

LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES COMO FENÓMENO GLOBAL Y SU IMPACTO EN COLOMBIA Y FRANCIA

Por: Hugo Alejandro Sánchez Hernández¹

INTRODUCCIÓN

Las teorías, nociones, e instituciones jurídicas, en general, están diseñadas en un determinado espacio geográfico y dentro de un periodo definido. Estas atienden o conjuran necesidades particulares y, adicionalmente, están ancladas a una precisa cultura jurídica. Sin embargo, dicho paradigma de la ciencia jurídica ha sido puesto bajo revisión gracias a la mundialización del derecho² y de las instituciones³ que, a su vez, se encuentra inmersa dentro del fenómeno de globalización económica⁴. Estas dos figuras han impulsado los procesos de influencia, copia, imitación, producción, procesamiento y recepción de teorías jurídicas extrañas que terminaron siendo implantadas en países diversos, y por sobre todo distintos, de aquellos en las que fueron concebidas. Tal es el caso de las Autoridades Administrativas Independientes –AAI-, cuyo fenómeno de creación y expansión es superlativo.

La primera AAI fue la *Interstate Commerce Commission* (ICC por sus siglas en inglés)⁵, creada en el año 1887 en los Estados Unidos de Norteamérica. Aunque la Ley de creación la ICC la ubicaba bajo la égida del Ministerio del Interior, pronto el Congreso mediante Ley modificatoria del 2 de marzo de 1889⁶, la desvinculó de dicho Ministerio y de su tutela efectiva para ubicarla a expensas del Congreso mismo. A partir de este momento, la ICC se convirtió en la primera Autoridad administrativa en estar situada fuera de la tutela del ejecutivo.

La Ley de 1887, había dotado a la ICC del poder de determinar cuales tarifas eran contrarias al ordenamiento jurídico y perjudiciales para el comercio y la sociedad en general, es decir, esta tenía un poder administrativo decisorio, similar al del sistema judicial, debido a que existía un órgano colegiado similar al de los tribunales de apelación, un comisario, quien hacía las veces de juez de instancia, y el procedimiento estaba informado por los principios de

¹ Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Magister en Ciencias Administrativas (*D.E.A.*) y Especialista en Derecho Administrativo (*D.S.U.*) de la Universidad Paris II - Panthéon Assas. Tutor Investigador de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Konstanz, Alemania, y docente de posgrado en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Los Andes, La Sabana y Santo Tomás. Ha sido profesor invitado de las Universidades Montesquieu – Bordeaux IV, Francia, y Konstanz en Alemania.

² CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traducción: Oswaldo Pérez. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia. 2011.

³ RINCON SALCEDO, Javier. *Globalización y Derecho administrativo*. Revista cuestiones jurídicas, n° 29 - julio 2004. Bogotá. p. 3.

⁴ BONILLA Iván Augusto y otros. *Globalización y Derecho*. Bogotá: Fundación Politécnico Gran colombiana, 2003, p. 16., y CHAVEZ MARIN Augusto Ramón. *Las transformaciones del Estado y el Derecho administrativo en el marco de la integración y la globalización*. Revista Iusta n° 21, Universidad Santo Tomás - Agosto 2004. p. 102.

⁵ MORENO MOLINA, Ángel María. *La administración por agencias en los EE.UU.* Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado. 1995. p. 104.

⁶ Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889).

imparcialidad y objetividad, o lo que es lo mismo funciones *cuasijudiciales*.⁷ Con posterioridad, y mediante el mentado *Interstate Commerce Act as amended (1889)*, el Congreso le delega el poder de regulación técnica del sector económico que ella conoce⁸. Es decir se le otorgaron funciones *cuasilegislativas*.

