



UR

Globalización del derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos

Globalización del derecho administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos

Manuel Alberto Restrepo Medina
Lina Marcela Escobar Martínez
Javier Gustavo Rincón Salcedo
Carlos Mauricio López Cárdenas



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Manuel Alberto Restrepo Medina, Lina Marcela Escobar Martínez,
Javier Gustavo Rincón Salcedo, Carlos Mauricio López Cárdenas

GIZ - Proyecto Fortalecimiento del Estado de Derecho (FORTALES DER)
Universidad del Rosario

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2012
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka DG
Diagramación: María del Pilar Palacio

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso
previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Fecha de evaluación: 09 de diciembre de 2011 Fecha de aprobación: 18 de enero de 2012

Globalización del derecho administrativo, estado regulador y eficacia de los derechos
/ Manuel Alberto Restrepo Medina...[et al.]..—Bogotá: Editorial Universidad del
Rosario, 2012.
384 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

Derecho administrativo – Colombia / Derecho constitucional – Colombia /
Control de constitucionalidad – Colombia / Administración de justicia – Colombia
/ Estado social de derecho – Colombia / I. Universidad del Rosario, Facultad
de Jurisprudencia / I. Restrepo Medina, Manuel Alberto / II. Escobar Martínez,
Lina Marcela / III. Rincón Salcedo, Javier Gustavo / IV. López Cárdenas, Carlos
Mauricio / V. Título. / VI. Serie.

342.06 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Marzo 6 de 2012

Contenido

Introducción	xi
--------------------	----

I. CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO REGULADOR COMO PRODUCTO DE LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y COMPATIBILIZACIÓN CON LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL ESTADO SOCIAL

1.1. Transformación del papel del Estado en la economía en función de la globalización - Del intervencionismo a la regulación	1
1.2. Adaptación del derecho del Estado nación a los dictados de la globalización económica y emergencia del derecho global	3
1.3. El modelo regulatorio de Estado determinado por la globalización y la protección eficaz de los derechos reconocidos por el Estado social...	8

2. ADOPCIÓN DEL MODELO REGULATORIO DE ESTADO EN COLOMBIA. CARACTERIZACIÓN Y ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA GLOBALIZACIÓN

2.1. Marco de política general y horizonte del proceso estructural de regulación y control de la actividad económica en el caso colombiano	11
2.2. Redefinición del marco normativo de la regulación y el control de la actividad económica.....	22
2.2.1. Contabilidad y registro de información financiera	26
2.2.2. Protección de la competencia.....	27
2.2.3. Regulación de los mercados financieros	28
2.2.4. Provisión de bienes y servicios públicos	34

2.3. La redefinición normativa de la regulación y el control de la actividad económica privada en función de las tendencias de la globalización	38
2.3.1. Desarrollo normativo global	40
2.3.2. Adopción por los Estados nacionales	43
2.3.3. Aplicación del derecho global	44
2.3.4. Sujetos jurídicos del derecho global	45
2.3.5. Efectos jurídicos globales	47

3. SELECCIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE SECTORES DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA ADAPTADOS AL MODELO REGULATORIO

3.1. Matriz sectorial	52
3.1.1. Subsistema I: Tamaño del sector.....	52
3.1.2. Subsistema II: Adecuación al modelo regulatorio.....	56
3.1.3. Subsistema III: Adaptación al modelo regulatorio.....	59
3.1.4. Consolidación de los resultados parciales de los subsistemas ...	69
3.2. Sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones....	70
3.2.1. Caracterización normativa del sistema de regulación del sector	70
3.2.2. Señalamiento de las influencias de los actores de la globalización, tanto mundiales como regionales en las normas que rigen el sector de las tecnologías de la información y comunicación	81
3.2.3. Descripción de los instrumentos de protección de los derechos contemplados en las normas que rigen el sector	93
3.3. Sector salud	114
3.3.1. Caracterización normativa del sistema de regulación del sector	118
3.3.2. Mecanismos de protección de los derechos de los usuarios del sector salud.....	141
3.3.3. Influencias de los actores de la globalización, tanto mundiales como regionales, en las normas que rigen el sector de la salud en Colombia	143

3.4. Sector transporte	145
3.4.1. Breve historia de la regulación del sector de transporte en Colombia	145
3.4.2. Caracterización normativa del sistema de regulación del sector	151
3.4.3. Influencias de la globalización en la regulación del sector	172
3.4.4. Mecanismos de protección de los derechos de los usuarios del sector transporte.....	186

4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SECTORIAL

4.1. Análisis jurisprudencial del sector de tecnologías de la información y las comunicaciones.....	189
4.1.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	189
4.1.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	207
4.2. Análisis jurisprudencial del sector salud	210
4.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	211
4.2.2. Análisis sistemático de las sentencias referentes al sector de la salud.....	242
4.2.3. Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	243
4.3. Análisis jurisprudencial del sector transporte	246
4.3.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	246
4.3.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado.....	253

5. MEDICIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

5.1. Metodología de análisis jurisprudencial	257
5.1.1. Matriz de análisis jurisprudencial de las sentencias de la Corte Constitucional	260
5.1.2. Matriz de análisis jurisprudencial de las sentencias del Consejo de Estado	268
5.2. Metodología de análisis jurisprudencial aplicado al sector de tecnologías de la información y las comunicaciones	274
5.2.1. Análisis de los criterios de protección de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	274

5.2.2. Análisis de los criterios de protección de la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	285
5.3. Metodología de análisis jurisprudencial aplicado al sector salud	297
5.3.1. Análisis de los criterios de protección de la jurisprudencia de la Corte Constitucional	297
5.3.2. Análisis de los criterios de protección de la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	309
5.4. Metodología de análisis jurisprudencial aplicada al sector transporte	319
5.4.1. Análisis de los criterios de protección de la jurisprudencia de la Corte Constitucional	319
5.4.2. Análisis jurisprudencial del Consejo de Estado.....	329
5.4.3. Conclusiones conjuntas de análisis jurisprudencial en el sector transporte.....	337
Consideraciones finales.....	341
Bibliografía	349

Introducción

Desde la configuración del Estado moderno y su posterior adscripción al principio de legalidad, una de las principales manifestaciones del ejercicio del poder público ha sido la intervención sobre la actividad económica de los particulares, empleando diferentes técnicas, cuya expresión más reciente es la regulación.

La globalización ha determinado en buena medida el cambio en el papel del Estado, que de prestador de los servicios ha pasado a ser el garante de su suministro por parte del mercado, cuya funcionalidad en ese entorno globalizado demanda la homegeneización de los subsistemas que integran el derecho formal del Estado.

Esa transformación en el rol del Estado, que parece más orientado a crear las condiciones para hacer atractiva la realización de negocios en su territorio, obliga a preguntarse si sigue estando en capacidad de satisfacer las demandas sociales y si la adaptación del derecho nacional al modelo regulatorio garantiza la vigencia de los principios del Estado social.

En atención a estas consideraciones, la línea de investigación de Tendencias y Perspectivas del Derecho Administrativo del Grupo de Derecho Público de la Universidad del Rosario, por encargo del Programa FORTALESDER de la GIZ, adelantó una investigación, cuyo informe final se contiene en el presente libro, con el objeto de determinar la eficacia que dicha tendencia tiene para la protección de los derechos; para ello se estructuraron cinco componentes entrelazados en forma secuencial.

En el primero se empieza por explicar la transformación del papel del Estado, de intervencionista y prestador a garante de la prestación a través de la regulación, que resulta ser en buena medida un instrumento jurídico-político funcional a la globalización económica, y la manera en que en el nuevo modelo económico del mercado regulado sería factible continuar garantizando

los derechos reconocidos por el Estado social, a los cuales la ciudadanía no está dispuesta a renunciar.

En el segundo componente se explica la manera en que el modelo regulatorio de Estado se ha ido acogiendo en el caso colombiano, respondiendo en buena medida su adopción a los dictados de la globalización económica, y se analiza esa adaptación de acuerdo con las categorías de la matriz de análisis propuesta por el grupo de expertos internacionales de la GIZ que acompañó el desarrollo de la investigación.

En el tercero se identifican los sectores de la actividad económica colombiana que se encuentran sometidos a la intervención pública en materia de regulación y control, haciendo un inventario de las normas jurídicas que los rigen, para escoger de ellos los dos sectores más representativos de su adaptación al modelo regulatorio propio de la globalización y el menos adaptado a ese modelo, caracterizarlos e identificar en ellos los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos en esos mercados regulados.

En el cuarto componente se describe la evolución que ha tenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado desde la adopción de la Constitución de 1991 en materia de protección de los derechos de los usuarios de los sectores seleccionados para la investigación, considerando que es en el análisis de las decisiones judiciales donde mejor se ve reflejada la eficacia de la protección de los derechos, para establecer el grado de presencia e incidencia que las tendencias de la globalización han tenido en ella.

En el último componente de la investigación se define una metodología para evaluar la eficacia de esos instrumentos, se consignan los hallazgos de su aplicación y se analizan los resultados, para evidenciar el grado de eficacia de la protección de los derechos en los sectores de la actividad económica en los cuales se ha impuesto el modelo regulatorio, caracterizado por la sustitución de la actividad prestadora de monopolio público por la prestación privada en un entorno de mercado regulado, en función de la influencia que en ellos tenga la globalización del derecho administrativo.

Esta investigación está antecedida de otra que concluyó con la publicación del libro *Globalización del Derecho Administrativo Colombiano* (Editorial Universidad del Rosario, 2010), también financiada por la GIZ —entonces GTZ—, en la cual se identificaron las tendencias que caracterizan la globalización del derecho administrativo y se estableció el grado de su presencia o ausencia en el derecho colombiano. En ella se pudo advertir que tal influencia ha tenido

especial incidencia en la regulación de la actividad económica privada, por lo cual tal forma de intervención pública se escogió como punto de partida para el adelantamiento de esta segunda investigación.

