

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE

Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co

El pluralismo que domina actualmente la producción del Derecho (CHEVALLIER, 2003: 111) hace difícil la conjunción entre Derecho público y Derecho privado. En efecto, el creciente recurso a organizaciones encargadas de desarrollar estándares o normas técnicas, en su mayoría de carácter privado o gremial, y los problemas que plantea la interrelación del ordenamiento jurídico con el ordenamiento técnico fue precisamente el tema de discusión del seminario que en el marco del proyecto de Derecho Administrativo comparado y política comparada del Departamento de Derecho Administrativo se realizó en la Universidad Externado de Colombia, y que contó con la participación del profesor PETER STRAUSS, de la Universidad de Columbia.

En este panorama de internormatividad a la escala nacional, supranacional o internacional, la regulación, más que una tarea o una función administrativa, se presenta como una actividad de gobernanza de los diversos sectores económicos y sociales¹. Los intentos de afirmación de la ley estadual en este dominio terminan siendo neutralizados muchas veces por estos actores concurrentes al Estado, lo que muestra, en cierto modo, cómo el control de la regulación no se ajusta siempre al método jurídico tradicional. El análisis de las problemáticas que surgen de la interrelación del ordenamiento jurídico con el ordenamiento técnico de origen privado se inscriben perfectamente en el esfuerzo de la doctrina administrativista actual de reconstrucción de la dogmática del Derecho Administrativo en el siglo XXI. Estos esfuerzos hasta ahora han estado en general ausentes en el Derecho Administrativo colombiano. Los desarrollos que existen en Derecho nacional acerca del tema de la interrelación entre regulación y estándares técnicos o normas voluntarias desarrollados por organismos privados, a la excepción tal vez de la obra del profesor HÉCTOR SANTAELLA (2008), se concentran más en la forma como el

1 Basta con recordar cómo el cambio del modelo económico acaba reenviando al mercado un gran número de actividades que el Estado venía asegurando en régimen de exclusividad, al tiempo que la internacionalización y regionalización transforman a los gobiernos en agentes de implementación de políticas, cuyas líneas de estrategia son muchas veces "negociadas" a una escala supranacional. El poder administrativo aparece como *poder de dirección* que "gobierna" la implementación de políticas internacionales y supranacionales, dirigiendo a los agentes económicos y actores sociales, muchas veces sin hacer uso siquiera de poderes de autoridad (TAVARES DA SILVA, 2012: 329).

Derecho encuentra mecanismos efectivos de penetración y dominio de esas áreas en las que impera la producción privada de estándares, y menos en cómo se superan problemas ligados a la falta de legitimidad democrática de los organismos de normalización, a la transgresión de las exigencias constitucionales y legales en materia de publicidad de las normas, a las restricciones del principio de publicidad de las actuaciones oficiales, a las dudas sobre la imparcialidad de estos estándares de origen privado, o incluso a su carácter de Derecho blando, que en principio solo tendría vocación a ser seguido por sus destinatarios, es decir, serían normas voluntarias.

El estudio comparativo realizado por el profesor STRAUSS durante su intervención en el seminario de discusión del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, acerca de la compleja interrelación entre estándares de organismos privados y la regulación de origen público en Derecho europeo y americano, nos invita entonces a cuestionarnos acerca de cómo en Colombia se manifiesta dicho fenómeno y si este es prueba de una difícil conjunción entre el Derecho público y el Derecho privado o, para ponerlo en otros términos, de cómo las fronteras entre el Derecho público y el privado se desdibujan. Esto nos lleva, al igual que él, a excluir de nuestro objeto de estudio la aplicación o *enforcement* privado de esos estándares técnicos, para enfocarnos en la situación en la cual estas normas voluntarias son empleadas en conexión con obligaciones contenidas en regulaciones estatales o públicas. Que estemos en un tema novedoso para el Derecho colombiano, sobre el que tal vez nuestro Derecho Administrativo no se haya cuestionado lo suficiente, no quiere decir que no sea posible encontrar ejemplos o manifestaciones de un fenómeno cada vez más palpable.