De manera tal que se creó una Autoridad administrativa, caracterizada por su independencia del poder ejecutivo; que además cumplía funciones *cuasilegislativas* y *cuasijudiciales*. Por ello la ICC y las *Independent Regulatory Agencies* creadas con posterioridad fueron objetos de duras críticas, a tal punto que de ellas se dijo en el gobierno del Presidente Franklin D. Roosevelt que: “[las AAI] Constituyen una acéfala ‘cuarta rama’ del gobierno, un depósito heteróclito de agencias irresponsables y poderes no coordinados. Violentan la teoría básica de la Constitución norteamericana de que debe haber tres grandes ramas del gobierno y solo tres”.⁹

Esto provocó un replanteamiento de la teoría tripartita del poder público, tesis sostenida a lo largo de la historia por influyentes pensadores como el griego *Aristóteles*¹⁰, el británico *John Locke*¹¹ y el francés *Charles Louis de Secondant, barón de la Brède y señor de Montesquieu*¹². Es decir una suerte de fragmentación de la estructura estatal, de atomización del poder del Estado, que deja de ser visto como un árbol de cuyo tronco se desprenden sendas ramas, una alegoría a la centralización y a la jerarquía administrativa unida por un *tronco común*, a ser visto más como un *rizoma*, en donde los distintos polos de poder, autónomos e independientes, se relacionan y coordinan para alcanzar los fines del Estado.¹³

A pesar de las recias críticas, a partir de la creación de la ICC, se inició un movimiento de creación de diversas AAI cuyos fines eran mayoritariamente regulatorios. Este modelo de regulación se expandió rápidamente por todo el planeta, llegando también a las repúblicas de Francia y Colombia, en donde han tenido un desarrollo particular. Múltiples teorías han intentado explicar los fundamentos y las consecuencias de los fenómenos de imitación en el derecho comparado, de entre ellas tenemos: *el mimetismo jurídico*¹⁴, *la teoría impura del derecho*¹⁵ y por supuesto, *el difusionismo institucional*¹⁶, entre otras, las cuales nos servirán para entender la génesis y difusión de las AAI en el mundo, y especialmente su aterrizaje en los ordenamientos jurídicos francés y colombiano.

Ahora bien, es preciso preguntarnos ¿En donde surgen las AAI y como se explica su expansión por el mundo actual? ¿Cómo se desarrolla el fenómeno las AAI en Francia y en

⁷ MORENO MOLINA, Ángel María. *La administración por agencias en los EE.UU.* Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado. 1995. pp. 109 - 110.

⁸ DELZANGLES, Hubert. *L'Indépendance des Autorités de Régulation Sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes.* Bordeaux: Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2008. p. 47.

⁹ FREEDMAN, James O. *Crisis y Legitimidad: El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos.* México D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica S.A de C.V., 1988. p. 32.

¹⁰ ARISTÓTELES. *La política.* Bogotá D.C.: Ed. Panamericana. 1996. pp. 125-126.

¹¹ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* 1963.

¹² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant. *De l'esprit des lois.* Paris: Ed. Gallimard, 1995. p. 112.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. op.cit. pp. 145-146.

¹⁴ DARBON, Dominique. *A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique : les politiques du mimétisme institutionnel.* Paris: l'Harmattan, 1993, p. 113.

¹⁵ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.* Bogotá: Legis, 2005.

¹⁶ DEZALA, Yves. *La mundialización de las guerras del palacio,* París: Ed. Seuil. 2002; IBARRA, David. *Los laboratorios del orden internacional: la importación de reforma,* en Revista de la CEPAL, No 82, México D.F., abril - 2004, p. 16, entre otros.

Colombia? Consecuencia de esto ¿Existe una ruptura del sistema tradicional de poderes públicos en los países concernidos?

A partir de esta problemática hemos decidido abordar el estudio del tema analizando el surgimiento y arquetipo del modelo de las AAI (i), enseguida, estudiaremos la eclosión y expansión de las AAI en el panorama mundial (ii), posteriormente abordaremos el desarrollo de la institución en Francia (iii), ulteriormente estudiaremos el desarrollo de la institución en Colombia (iv), Para finalmente consolidar las conclusiones del presente trabajo (v).

i. Surgimiento y arquetipo del modelo de las AAI

Las Autoridades Administrativas Independientes surgen como consecuencia de diferentes factores económicos, políticos y sociales, pero, a su vez, se debe entender como un giro pragmático del rol de Estado en la vida cotidiana que le permite atender con mayor eficiencia y eficacia las necesidades de la vida en sociedad.¹⁷ Es, pues, la simple configuración del sistema político y social para que se convierta en una herramienta al servicio del hombre y garantice la buena marcha de la economía, y así evitar que su rigidez convierta al hombre en un instrumento del sistema.¹⁸

Ahora bien, las AAI nacieron, como era de esperarse, en una de las economías más liberales de la historia, los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁹ No podrían haber surgido en un país cuya economía fuese planificada por el Estado, puesto que su naturaleza es liberal y su rol esencial es la regulación de la economía liberal de mercado.²⁰