Sin el apoyo de la señora Helen Ahrens, directora del Programa de Fortalecimiento del Estado de Derecho de la GIZ en Colombia, y sin los sabios consejos del asesor internacional Alex Schubert, no hubiera sido posible llevar a buen puerto este esfuerzo intelectual. A ellos nuestra permanente gratitud.

1. Caracterización del Estado regulador como producto de la globalización económica y compatibilización con la garantía de los derechos del Estado social

1.1. Transformación del papel del Estado en la economía en función de la globalización - Del intervencionismo a la regulación

Durante la década de 1990 se desarrolló un entorno mundial que favoreció la limitación de la intervención del Estado en la economía que, sumado al deterioro de la capacidad financiera de los países en desarrollo para invertir en las empresas públicas y la imposición de programas de ajuste fiscal para controlar la inflación, produjo una liberalización económica generalizada que proporcionó a los operadores extranjeros acceso a los mercados locales y permitió la entrada de nuevos prestadores de servicios a múltiples sectores que antes se organizaban alrededor de monopolios oficiales.¹

Esta situación derivó en que el Estado dejara de ser el propietario de empresas públicas y titular en exclusiva de numerosas actividades y servicios, para pasar a ser el regulador de la provisión de bienes y servicios, cuya titularidad se abrió a la libre iniciativa privada, sujeta a las reglas del mercado y de la libre competencia.²

Esa transformación del funcionamiento de la economía y del papel del Estado sobre la misma no fue producto del azar o del acaso, sino que en ella

¹ DITZEL FARACO, Alexander y COUTINHO, Diogo R. “La regulación de las actividades económicas que usan infraestructuras en red: entre la flexibilidad y la estabilidad”, en BONILLA MALDONADO, Daniel, GONZÁLEZ, Carmen y CRAWFORD, Colin (coord.). *Derecho, democracia y economía de mercado*. Bogotá: Temis, 2010, p. 273.

² CANO CAMPOS, Tomás. El marco general de la intervención pública en la economía y sus técnicas de intervención en CANO CAMPOS, Tomás (coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Tomo VIII Los sectores regulados, Volumen I*. Madrid: Iustel: 2009, p. 13.

jugó un papel trascendental el enfoque de organismos internacionales, grupos de expertos y gobiernos de países con capacidad de imposición para lograr la aceptación y adopción de un modelo distinto del Estado, cuyo nuevo papel consiste en garantizar que se satisfagan tanto las demandas de los consumidores como un beneficio razonable para los operadores o prestadores.

Como lo exponen Ponce y Sánchez:³ “en el actual contexto global de liberalizaciones y privatizaciones, el papel del Estado muta: pasa de ‘remar’ a ‘dirigir’, como ha sido gráficamente expuesto. La garantía de la efectividad del Estado social y democrático de derecho pasa a reposar entonces, aún en mayor medida, en la capacidad de elaborar normas que sean capaces de ordenar los sectores liberalizados y protejan la libre competencia y los derechos e intereses de los ciudadanos. (...) En este sentido, un “buen” Estado, un Estado capaz de servir al interés general con objetividad, es, de modo creciente, un Estado que regula bien”.

Tal requerimiento emana de que la apertura de la competencia no dio lugar a mercados libres sino regulados, de manera que, para lograr la eficiencia en la prestación de los servicios esenciales, se siguió requiriendo la intervención de la administración pública mediante la regulación, que es concebida como un instrumento normativo que determina las actividades públicas de intervención sobre las actividades privadas, con el objeto de proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que son esenciales para su bienestar, mediante la promoción de la competencia y la incentivación de la eficiencia en la operación de los actores del mercado.⁴

Así, la regulación, como técnica de intervención propia del derecho administrativo, se encuentra asociada “a la liberalización de la economía, la creación de autoridades independientes⁵ y la separación nítida de la inicia-

³ PONCE, Julián y SÁNCHEZ, Ana. “La evaluación de la calidad normativa”, en GARDE, Juan Antonio (coord.). *La Agencia Estatal de Evaluación de la Calidad de los Servicios y de las Políticas Públicas*. Madrid: INAP, 2005, p. 145.

⁴ BARQUERO CÓRDOBA, Ricardo. “Estado, economía y derecho”, en ORTIZ ZAMORA, Luis A. *Derecho público económico*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 41-45.

