dworkin y sus famosas cartas de triunfo: los derechos en serio<sup>179</sup>. Mediante su argumento, esencialmente persuasivo para parte de nuestra literatura durante largos años, no son admisibles el sacrificio de libertades básicas por razones de bienestar general; pero a su vez, el Estado debía, en una perspectiva igualitaria, ser neutral en materia ética, no debiendo prohibir o recompensar ninguna actividad privada

---

<sup>176</sup> Efectos para la intervención estatal y la justificación para el Derecho Administrativo en la perspectiva de Rawls (Justicia distributiva). ¿Qué hacemos con la lotería natural?: remediar y corregir (no invocar).

<sup>177</sup> NOZICK (1988).

<sup>178</sup> Efectos en la intervención estatal y el Derecho Administrativo en la perspectiva de Nozick: garantizar las transacciones. ¿Qué hacemos con la lotería natural?: no intervenimos.

<sup>179</sup> DWORKIN (1997).

sobre la base de que alguna concepción ética resulta superior o inferior a las demás<sup>180</sup>.

34. LAS CAPACIDADES Y SEN. Por su parte, el Premio Nobel Amartya Sen<sup>181</sup>, discutirá precisamente parte de los presupuestos de Rawls y Dworkin, en la fundamentación de una propuesta igualitaria aceptable. Sen afirmará que lo relevante es lo que sucede con posterioridad al reconocimiento de bienes primarios o recursos (dotación de derechos). En efecto, en opinión de él, debiésemos centrarnos en “la capacidad de cada sujeto” para convertir o transformar recursos en libertades, en la medida que idénticos bienes pueden significar cosas muy distintas para personas diferentes. Sen señalará, que dado que la conversión de bienes primarios y recursos en libertad de elección puede variar de persona en persona, la igualdad en la posesión de bienes primarios o recursos puede ir de la mano de serias desigualdades en las libertades reales disfrutadas por diferentes personas. Dicho de otro modo, en opinión de Sen debemos colocar la atención “en las capacidades básicas de las personas” para hacer posibles los proyectos de vida que ellas desean. En resumen, quiere decir que dicha teoría debe prestar una privilegiada atención a los distintos “desempeños” de los individuos. El enfoque de Sen será especialmente influyente en muchas políticas públicas desarrolladas desde mediados de los 90 en adelante, y tiene una manifestación institucional actual en el Informe de Desarrollo Humano de Naciones Unidas<sup>182</sup>.

35. EL ESPACIO DELIBERATIVO DE HABERMAS. Finalmente Habermas<sup>183</sup> sostendrá que cuando los individuos actúan como ciudadanos, dejan de lado el papel de sujeto jurídico privado que le corresponde en el momento de

---

<sup>180</sup> Efectos para el Derecho Administrativo en perspectiva Dworkin: ¿cómo juegan los derechos? (condicionan la interpretación y restringen la discrecionalidad).

<sup>181</sup> SEN (1997).

<sup>182</sup> Efectos en la intervención estatal y en Derecho Administrativo en la perspectiva de Sen: Debemos concentrarnos en las capacidades básicas de las personas, es decir, prestar atención a los distintos “desempeños” de los individuos. Debemos buscar generar libertad para que una persona decida entre diversas formas alternativas de vida.

<sup>183</sup> HABERMAS (1998).

suscribir un contrato privado: mientras que habitualmente las partes cierran un contrato con una determinada finalidad, el contrato social es un fin en sí. Él concentrará su crítica al liberalismo político cuando indica que “El liberalismo político o de Estado de derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del propio Estado (...) El republicanismo kantiano parte de otra intuición. Nadie puede ser libre a costa de la libertad de otros. Porque las personas sólo se individualizan en el camino de la socialización, la libertad de un individuo está vinculada a la libertad de los demás no sólo negativamente, por limitaciones recíprocas”<sup>184</sup>.