Así pues la primera AAI como ya hemos anunciado en la introducción del presente documento fue la *Interstate Commerce Commission* en 1887. Pero ya desde 1877, en virtud de la conocida sentencia *Munn vs. People of Illinois* la Corte Suprema de los Estados Unidos aceptó la intervención regulatoria del mercado en actividades de interés público (*public utilities*), con fundamento en el interés general. Esta intervención se iniciaría a nivel Estatal por medio de las Comisiones de Utilidad Pública (*Public Utilities Commissions = PUC*).²¹

Estas comisiones, al igual que la mayoría de aquellas que le sucedieron, fueron creadas como entidades de naturaleza técnica, con sendos rasgos de autonomía e independencia que garantizaran tanto el interés general como la armonía de este con los intereses privados. Creadas por los Estados de la unión, las PUC tenían como límite territorial aquel del Estado en donde habían sido creadas. El nombramiento de los miembros era un sistema que aún rige para el nivel nacional, es decir, la nominación esta dada por el ejecutivo (gobernador o presidente según el caso) y es refrendada por el legislativo (Congreso).²² Una vez

¹⁷ SANCHEZ HERNANDEZ, Hugo Alejandro. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

¹⁸ Parafraseando al caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán. *Discurso de la candidatura liberal para las elecciones de mayo de 1946*. Teatro Municipal (Bogotá).

¹⁹ MAGIDE HERRERO, Mariano. *Limites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ed. INAP. 2000. p. 161.

²⁰ UPRIMNY SALAZAR, Catalina. *Las Comisiones de regulación: el punto medio de las agencias independientes en Colombia*. Revista Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 3: 225-245, junio de 2006. p. 227.

²¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro. Op.cit. p. 35-37.

²² VÍRGALA FORURIA, Eduardo. Los organismos reguladores en el estado constitucional del siglo xxi: su independencia (especial referencia al caso español). Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La

posesionados en sus cargos, los comisionados, que eran elegidos teniendo en cuenta las reglas de paridad política –no más de tres (3) miembros podían pertenecer a un mismo partido político-, no podían ser cesados en sus funciones a discreción del nominador, solo estaba permitido bajo el acaecimiento de un supuesto prescrito por la ley.

Aquí empezamos a ver varios elementos que serán claves para entender su arquitectura, primero la participación del congreso en la elección de los miembros de una entidad del ejecutivo, y segundo la imposibilidad de cesación de los comisionados a discreción del nominador. Sin embargo, con posterioridad a la creación de estas comisiones estatales, se empezaron a presentar problemas de jurisdicción y competencia entre los diferentes Estados.

Así las cosas, a finales del siglo XIX en la sentencia *Wabbash, St Louis and Pacific Railway y Co., v. People of Illinois*, 118 U.S. 557, la Corte Suprema de los Estados Unidos determina la invalidez de la regulación sobre las tarifas ferroviarias que habían sido adoptadas por el Estado de Illinois y que según el alto tribunal afectaban a otros Estados y reñían con el tercer (3) inciso de la 8ª sección del artículo 1º de la constitución de los Estados Unidos, también conocida como la “clausula de comercio”, que a su vez determina que dicha facultad de regulación radica en cabeza del Congreso de los Estados Unidos, y de esta manera lo exhortó a intervenir en la materia.²³

Así pues, como consecuencia de esta sentencia, el Congreso Norteamericano creó en 1887 la Comisión Interestatal de Comercio –ICC-.²⁴ La Ley de creación la ICC la ubicaba bajo la égida del Ministerio del Interior, pronto el Congreso mediante Ley modificatoria del 2 de marzo de 1889²⁵, la desvinculó de dicho Ministerio y de su tutela efectiva para ubicarla a expensas del Congreso mismo. A partir de este momento, la ICC se convirtió en la primera Autoridad administrativa en estar situada fuera de la tutela del ejecutivo.