⁵ A manera de ejemplo, la creación de las agencias regulatorias independientes es destacada como la modificación más importante en la organización de la burocracia estatal adoptada en el proceso de reforma del Estado adelantado por Brasil en la década de los años noventa, sobre el cual ha cimentado en buena medida el crecimiento económico sostenido de la primera década del presente siglo. Véase LESSA MATOS, Paulo Todescan. “The regulatory reform in Brazil: new decision-making procedures

tiva económica en el mercado de las decisiones pretendidamente neutrales de fijación de reglas, control de su cumplimiento y solución de los conflictos planteados en su interpretación y aplicación”.⁶

El Banco Mundial declara la necesidad de que haya una intervención pública sobre la economía a través de la regulación, en la medida en que ella posibilita la corrección de los fallos del mercado derivados de competencia insuficiente, externalidades negativas o asimetría en la información, de tal manera que conduzca a una distribución eficiente de los recursos con respeto por el derecho de propiedad y favorezca el acceso del mayor número de personas a los bienes y servicios que son esenciales para la vida y la integración social.⁷

De acuerdo con Mitnick,⁸ existen dos tipos de razones que justifican la existencia de la regulación. De una parte, aquellas encaminadas a la corrección o restricción de actividades intencionales que se juzgan deseables a un nivel ideal pero que funcionan mal en la práctica o que se juzgan indeseables con respecto al interés público. De otra parte, las que buscan controlar productos laterales no intencionales de las actividades cuando la competencia no puede sobrevivir, cuando la competencia existe pero por imperfecciones como ignorancia de los compradores, riesgo excesivo, discriminación o selectividad de la competencia o probabilidad de que la competencia sea dañina para el servicio, no se obtienen resultados competitivos; o cuando existe competencia pero otras políticas se le oponen.

1.2. Adaptación del derecho del Estado nación a los dictados de la globalización económica y emergencia del derecho global

Para que la globalización económica se consolide y se aseguren los beneficios derivados del libre intercambio de materias primas, productos manufacturados y capitales, es necesario un entramado jurídico que le sea funcional, cuya adopción para hacerlo vinculante sigue correspondiendo a los Estados nacionales. Por ello existe una estrecha relación entre la globalización y el derecho, que

and accountability mechanisms” en KINGSBURY, Benedict et al. *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*. Buenos Aires: Editorial RPA, 2009, pp. 380-384.

⁶ RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Introducción al derecho administrativo económico*, 3ª ed., Salamanca: Ratio Legis, 2005, p. 25.

⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁸ MITNICK, Barry M. *La economía política de la regulación*. Trad. de Adriana Sandoval. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 304-355.

redefine el papel que para la consolidación de aquélla le corresponde jugar al sector público, estableciendo una forma diferente de intervención en la economía, que deja de ser de prestación y participación activa y directa para pasar a ser de orientación y facilitación de las relaciones entre el mercado y la sociedad civil.

En tal sentido, la globalización económica demanda unos contenidos jurídicos homogéneos que constituyen la condición de posibilidad de la economía de mercado a escala universal. Libertad de comercio, protección del derecho de propiedad y garantía de acceso a jueces imparciales son los elementos mínimos que el derecho debe proveer como prioridad racional para el funcionamiento extensivo y sistemático de la economía de mercado, provisión que el mercado no provee y cuyo aseguramiento corresponde al Estado.⁹

Para Laporta¹⁰ lo anterior constituye un reconocimiento de que la respuesta jurídica a la globalización económica es y sigue siendo estatal y que los derechos nacionales para poder garantizar la incorporación de sus comunidades a esa nueva realidad tratan de acoplarse a la misma, so pena de quedar excluidas y al margen de sus potenciales beneficios. Para tal efecto adaptan sus ordenamientos en forma más o menos homogeneizada a los requerimientos e intereses de los actores relevantes de la globalización económica, de la manera más atractiva posible.

De esta manera se presenta una competencia por configurar la mejor opción para satisfacer los intereses que se quieren atraer, determinando una convergencia de ordenamientos que puede ser vista como el primer paso hacia una uniformidad de contenidos normativos, no determinada por la voluntad de los Estados hacia esa finalidad, sino como producto del interés por acceder a los recursos de quienes demandan dicha clase de ordenamientos.¹¹ Tal es el alcance que hoy puede atribuirse a la globalización del derecho.

Manifestaciones distintas a la cuales se atribuye el carácter de derecho global, en cuya virtud se superaría la dependencia de la instrumentación estatal

⁹ Véase LAPORTA, Francisco J. “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas” en CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo (coord.). *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 199-201.

¹⁰ *Ibidem*, p. 204.

¹¹ *Ibidem*, p. 208.

para alcanzar la globalización jurídica, tales como la *lex mercatoria*,¹² la Organización Mundial del Comercio¹³ o el *soft law*¹⁴ resuelven problemas de coordinación y cooperación entre intereses coincidentes, pero tienen dificultades para solucionar con carácter vinculante y coercible los conflictos de intereses¹⁵ y, por lo tanto, no pueden ser asumidos como derecho en estricto sentido.