36. EN EL DERECHO PÚBLICO NO SOMOS NEUTRALES. Lo que he querido tratar de demostrar en esta parte es que el Derecho Administrativo, al moverse en el espacio del Derecho Público, lo hace en un contexto de deliberaciones respecto de las cuales los operados legales y los ciudadanos disponen de posiciones filosóficas (regularmente intuitivas), expresadas de muy diverso modo y de alguna manera formalizada a través de los argumentos tras los debates de teoría de la justicia. No he expuesto toda la discusión y hay muchos autores que he dejado fuera<sup>185</sup>. Dado que este no es un curso de teoría legal ni de teoría de la justicia, sólo he querido mostrarles que optar por una u otra no es inocente, como no lo son las citas a pie de página y la orientación del mundo del Profesor Soto Kloss (un escolástico tomista por definición), como mecanismo de explicación de su Derecho Administrativo<sup>186</sup>.

La opción por una u otra tiene efectos en la manera en que entendemos la cobertura constitucional, la legitimidad de las intervenciones estatales, la densidad y preferencia por tipos de derechos, el estándar de legalidad y razonabilidad de la intervención administrativa, entre otras.

---

<sup>184</sup> Efectos en la intervención estatal y el Derecho Administrativo en perspectiva de HABERMAS: El espacio común en donde conviven derechos; el cultivo de virtudes colectivas; inclusión de las decisiones; deberes y derechos dependiendo de la justificación (el problema de la argumentación); la neutralidad puede ser matizada por ciertos favores culturales de bien colectivo; prioridad sobre el autogobierno colectivo.

<sup>185</sup> Es el caso de los autores neomarxistas como ELSTER, COHEN y ROEMER, así como los autores comunitaristas como TAYLOR, SANDEL y WALZER.

<sup>186</sup> Basta observar la construcción de SOTO KLOSS (1996).

#### IV. ANÁLISIS DE CASO: CÓMO ENTENDER LOS NUEVOS ESPACIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

37. EJEMPLIFICACIÓN DE NUEVOS ESPACIOS. Como ya se ha señalado, el Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasimecánica de una omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo.<sup>187</sup>

Javier Barnes<sup>188</sup> ha recordado como parte de este fenómeno:

– La acción administrativa es también supranacional. De un lado, el “espacio exterior” está poblado de toda clase de organizaciones públicas, privadas y mixtas, que cumplen relevantes funciones más allá del Estado (piénsese, por ejemplo, en el Comité de Basilea). De otro, en el “espacio interior” las Administraciones nacionales gestionan indirectamente el Derecho emanado al otro lado del Estado (Unión Europea, OMC...).

– La acción administrativa es también ajena al ejercicio del poder o autoridad en numerosos ámbitos, como sucede en el caso de actividades regulatorias de carácter no vinculante (Derecho blando, por ejemplo), y en el de la prestación directa de servicios públicos, tareas ambas que comparte con los sujetos privados (establecimiento de estándares, sectores regulados...).

– La acción administrativa desborda lo puramente ejecutivo, hasta adquirir en tantas políticas públicas un papel directivo y protagonista de indiscutible relevancia (ya desde antaño en el urbanismo o en el planeamiento territorial; más modernamente, en el medioambiente, la seguridad pública, alimentaria, en la regulación de los mercados financieros...).

Estas ideas pueden quedar reflejadas en el siguiente cuadro<sup>189</sup>:

---

<sup>187</sup> Para mayor abundamiento véase la obra colectiva: BARNES (2012), CAP. 1, 2 y 4. En el mismo sentido ESTEVE PARDO (2014) 52.

<sup>188</sup> BARNES (2012).