La Ley de 1887, había dotado a la ICC del poder de determinar cuales tarifas eran contrarias al ordenamiento jurídico y perjudiciales para el comercio y la sociedad en general, es decir, esta tenía un poder administrativo decisorio, similar al del sistema judicial, debido a que existía un órgano colegiado similar al de los tribunales de apelación, un comisario, quien hacía las veces de juez de instancia, y el procedimiento estaba informado por los principios de imparcialidad y objetividad, o lo que es lo mismo funciones *cuasijudiciales*.²⁶ Con posterioridad, y mediante el mentado *Interstate Commerce Act as amended (1889)*, el Congreso le delega el poder de regulación técnica del sector económico que ella conoce²⁷. Es decir se le otorgaron funciones *cuasilegislativas*.

Empero, la ICC no habría logrado la victoria hasta que el *Elkins Act (1903)* y el *Herpburn Act (1906)* le concedieron sendos poderes que permitirían prestar con total solvencia y fuerza ejecutiva las misiones que le habían sido encomendadas por la ley federal de creación (1887).

energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08). p. 145

²³ *Wabbash, St Louis and Pacific Railway y Co. v. People of Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

²⁴ Ley del 4 de febrero de 1887 (*Interstate Commerce Act*), 40 U.S.C. 1-22.

²⁵ *Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889)*.

²⁶ MORENO MOLINA, Ángel María. *La administración por agencias en los EE.UU.* Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado. 1995. pp. 109 - 110.

²⁷ DELZANGLES, Hubert. *L'Indépendance des Autorités de Régulation Sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes*. Bordeaux: Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2008. p. 47.

The Elkins Act les permitió a los tribunales acabar con la discriminación “no razonable” de tarifas y dio efectos coercitivos y vinculantes a las tarifas publicadas por la *Interstate Commerce Commission*. Más adelante el *Herburn Act* aumentó el número de comisionados de cinco a siete, le concedió la potestad de señalar el baremo máximo de las tarifas, cambió el *onus probandi* en las apelaciones que desde esta ley estaba en cabeza de la Empresa de Ferrocarriles y ya no a cargo de la ICC, finalmente impuso un riguroso sistema de contabilidad aplicable a todas las empresas.²⁸

Respecto del diseño funcional implementado en la creación de la ICC, esta fue dotada de sendos poderes para la regulación según “el interés público, la utilidad y la necesidad”, lo que se traducía, de acuerdo con sus detractores, en la “usurpación” de las funciones legislativas propias del órgano federal. De otra parte, la Ley de 1887 le dotó del poder de determinar cuales tarifas eran contrarias al ordenamiento jurídico y perjudiciales para el comercio y la sociedad en general. En otras palabras, un poder administrativo decisorio, similar al del sistema judicial, debido a que existía un órgano colegiado similar al de los tribunales de apelación, un comisario, quien hacía las veces de juez de instancia, y el procedimiento estaba informado por los principios de imparcialidad y objetividad. Aunado a esto, hubo una casualidad que permiten asemejar el estatus de la ICC y de algunos de sus funcionarios con la rama judicial, los Comisarios percibían el mismo salario que los jueces de los EUA, y el primer presidente de la entidad fue el prestigioso Juez Thomas M. Cooley.²⁹

Las modificaciones sucesivas fueron, *The Hepburn Act* (1906), que reformó la conformación del máximo órgano colegiado de la ICC de cinco a siete miembros.³⁰ A continuación, la Ley *Mann-Elkins* (1910) que otorgó la facultad de imponer una “suspensión provisional” de los incrementos tarifarios publicados por las empresas del sector, a la cual podían hacer frente justificando la “razonabilidad” de los incrementos.³¹ En 1920, la Ley del transporte, aumentó una vez más el número de comisionados, que pasó de siete a once, a su vez que amplió los poderes de la Comisión.³²

Últimamente, en 1996 la *Surface Transportation Board* (STB), reemplaza a la *Interstate Commerce Commission*, asumiendo sus competencias normativas, técnicas y jurisdiccionales.

Respecto de la naturaleza del mandato de los comisionados, no fue hasta 1935, mediante la sentencia *Humphrey's Executor vs. U.S.* (1935) la Corte Suprema afirmó que “[l]a autoridad del Congreso para crear Agencias cuasilegislativas o cuasijudiciales, para permitirles actuar con independencia frente al ejecutivo, no puede ser cuestionada y esa autoridad incluye, como un medio adecuado, la potestad de fijar un periodo de permanencia en el cargo, así como prohibir su remoción, excepto por causa justificada”. A partir del citado fallo, la discusión sobre independencia orgánica y funcional de las AAI quedó totalmente zanjada.