Por ello, en el panorama actual de las relaciones transnacionales solo procesos como el de la Unión Europea trascienden realmente las fronteras nacionales en el propósito de crear un derecho común supraestatal, pero el derecho comunitario europeo dista de aproximarse a un derecho global, en la medida en que ese derecho responde a un proceso de regionalización para la construcción de una especie de Estado múltiple con una base territorial determinada y unos límites económicos de frontera, y por eso mismo es visto, con recelo, por los economistas como una amenaza potencial para la propia globalización.¹⁶

De acuerdo con Cassese,¹⁷ la evolución de la tecnología, la economía y las finanzas posibilitó la globalización de los mercados, al paso que las instituciones sobre las que se apoyan y que las regulan permanecían en una dimensión nacional. No obstante, para que aquel cambio pudiera sostenerse en el tiempo se ha ido requiriendo la construcción de un ordenamiento jurídico supraestatal, que algunos califican como derecho global, en el cual impera la colaboración entre los sujetos regidos por aquél ante la ausencia de una autoridad superior dotada de soberanía.

En efecto, “el mercado global va generando su propia institucionalidad, agenciada a través de múltiples comisiones, consejos y organizaciones, que

¹² Conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción común de su carácter vinculante.

¹³ Organismo transnacional que decide mediante la técnica de la deliberación y el consenso, tratando de obtener, tras exhaustivas negociaciones, algunos acuerdos mínimos que revisten fuerza normativa, para lograr el más amplio grado de liberalización en materias comerciales.

¹⁴ Declaraciones exhortatorias y grandes principios emanados de agencias o actores que no tienen autoridad legislativa nacional o internacional, articulados de forma no vinculante y basados en la adhesión voluntaria o en medios no jurídicos de reforzamiento.

¹⁵ LAPORTA, op. cit., pp. 213-222.

¹⁶ *Ibidem*, p. 224.

¹⁷ CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Traducción de Luis Ortega et al. Madrid: INAP/Marcial Pons, 2006, pp. 15-19.

cumplen funciones reguladoras o directoras a las cuales por fuerza, los países, predominantemente los menos desarrollados, deben adherir, a riesgo de ser excluidos de la comunidad internacional”,¹⁸ lo cual va produciendo una progresiva subordinación de las políticas nacionales a los intereses y contextos externos.

Entonces, en la medida en que la funcionalidad de ese nuevo modelo implica la adaptación del marco jurídico que rige la intervención pública en la economía, los Estados van amoldando sus legislaciones nacionales mediante la adopción por sus órganos representativos y gubernamentales de las normas jurídicas dictadas por los actores relevantes de la globalización económica, que se resumen en un nuevo concepto: el derecho de la regulación económica.

Así, el ordenamiento jurídico de la regulación, aunque contenido en los moldes formales del Estado nación, es producto de un proceso deliberativo plasmado en acuerdos entre actores colectivos (organismos multilaterales, empresas transnacionales y, ocasionalmente, organizaciones no gubernamentales), carentes de legitimidad democrática, que luego son adoptados por los parlamentos nacionales, generando como producto que el Estado deja de ser el solucionador omnipotente de todos los problemas para pasar a ser un gestor de las interdependencias entre desafíos, actores y estrategias a lo largo del eje global-local¹⁹.

Según lo advierte Delpiazzo,²⁰ frente a la observación de la realidad de la globalización como un fenómeno caracterizado por la dependencia económica mutua entre los países del mundo que excede las fronteras territoriales de cada uno, el derecho trata de dar respuesta tendiendo a la adopción de reglas comunes, incluyendo al derecho administrativo.

Este último deja de ser un derecho exclusivamente interno para acomodarse a esa realidad y en su lugar va componiendo un ordenamiento jurídico global con normas de origen internacional, supranacional y nacional, cuya

¹⁸ BARBOSA CARDONA, Octavio. *Globalización y desmedro de la soberanía de los Estados periféricos*. Bogotá: ESAP, 2008, p. 41.

¹⁹ PRATS CATALÁ, Joan. “Las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo”, en SÁINZ MORENO, Fernando (dir.). *Estudios para la reforma de la administración pública*. Madrid: INAP, 2004, pp. 37-39.

²⁰ DELPIAZZO, Carlos E. “Perspectiva latinoamericana del derecho administrativo global en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor (coord.). *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo, Tomo II*. Caracas: Ediciones Paredes, 2009, pp. 1.279-1.281.

principal fortaleza consiste en la existencia de disposiciones e instrumentos relativos a la resolución de controversias.²¹

Esas tres manifestaciones se expresan de la siguiente manera:

- a) En primer lugar, mediante la creación de un derecho administrativo internacional, que se refiere al régimen de los organismos internacionales, que no es interno a ningún país y que tampoco hace parte del derecho internacional público. Para algún sector de la doctrina la aparición del derecho administrativo global implica la creación de organismos intergubernamentales encargados de la regulación administrativa en aquellos ámbitos donde se presenta la interdependencia globalizada. Dentro de esa orientación Ponce Solé²² señala que el derecho administrativo global comprendería las estructuras, procedimientos, reglas y principios que limitan y orientan la toma de decisiones de esos organismos intergubernamentales.
- b) En segundo término, la aparición de derechos administrativos regionales, que en el caso suramericano resulta de la evolución del sistema interamericano, del cual han emergido sistemas subregionales de integración, todos los cuales son generadores de normas jurídicas constitutivas de ordenamientos jurídicos nuevos. El caso paradigmático de derecho administrativo regional lo constituye el derecho comunitario europeo, respecto de cuyos alcances frente a una verdadera globalización del derecho ya se hizo mención.
- c) En tercer lugar, la aparición de la convergencia de los derechos administrativos nacionales en función de la constante relación de interacción entre los derechos nacionales como producto de la globalización, que llevan a que estos últimos se expliquen cada vez más desde su integración en otros sistemas jurídicos más complejos que no responden a las reglas tradicionales de los ordenamientos jurídicos estatales. Aunque no todo el derecho se globaliza, en la medida en que existen elementos que continúan perteneciendo a las órbitas de producción tradicional del derecho nacional, cuyos efectos son ante

²¹ CASSESE, op. cit., p. 27.