Varias son las manifestaciones del fenómeno en Derecho nacional². A manera de ejemplo, en el Decreto 2706 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1314 de 2009 sobre el marco técnico normativo de información financiera para las microempresas, la interrelación se manifiesta, de un lado, al proponer como referente normativo en materia de información financiera los estándares emitidos por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB, por su siglas en inglés). El decreto impone, en efecto, el deber a las microempresas de "contar con un sistema simplificado de contabilidad que puedan cumplir y que esté acorde con su realidad económica y capacidad técnica". Para esto se toma como referente la norma internacional de información financiera para

2 Es posible citar los artículos 6, 7, y 8 del derogado Decreto 2269 de 1993, que establecía el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, hoy en día Subsistema Nacional de Calidad dentro del Sistema Nacional de Competitividad (Decretos 3257 de 2008 y 2124 de 2012). Estos artículos establecían una incorporación de las normas técnicas en el cuerpo de la regulación tanto por vía directa (material y formal) como informal. O bien el Decreto 1660 de 2003, que hacía uso reiterado de la técnica de remisiones en sus diferentes modalidades, como en su artículo 3 a las normas NTC 4139 y 4695.

PYMES emitida por el Consejo internacional, así como el estudio realizado por el grupo de trabajo intergubernamental en normas internacionales de contabilidad y presentación de informes (ISAR) de la UNCTAD.

Pero la interrelación no abarca exclusivamente el campo de la producción normativa, sino que además se extiende a la aplicación, por parte de autoridades nacionales, de normas técnicas para la resolución de los casos que se adelantan frente a ellas. Es el caso, por ejemplo, del control de integraciones empresariales efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso Isagén³, en cuya resolución establece que para determinar el mercado de productos y geográfico relevante se tomaron como referentes los lineamientos contenidos en la guía para integraciones empresariales de la Red Internacional de la Competencia (RIC)⁴.

Estos ejemplos de interacción, igual a como ocurre en otros sistemas, presentan una serie de desafíos entre los cuales se encuentra la falta de legitimidad democrática de los órganos de normalización o la transgresión de las exigencias constitucionales o legales en materia de publicidad de normas⁵. Consecuencia del dogma del Estado de Derecho sobre el monopolio estatal de la producción normativa y de la vigencia del principio democrático en nuestro medio, la naturaleza privada y el carácter eminentemente técnico de los órganos de normalización son motivo de objeciones a la fórmula del reenvío que hace la regulación al ordenamiento técnico. Al mismo tiempo, se reprocha a este tipo de remisiones la ausencia de publicación oficial del contenido de la norma técnica a la que se remite. Esto nos lleva a uno de los cuestionamientos críticos en la intervención del profesor STRAUSS, acerca de si el principio de publicidad implica que para que las normas técnicas cobren eficacia jurídica los derechos de propiedad sobre ellas deberían ceder y dar paso a su íntegra publicación. ¿Es suficiente contar con una previa definición por parte del legislador democrático de una regulación que reglamente con suficiente grado de detalle estas formas de interrelación, estableciendo su sujeción a los controles inherentes a las exigencias del Estado democrático de Derecho?

Algunas reformas emprendidas en Derecho nacional han tratado de ajustar la interrelación que se presenta entre normas técnicas y la regulación. En el ejemplo mencionado sobre las normas de contabilidad y de información financiera, el artículo 7 de la Ley 1314 de 2009 establece que corresponde a los ministerios de Hacienda y de Comercio Industria y Turismo verificar que el proceso de elaboración de los proyectos por parte del Consejo Técnico de la Contaduría Pública sea abierto, transparente y de público conocimiento, así

3 Resolución 5545 de 6 de febrero de 2014.

4 International Competition Network – ICN – *Merger Guidelines Workbook*.

5 Cuestionamientos acerca de cómo puede ajustarse una fórmula de esta clase a los requerimientos básicos del Estado de Derecho, como la exigencia de certeza y publicidad de aquello que es la regla jurídica. (v. HÉCTOR SANTAELLA, Op. cit.: 134).