Posteriormente a esta primera Autoridad aparecieron un grupo importante de AAI en el panorama norteamericano, siguiendo el modelo impuesto por la ICC³³, entre ellas las *Federal*

²⁸ MITCHELL, B. *The Economic History of the United States: Depression decade*. Volume 9.

²⁹ MORENO MOLINA. Op.cit. p. 109-110.

³⁰ *Hepburn Act*, 34 Stat. 584.

³¹ MORENO MOLINA. Op.cit. p. 109-110.

³² *Ibid.* p. 110.

³³ FERNANDEZ ROJAS, Gabriel. *Administración por agencias independientes en Estados Unidos de América*. Revistas Vniversitas - Bogotá D.C., Ed. Universidad Javeriana. p. 183.

Trade Commission (1915), *Federal Power Commission* (1920), la *Federal Communications Commission* (1934), la *Securities And Exchanges Commission* (1934), *National Labor Relations Board* (1935), entre otras.

El modelo de AAI en Estados Unidos se consolidó bajo las siguientes características, desde el punto de vista orgánico:

i) La Autoridad creada es esencialmente administrativa; **ii)** Esta conformada por un número impar de miembros, generalmente entre 5 y 7; **iii)** Los miembros son nominados por el Presidente y su nominación puede ser ratificada o no por el Congreso, es decir un proceso compuesto y excepcional a las potestades de nominación general del jefe del ejecutivo; **iv)** Los miembros gozan de un estatus diferencial y solo pueden ser retirados de sus cargos una vez comprobada una falta previamente establecida en la norma, es decir su retiro no está sujeto a la discrecionalidad del nominador.³⁴

Por otra parte, desde el punto de vista funcional:

v) La Autoridad cumple funciones técnicas o de alta complejidad, especialmente de regulación de un sector del mercado –cuasilegislativas-; **vi)** Posee además funciones de sanción o la competencia para resolver litigios entre los diferentes actores del mercado –cuasijudiciales-; **vii)** las decisiones de las AAI Norteamericanas no pueden ser objeto de control de tutela por parte del Presidente o alguno de sus Secretarios de Estado, puesto que estas no se encuentran bajo el control jerárquico de estos.³⁵

ii. Eclósión y expansión de las AAI en el panorama mundial

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica la globalización³⁶ ha afectado la forma de ver y entender el derecho, provocando principalmente la expansión de teorías jurídicas y su reproducción, copia o imitación alrededor del mundo. A su vez varias teorías se utilizan para explicar este fenómeno, entre ellas: *el mimetismo jurídico*³⁷, *la teoría impura del derecho*³⁸ o *el difusionismo institucional*³⁹. Así pues, para poder entender el fenómeno de eclósión y expansión de las AAI por el mundo, debemos hacer un breve repaso por la noción de cada una de estas teorías.

A. El mimetismo jurídico⁴⁰ se basa en la premisa de la imitación, es decir de la emulación o reproducción deliberada de teorías o modelos jurídicos, esta es ampliamente estudiada y

³⁴ *Ibíd.* p. 195-203

³⁵ *Ibíd.* p. 195-203

³⁶ Stiglitz considera que la globalización es “*La integración más estrecha de los países y pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costos de transporte y comunicación y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios y capitales, conocimientos y (en menor grado) personas a través de fronteras*”. STIGLITZ, Joseph. *El malestar de la Globalización*. Madrid: Ed. Punto de Lectura. 2008.

³⁷ DARBON, Dominique. *A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique : les politiques du mimétisme institutionnel*. Paris: l’Harmattan, 1993, p. 113.

³⁸ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2005.

³⁹ DEZALA, Yves. *La mundialización de las guerras del palacio*, Paris: Ed. Seuil. 2002; IBARRA, David. *Los laboratorios del orden internacional: la importación de reforma*, en Revista de la CEPAL, No 82, México D.F., abril - 2004, p. 16, entre otros.