²² Presentación del libro PONCE SOLÉ, Juli (coord.). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 11.

todo nacionales, aquellos que se globalizan son los requeridos para garantizar la expansión del capitalismo global, en relación con los cuales el Estado deja de ser el constructor de la ley para convertirse en un mero ente aplicador de normas.²³

Esa conjunción de manifestaciones va perfilando la construcción de un derecho administrativo global, requerido para la regulación de áreas²⁴ que no pueden ser afrontadas suficientemente por y con los ordenamientos nacionales, emergiendo sistemas transnacionales de regulación a través de tratados y redes de cooperación que procuran dar respuesta a la interdependencia resultante de la globalización.

Como consecuencia, la construcción del derecho administrativo globalizado se va generando en la medida en que las respuestas locales, inmediatas o de corto alcance ya no son suficientes ni satisfactorias frente a los procesos globalizados a que se ven abocadas las sociedades contemporáneas, los cuales, a su turno, no obedecen a una voluntad única, ni tampoco a una voluntad colectiva, sino que son el producto de la coexistencia de numerosas influencias, cuyo mayor reto consiste en hacer compatibles los intereses de los actores de la globalización con la justicia social.²⁵

1.3. El modelo regulatorio de Estado determinado por la globalización y la protección eficaz de los derechos reconocidos por el Estado social

La adecuación jurídica de la forma de actuar del Estado para pasar a un modelo de carácter regulatorio, sin renunciar al marco del Estado social y democrático de derecho, obliga a preguntarse sobre su capacidad para preservar y hacer valer tanto los derechos civiles y políticos como y principalmente los derechos sociales, económicos y culturales, pues el enfoque en la garantía del buen funcionamiento del mercado pareciera preocuparse con mucha mayor

²³ *Ibidem*, pp. 64-65.

²⁴ Tales como la seguridad, el desarrollo, la protección ambiental, las finanzas y la banca, las telecomunicaciones, la propiedad intelectual, el comercio de bienes y servicios y los movimientos migratorios.

²⁵ MALDONADO, Carlos Eduardo. *Cotidianidad y destino de la globalización*. Bogotá: Universidad Libre, 2001, *passim*.

intensidad de las libertades económicas que de una configuración comprensiva de los derechos sociales.

En efecto, en la medida en que los derechos nacionales van convergiendo en sus contenidos de manera funcional a los requerimientos de la globalización económica, pareciera ser que se fueran alejando de su carácter de solucionadores de los problemas locales y, por el contrario, la intervención del Estado en relación con los mismos se convierte en un factor de conflicto, que propicia que, para resolverlos, se termine construyendo un sistema judicial paralelo.²⁶

Por ello y como lo plantean Caselli y Di Steffano,²⁷ cabe preguntarse si es posible entablar un diálogo fecundo entre globalización y derecho para propiciar un gobierno responsable tanto de la economía como de las personas, fundado en el valor moral de la dignidad humana y, por tanto, al servicio de la solidaridad en el progreso.

En la presentación del libro “La globalización y el orden jurídico”, Carbonell y Vásquez²⁸ muestran su extrañeza por el modesto lugar que hasta el momento han tenido los juristas en la explicación, sistematización y crítica del fenómeno de la globalización y, de manera particular en América Latina, donde brilla por su ausencia el interés de la doctrina por sus impactos en el ámbito jurídico.

En ese sentido, algunas de las preguntas a las cuales busca responder esa obra, corresponden también a las que aquí se formulan desde una perspectiva mucho más específica. En efecto, allí se plantean, entre otros interrogantes ¿cuáles son los impactos que para los ordenamientos jurídicos tienen los actuales procesos de globalización que afectan una parte importante de los aspectos de nuestras vidas cotidianas?, ¿tienen algo que ver los derechos fundamentales con la globalización?, ¿la globalización es buena o mala para los derechos, para la democracia y para la división y el control de los poderes?

²⁶ ESCOBAR SOLANO, Julián Andrés y SUÁREZ ORTIZ, Giovanna. *Globalización del derecho y reforma a la justicia. Transferencia normativa y transformación del Estado en Colombia, 1992-2005*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 2008, pp. 57-63.