como el deber de considerar las recomendaciones y observaciones que sean formuladas por entidades que ejercen funciones de inspección, vigilancia y control. Del mismo modo, se establece que para la elaboración del texto definitivo, cuando resulte pertinente, se analizarán y acogerán, las observaciones realizadas durante la etapa de exposición pública de los proyectos, con el análisis correspondiente, e indicando las razones técnicas por las cuales recomienda acoger o no las mismas. Para esto, la norma establece que se dispondrá de una publicación en medios que garanticen su amplia divulgación. A pesar del avance que representa esta disposición para asegurar una mayor legitimidad frente a las exigencias derivadas del principio democrático y en materia de publicidad, es posible observar que son pocas las materias en las cuales se hace obligatoria esta información y recepción de comentarios al público de los proyectos de reglamentación, con independencia de que hagan referencia o no a normas técnicas. En efecto, en Derecho colombiano la materia parece limitada a las comisiones de regulación, en el ámbito de regulación de los servicios públicos que antes eran prestados por antiguos monopolios públicos, y a las obligaciones contenidas en el Decreto 2696 de 2004, especialmente en materia de reglamentaciones tarifarias en los sectores regulados.

La disposición consagrada en el artículo 8, numeral 8, del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), según el cual las autoridades administrativas deberán mantener información completa y actualizada de "los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas", extiende la obligación de establecer mecanismos de participación ciudadana de información y recepción de comentarios a todas las autoridades administrativas. Sin embargo, la norma es insuficiente. De un lado, es insuficiente frente a las exigencias que en otros sistemas existen y, de otro lado, porque no resuelve lo relacionado con la publicación del contenido de las normas técnicas de origen privado. ¿Debe entenderse por lo demás que la fundamentación que debe ser publicada impone la publicación del contenido de las normas técnicas?

El Derecho nacional se inspira en un procedimiento establecido desde el año de 1946 en los Estados Unidos para la elaboración de las reglas, actos administrativos de carácter general⁶, asimilables desde el punto de vista formal a nuestros reglamentos. Este procedimiento de *rulemaking* muestra que los problemas esenciales, desde el punto de vista del principio democrático, se sitúan hoy día sobre el terreno procedimental. Una democracia como la nuestra debe interrogarse constantemente qué podría hacer para mejorar, en concreto, las relaciones entre los ciudadanos y la administración. En los Estados Unidos, el desarrollo de las agencias administrativas, en particular a partir del *New Deal*, generó cuestionamientos fuertes acerca de su legitimidad y la manera de en-

6 5 USCA, 553 (b)

marcar su acción (RABIN, 1986: vol. 38, p. 1.189-1.326). En un primer tiempo, el Derecho Administrativo americano se fio del modelo clásico de control, por los jueces principalmente, de que las agencias se tuvieran bien a los poderes reconocidos por la ley, ni más ni menos. En un segundo tiempo, los temores manifestados frente a un crecimiento de los poderes de estas agencias fueron apaciguados por el recurso del argumento tecnocrático. Lo que permitió legitimar a las agencias, e incluso en aquel momento su independencia se fundaba en el experticio o peritaje que detentaban.

A partir de los años sesenta, apareció que estas justificaciones no fueron suficientes y el Derecho en ese país evolucionó para enmarcar el *rulemaking* administrativo. Bajo un modelo de representación de los intereses, la legitimidad de las administraciones está ligada a la correcta representación de estos frente a las instancias de decisión. La participación ciudadana se ha vuelto la regla. Los jueces la aplican estrictamente. Pero además encuentran en ella beneficios, en la medida en que "concebir los cambios en los instrumentos de regulación con la participación de aquellos que serán afectados por la misma contribuye a dispersar el sentimiento de que las agencias elaboran los reglamentos sin imparcialidad, algunas veces de manera injusta, con arrogancia, empleando su poder de influencia, y con motivos rebuscados"⁷. Al tiempo que es un mecanismo útil que permite a las agencias recoger información durante el proceso de elaboración de reglamentos, información de la cual muchas veces carece y que se encuentra en el sector regulado. El procedimiento americano sería luego completado por normas posteriores, como las que imponen un análisis de costos-beneficios frente a la oficina de gerencia y presupuesto de lo público en el caso de las regulaciones significativas y de las consideradas mayores por su impacto⁸. Del mismo modo, la jurisprudencia exige la publicación de los fundamentos jurídicos en los que la agencia se basa para adoptar el proyecto de regulación, así como los estudios científicos, técnicos, y demás criterios que sirvieron para elaborar su contenido⁹. Múltiples son las reglas que los jueces y que el legislador o el ejecutivo han fijado a través de órdenes para completar y garantizar la mayor participación posible de los intereses en juego.