⁴⁰ DARBON, Dominique. *A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique : les politiques du mimétisme institutionnel*. Paris: l’Harmattan, 1993, p. 113.

desarrollada por los juristas franceses para explicar la transferencia de tecnología institucional entre la antigua metrópolis –Francia metropolitana- y sus también antiguas colonias –en especial en África central-. El mimetismo como proceso tiene como resultado “productos alterados” o “re-trabajados”, que aunque distan del modelo original, guardan similitud.⁴¹

B. La teoría impura del derecho⁴² es una teoría promovida por el profesor Diego Eduardo López Medina, que propone que existen “centros de producción” y “lugares de recepción” de la teoría jurídica.⁴³ Los primeros son aquellos en donde los círculos intelectuales, situados en países desarrollados y que gozan generalmente de una alta influencia política y económica, y compuestos por reconocidos doctrinantes y profesores en donde se pretenden resolver problemas locales, en momentos históricos específicos, a través de la formulación de teorías que a la larga tienen influencia en la “periferia” del conocimiento, la cual generalmente coincide con la periferia económica mundial, son estos los “centros de recepción” de estas teorías, en donde además debido al desconocimiento de las circunstancias en las que se dieron estas teorías, se corre el riesgo de una “transmutación”⁴⁴, una mala interpretación, una mala copia o hasta un plagio de la teoría original.⁴⁵

C. El difusionismo institucional⁴⁶ es una figura que permite explicar como a través de los lazos comerciales, las redes intelectuales y universitarias, etc., que unen a dos o más países, se propagan y expanden instituciones a lo largo de la superficie geográfica mundial.⁴⁷ Un ejemplo actual de estas teorías es el Consejo de Estado colombiano, quien según el profesor Andrés Rodríguez Gutiérrez, esta inspirado en el modelo de Consejo de Estado francés y fue implantado en Colombia como consecuencia de un modelo amplio que abarca las tres teorías y que se denomina el mimetismo jurídico e institucional.⁴⁸

Es decir, la expansión de las AAI por el mundo, partiendo de los Estados Unidos de Norte América, se explica debido a la profundización del fenómeno de la globalización, la cual le imprimió una enorme fuerza a las medidas de regulación y control a la economía que habían diseñado los estadounidenses a lo largo de su historia. Rápidamente la idea de crear autoridades administrativas con amplios poderes de regulación a fin de atender la necesidad de la regulación técnica que era imposible de atender por parte del legislativo o del ejecutivo –cuasilegislativos-, con una fuerte autoridad decisoria dotada de la posibilidad irreductible de sancionar a los agentes regulados que osaran evadir el control o la regulación, o incluso con funciones para conocer litigios técnicos entre competidores del mercado –funciones cuasijudiciales-, pero además caracterizados por una clara autonomía e independencia, que no inclinaban la balanza del poder hacia ninguna de las ramas del poder, quebraron las fronteras del país.

⁴¹ NÉGRI, Vicent y SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. *Réflexions autour de la construction mimétique du droit: jalons pour une recherche*. p. 6. Disponible en: https://koubi.fr/IMG/pdf/Construction_mimetique_du_droit_-_V.N_et_I.ST.pdf.

⁴² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2005.

⁴³ *Ibid.* p. 16.

⁴⁴ *Ibid.* p. 18 – 22.

⁴⁵ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés. *El Consejo de Estado en Colombia y Francia: en el corazón de los fenómenos de imitación*. Tesis doctoral - 2010. Burdeos: Ed. Université de Burdeaux. p. 85.

⁴⁶ DEZALA, Yves. *La mundialización de las guerras del palacio*, París: Ed. Seuil. 2002; IBARRA, David. *Los laboratorios del orden internacional: la importación de reforma*, en Revista de la CEPAL, No 82, México D.F., abril - 2004, p. 16, entre otros.

⁴⁷ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés. p. 93.

⁴⁸ *Ibid.* p. 122.

Del continente americano saltaron al Reino Unido, que aunque ya había desarrollado durante varios siglos (XVII-XVIII) un sistema intrincado de consejos y comisiones con funciones gubernamentales y de prestación de servicios públicos⁴⁹, y que servían como control del Parlamento a la Corona y viceversa, no fue sino hasta el siglo XIX cuando se crearon las primeras entidades con rasgos de AAI, por ejemplo en 1888, se crea la primera AAI, *Railway and Canal Commission*⁵⁰, la cual sin embargo no tenía las amplias competencias de las ICC norteamericana. Así las cosas, fue solo en el siglo XX, en la época de la segunda posguerra en cuando se inició un desarrollo acelerado del modelo en estudio –conocidos como QUANGOS⁵¹- y más recientemente en virtud de los acuerdos, de los años 80s y 90s, que consolidaron el mercado europeo y las instituciones de la unión europea.⁵²