²⁷ CASELLI, LORENZO y DI STEFFANO, ADRIANA. “Globalización y bien común. La responsabilidad de Europa”, en BONANATE, LUIGI y PAPINI, ROBERTO (COORD.). *Los derechos humanos y el diálogo intercultural*. Buenos Aires: Club de Lectores, 2008, pp. 361-377.

²⁸ Presentación del libro CARBONELL, MIGUEL y VÁSQUEZ, RODOLFO (COORD.). *La globalización y el orden jurídico. Reflexiones contextuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 9.

La regulación, como objeto e instrumento de acción del derecho administrativo adaptado al nuevo rol que dentro del escenario de la globalización contemporánea le compete aún al Estado, en palabras de Rodríguez-Arana Muñoz,²⁹ debe hacer posible el megaconcepto de interés general que, en un Estado social y democrático de derecho, está vinculado a la tarea promocional y que es garante de los poderes públicos orientado al libre y efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos.

En esa medida, prosigue el catedrático español, la principal tarea de la administración pública consiste en preservar el servicio universal, para lo cual, ni puede abusar de su posición para someter al empresario a situaciones irracionales, ni debe tolerar que el mercado castigue a los más débiles. La regulación ha de estar orientada a que exista una competencia razonable que permita la prestación de buenos servicios a precios asequibles.

Lograrlo no es fácil ya que implica estimular a los inversionistas para que transfieran a los consumidores parte de los beneficios de las ganancias en productividad, tecnología e innovaciones en la gestión empresarial, ampliando permanentemente la expansión del servicio, en procura de lograr la cobertura universal, a la vez que establece las condiciones para que las tarifas que los últimos paguen sean lo más bajas posibles, sin disminuir los beneficios que los inversionistas consideran adecuados.³⁰

Por ello, no basta con la adopción por parte de los Estados de las reglas que definen el modelo jurídico de actuación de la administración pública, que es funcional a la globalización, sino que es importante crear las capacidades institucionales necesarias para gerenciar debidamente el sistema regulador³¹ y que demandan su propia institucionalidad de producción en orden a responder efectivamente a los requerimientos de acceso a los servicios básicos por parte de la población en condiciones de mayor vulnerabilidad.

²⁹ En el prólogo del libro HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Telecomunicaciones, regulación y competencia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2009.

³⁰ DITZEL, op. cit., p. 275.

³¹ Independencia de la autoridad pública reguladora; atribución al regulador de una única tarea o misión; naturaleza condicional o de prescripciones hipotéticas y no directivas de la regulación; establecimiento de relaciones trilaterales (mercado-regulador-sociedad); sometimiento de la regulación al principio del procedimiento debido; y control jurisdiccional de las decisiones del regulador. Ver CASSESE, op. cit., pp. 150-153.

2. Adopción del modelo regulatorio de Estado en Colombia. Caracterización y análisis desde la perspectiva de la globalización

2.1. Marco de política general y horizonte del proceso estructural de regulación y control de la actividad económica en el caso colombiano

El Departamento Nacional de Planeación³² señala que el sistema colombiano se caracteriza por la falta de identificación de los riesgos sociales y de los intereses generales que justifican la destinación de recursos públicos para la existencia de la institucionalidad encargada de las funciones de regulación y control de la actividad económica, la cual va desde entidades independientes del Ejecutivo hasta organismos adscritos o vinculados a los ministerios.

Y agrega el mismo DNP que, según el sector, no solamente se presenta la concentración de las funciones de regulación y control en una misma entidad, sino que se superponen las de dirección, promoción y producción, e inclusive funciones jurisdiccionales, lo cual refleja que el diseño institucional no fue la respuesta a un diagnóstico específico sobre las necesidades en la materia, sino más bien el resultado de la acumulación de esfuerzos aislados e incoherentes en distintas épocas. Dicha improvisación, en criterio del DNP,

(...) ha implicado que el esquema institucional vigente de intervención presente una superposición de trámites ante diferentes organismos de regulación y control; diferentes criterios sobre los

³² La caracterización del actual sistema colombiano de regulación y control estatal de la actividad económica de los particulares es efectuada por el DNP en el documento titulado “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”, disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/PRAP_Transversales_Documentos/Marco_conceptual_para_reformar.pdf.

mismos asuntos; pago de contribuciones adicionales a los impuestos ordinarios; dispersión de la información obtenida a través de las entidades reguladoras y supervisoras; ausencia de correspondencia entre la relevancia social y económica de los intereses encomendados a la respectiva entidad y el monto de los presupuestos y de las plantas asignadas para su cuidado; impacto negativo en el gasto público; e impacto negativo sobre los costos de transacción.

Frente a la necesidad de generar acciones sobre la regulación y el control como proceso transversal para lograr el buen funcionamiento de la administración pública, el Documento CONPES 3248³³ propuso como objetivo para el período 2002-2006 establecer un marco de política para el ejercicio de las actividades de regulación, supervisión y control por parte del Estado, definiendo el esquema institucional más apropiado y sus competencias, en donde le corresponde al Gobierno establecer los principios orientados a permitir racionalizar la actividad estatal en esta materia, a efecto de minimizar los costos de transacción para el Estado, los regulados, los supervisados y los controlados, y establecer un régimen jurídico único para los organismos de regulación, supervisión y control.