<sup>189</sup> BARNES (2012).

| AYER   | HOY<br>(además)  | NUEVAS FRONTERAS   | EJEMPLOS   |
|--|--|--|--|
| Derecho típicamente nacional   | Derecho con proyección más allá del Estado,  | Apertura de la frontera entre el Estado y el espacio exterior: espacio administrativo supraestatal (como la Unión Europea), y arena global.  | <p>Hoy existe una intensa <i>vida exterior de la Administración pública</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Mercados financieros</li> <li>– Contratación</li> <li>– Comercio internacional</li> <li>– Internet (ICANN)</li> <li>– ISO / GlobalGAP</li> <li>– Derecho deportivo</li> <li>– Medioambiente</li> <li>– Seguridad aeronáutica o alimentaria</li> </ul>  |
| Derecho del poder (el ejercicio de autoridad como “unidad de medida”). | Derecho que se aplica más allá del ejercicio del poder, de las potestades administrativas, tanto a las Administraciones como a determinados sujetos privados (aun cuando unos y otros no ejerzan poder propiamente). | <p>Apertura de la frontera entre el Estado y la sociedad: de una separación de ambas esferas a la corresponsabilidad y cooperación público-privada.</p> <p>A los actores públicos sujetos al Derecho privado se les imponen determinados principios, valores o reglas de origen público (contratación como poder adjudicador, transparencia y rendición de cuentas...). De modo análogo, el actor público se somete al Derecho público aun cuando no ejerza autoridad (elaboración de Derecho blando).</p> <p>A los actores privados se les reconocen relevantes funciones regulatorias (autorregulación / co-regulación) y, en consecuencia, se les habrá de exigir la observancia de ciertos valores, principios o reglas.</p> | <p>Hoy existe una intensa <i>vida privada de las Administraciones públicas</i> (sujeta al Derecho privado bajo la influencia del Derecho Administrativo):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Por ejemplo: cuando la Administración se viste de “civil” y deja el uniforme (sociedad mercantil que presta un servicio público de transporte urbano o de gestión aeroportuaria).</li> </ul> <p>Hoy existe una intensa <i>vida pública de los sujetos privados</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Por ejemplo, cuando la organización privada participa en la cadena regulatoria (ISO, GlobalGAP, asociaciones profesionales...).</li> <li>– Por ejemplo, cuando la empresa privada (sectores regulados) presta servicios de interés general (sometimiento a los principios de la contratación administrativa...)</li> </ul> <p>Hoy existe una intensa <i>vida pública de la Administración pública de carácter no vinculante o imperativo</i> (sometida al Derecho Administrativo):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Cuando la Administración no ejerce autoridad propiamente (Derecho blando).</li> </ul> |

| AYER   | HOY<br>(además)   | NUEVAS FRONTERAS   | EJEMPLOS   |
|--|---|--|--|
| Derecho de vocación “ejecutiva” o de aplicación cuasimecánica de una legislación que todo lo sabe (esquema bifásico: legislación-ejecución). | Derecho que va más allá de la aplicación de una ley; la ley y el Derecho ya no lo guían todo. | Apertura de la frontera legislación-ejecución: emergencia de una poderosa Administración en la realización de numerosas políticas públicas. Del esquema “bifásico” (legislación-ejecución) al circular: establecimiento de prioridades - debate de opciones y alternativas - implementación - ejecución - seguimiento y valoración - reforma y revisión) | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Derecho del planeamiento territorial y urbanístico (desde mediados del siglo XX).</li> <li>- Derecho que se preocupa por la política regulatoria, de “regular mejor” (evaluaciones de impacto regulatorio...).</li> <li>- Derecho que impone deberes al Gobierno antes de remitir proyectos de ley al parlamento (reforma constitucional francesa de 2008; la Directiva europea de Evaluación Estratégica Ambiental exige la participación del público antes de que el proyecto de ley sea remitido al parlamento; ...).</li> </ul> |

Barnes 2012.

Así las cosas, el Derecho Administrativo de nuestros días enfrenta poderosos dilemas, propios del cambio de configuración y protagonismo, que requiere replantear parte de las herramientas sobre las cuales ha descansado hasta ahora. En adelante trataremos de explicar esos fenómenos.