La manera detallada como el procedimiento se encuentra establecido en los Estados Unidos parece contrastar con la remisión general que hace el artículo 8.8 del CPACA, que deja un amplio margen a las autoridades administrativas para la fijación de los términos en que debe realizarse la publicación de los proyectos de regulación y el tratamiento de los comentarios¹⁰. Así, por ejemplo, si los

7 *Chamber of Commerce of US v. OSHA*, 636 F.2d 464, 470 (D.C. Cir.1980).

8 Executive Order 12866, sept. 30, 1993, 58 F.R.51735, reproducida en 5 USCA, 601.

9 *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568, F.2d 240, 252 (2 Cir. 1977).

10 La nueva Ley 1712 del 6 de marzo de 2014, por medio de la cual se establecen normas sobre transparencia y acceso a la información pública nacional, guarda silencio sobre el procedimiento de participación previsto en el CPACA.

términos fijados por las autoridades administrativas son muy cortos, la práctica sugiere que la participación tiende a concentrarse en quienes siguen de cerca las actuaciones de la autoridad administrativa y cuentan con el tiempo y los recursos necesarios para elevar comentarios. La filosofía general del procedimiento, tal como fue concebido en el Derecho estadounidense, de recibir el mayor número de comentarios posibles del público general no se cumpliría.

Nuestro Derecho parece que todavía no ha integrado estas prácticas en un nivel suficiente. Nuestra ideología, fundada sobre la idea de que el interés general se encuentra en estado bruto y que corresponde al Estado identificar, choca con aquella más moderna según la cual no existiera verdad política o administrativa "bruta". El interés general se nutre de los procedimientos, como es la lección que parecen darnos a su vez HABERMAS y los teóricos de la sociedad del riesgo, ULRICH BECK y ANTHONY GIDDENS. Para el Derecho administrativo esta visión tiene una incidencia. Ella lo lleva sobre el camino de una proceduralización creciente. Y a una procesalización que se abre principalmente a procedimientos democráticos (WIETHÖLTER, 2011: vol. 12, n.º 1, p. 465). La globalización y las construcciones comunitarias desarticulan los sistemas de la acción pública de una manera que nos desconcierta. ¿Podemos creer fácilmente acaso que es manteniendo la obscuridad en los modos de creación de las decisiones públicas que se manejará este disfuncionamiento creado por la aparición de actores que concurren con el Estado? O bien, ¿habría que hacer la apuesta inversa? Hacer del ciudadano el regulador principal de esta complejidad.

El próximo 3, 4, y 5 de septiembre de 2014 tendrán lugar en la Universidad Externado de Colombia las XV Jornadas internacionales de Derecho administrativo, con la presencia de los más importantes administrativistas de Alemania, España, Italia, Francia, el Reino Unido, Venezuela y Colombia. Este año la discusión girará en torno a la constitucionalización del Derecho administrativo, fenómeno que ha trascendido más allá de sus bases, permeando incluso la parte especial de esta disciplina jurídica, y transformando, en consecuencia, el edificio administrativo en Colombia y en otros sistemas. Los invitamos a participar. Para obtener información sobre las próximas jornadas pueden comunicarse a: jornadasderadm@uexternado.edu.co.

REFERENCIAS

Chamber of Commerce of US v. OSHA, 636 F. 2d 464, 470 (D.C. Cir.1980).

CHEVALLIER, JACQUES (2003). *L'Etat Post-moderne*, París: L.G.D.J.

International Competition Network – ICN – *Merger Guidelines Workbook*.

RABIN, ROBERT L. (1986). "Federal Regulation in Historical Perspective", en *Stanford Law Review*, vol. 38.

SANTAELLA, HÉCTOR (2008). *Normas técnicas y Derecho en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

TAVARES DA SILVA, SUSANA (2012). "La regulación económica como materia del nuevo Derecho administrativo", en *La regulación económica, en especial la regulación bancaria, Actas del IX congreso hispano-luso de Derecho administrativo*, Madrid: Iustel y Universidad de Córdoba.

WIETHÖLTER, RUDOLF (2011). "Proceduralization of the Category of Law", en *German Law Journal*, vol. 12, n.º 1.