Ese marco de política fue definido en el documento elaborado por el DNP denominado “Marco conceptual para reformar y consolidar el esquema institucional de regulación y control de la actividad empresarial”,³⁴ en el cual se indica que la institucionalidad de la regulación y el control se enmarca dentro los siguientes principios:

- El objeto de la regulación y el control lo constituye la prestación de servicios por particulares.³⁵
- La regulación y el control deben ser de alta calidad para incentivar la inversión privada.

³³ Disponible en www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3248.pdf.

³⁴ Ob. cit., *supra nota* 32.

³⁵ Este principio implica que el Estado ya no será el prestador de los servicios, en la medida en que el gasto público se asignará a los bienes y servicios que solo el Estado puede proveer por razones de soberanía o equidad, y aun en este caso se optará por mecanismos que permitan que los usuarios elijan entre oferentes en lugar de mantener entidades oficiales monopolistas.

- El esquema de regulación y control debe privilegiar la participación ciudadana mediante acceso efectivo a la intervención contra conductas de los agentes del mercado que vulneren sus derechos.
- Los mecanismos de divulgación y acceso a información oportuna y confiable deben contrarrestar la asimetría de información que caracteriza la actuación de los agentes económicos.

La intervención a través de las actividades de regulación y control debe ser la excepción y no la regla, en atención a que la intervención implica una restricción a la libertad de empresa que debe justificarse en razón de que la actividad o el sector lo requieran, para:

- a) Incorporar señales de eficiencia económica cuando existan monopolios.
- b) Eliminar los obstáculos que impidan la competencia.
- c) Contrarrestar los efectos de externalidades negativas e incentivar las positivas.
- d) Contrarrestar los efectos negativos de las asimetrías de información.
- e) Asegurar la provisión de servicios públicos hasta donde técnica y económicamente sea factible.
- f) Estimular la inversión de los particulares en aquellas actividades que puedan ser desarrolladas por el sector privado.
- g) Minimizar los riesgos pasivos contingentes o asegurar su provisión.
- h) Reducir los costos de transacción.

Antes de intervenir, se debe asegurar que la intervención sea el único medio para proteger un interés público específico que la justifique y que la misma se haga estrictamente en las proporciones necesarias para contrarrestar el riesgo, que el costo de la intervención sea menor al costo de no hacerla, de manera que no vaya hasta el punto en que los costos marginales excedan los beneficios; que los riesgos a evitar o mitigar sean razonablemente predecibles; que exista un balance adecuado entre la sanción, la cuantía de los daños causados a la sociedad por el incumplimiento de la norma regulatoria y los instrumentos disponibles para hacerla efectiva y que se permita flexibilidad para que se puedan realizar revisiones periódicas, procurando estabilidad en las reglas de juego.

La intervención económica en los ámbitos de la regulación y el control debe corresponder al objetivo general de la intervención del Estado en la economía, consistente en buscar el equilibrio entre el mercado y el interés público, de manera que su intervención permita corregir tanto las fallas del mercado como las del gobierno. Asimismo, debe reducir las externalidades negativas que limitan el desarrollo económico y social del país y potenciar las positivas, asegurando la equidad en la percepción de los frutos del desarrollo. Dicho equilibrio requiere de instituciones y organizaciones con la capacidad de enfocar la gestión a favor de la provisión efectiva de bienes y servicios públicos, así como de la promoción, regulación y control estatal eficiente, todo lo cual permita complementar la acción de los mercados.

En el modelo regulador, el Estado, en lugar de prestar servicios directamente, permite su privatización y liberalización a cambio de poder intervenir para establecer reglas universalmente aplicables y mantener el equilibrio entre los intereses de diferentes sectores, mediante organismos paralelos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública pero que son independientes del poder central, lo que le posibilita poner en marcha un tipo de regulación especializada, por fuera del alcance de los intereses políticos o puramente particulares.

Hasta ahora el sistema de regulación se ha llevado a cabo mediante el ejercicio de la función legislativa, a través de la expedición de normas con fuerza de ley por parte del Congreso, como legislador primario, y del Gobierno, como legislador extraordinario, y mediante el ejercicio de la función administrativa, con la expedición de actos administrativos de carácter general, cuyos encargados son las autoridades administrativas con facultades reglamentarias: Gobierno, asambleas departamentales, concejos distritales y municipales, Consejo Nacional Electoral, Consejo Superior de la Judicatura y Contador General de la Nación.

La función reglamentaria se ha ejercido adoptando modelos institucionales híbridos que combinan organismos autónomos,³⁶ organismos semiautónomos,³⁷ organismos dependientes del nivel central de la adminis-

³⁶ Banco de la República, Comisión Nacional de Televisión, Comisión Nacional del Servicio Civil, Sala de Regulación de la Superintendencia de Valores.

³⁷ Comisiones de regulación.