Y es a partir de la allí, del Reino Unido, y luego de la segunda guerra mundial las AAI comenzaron a esparcirse por el viejo continente. En Francia con la creación de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (*Commission nationale de l'informatique et des libertés*), a través de la Ley n° 78-17 del 6 de enero de 1978. En España por medio de la Ley 4 de enero 10 de 1980, se crea el Ente público Radiotelevisión Española –RTVE–⁵³ y, a su vez, le confiere las funciones de radiodifusión y televisión.⁵⁴ Hoy podemos confirmar la existencia de AAI en una buena parte de los países del mundo.

De allí y dada su proximidad geográfica el fenómeno de creación de AAI saltó al viejo continente, y los primeros países de la Europa continental en implementar el modelo fue Francia, España y Alemania, influenciados desde luego por el sistema de autoridades independientes norteamericano.⁵⁵

En el caso particular de Francia, el Legislador ha sostenido en un *Reporte de la oficina parlamentaria de evaluación de la legislación*, elaborado por el Senador M. Patrice Gélard en 2006, que el proceso de creación de AAI en el país es producto de la “*influencia*” e “*inspiración*” que ha tenido Francia de las instituciones norteamericanas (*soft law*), pero en ningún caso de una obligación impuesta (*hard law*).⁵⁶

De este proceso podemos colegir que la eclosión y la consecuente expansión de las AAI por el mundo globalizado es producto de la influencia norteamericana en la economía global y su basta experiencia en el tema regulatorio. Pero desde el punto de vista teórico creemos que el difusionismo jurídico e institucional y, desde el punto de vista práctico, las interrelaciones

⁴⁹ VIRGALA FORURIA. op.cit. p. 151.

⁵⁰ MORENO MOLINA, p. 112.

⁵¹ *Quasi autonomus non governmental organisations*.

⁵² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro. Op.cit. p. 83.

⁵³ Posteriormente por medio de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, la naturaleza jurídica del Ente Público de Radiotelevisión Española RTVE cambió y se convirtió en las Corporación de Radio y Televisión Española, una sociedad mercantil estatal con especial autonomía y personalidad jurídica propia, organizada como sociedad anónima de orden enteramente estatal. A su vez, se ahondaron sus rasgos de independencia funcional respecto del Gobierno y de la Administración General del Estado (arts. 5 y 6).

⁵⁴ Ley 4/1980, de 10 de Enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, Boletín Oficial del Estado, núm. 11 de 12 de enero de 1980, pp. 844 a 848. Disposición Derogada.

⁵⁵ FERNANDEZ ROJAS, Gabriel. *Autoridades Administrativas Independientes en Francia*. Revista Vniversitas – 2004. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Javeriana. p. 346.

⁵⁶ GÉLARD, Patrice. *Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation*, déposé le 15 juin 2006. pp. 22-23.

creadas por la globalización y las entidades promotoras de estas –especialmente a través del *soft law*⁵⁷-, pueden explicar el fenómeno estudiado en la presente ponencia.

iii. Desarrollo de la institución en Francia

Inicialmente, podemos advertir que son varios los motivos que impulsaron la creación de AAI en Francia. La primera razón para la creación de este tipo de entidades es la necesidad de intervenir en un sector o una actividad de la economía.⁵⁸ Pero no solo para regular o intervenir el sector, sino para impulsar su creación y consolidación, puesto que la sola apertura del un mercado, en algún momento manejado como el monopolio estatal, no es suficiente para su formación.⁵⁹

Gabriel Fernández Rojas, experto sobre la materia, ha señalado que los móviles que permitieron la creación de este tipo de entidades en la República francesa son la creciente intervención económica posterior a la segunda posguerra y posteriormente las políticas de liberalización de mercados producto de la creación del espacio –económico y social- común europeo.⁶⁰

Para el Consejo de Estado francés, entre otros, se encuentran el deseo de mejorar la actuación estatal en términos de imparcialidad, profesionalismo y eficacia. Además, dicho órgano estima que esta tendencia también persigue el objetivo de dar mayor importancia a los elementos de transparencia y mediación en la actuación estatal.⁶¹ La creación de figuras como el *Médiateur de la République* atestiguan la convicción del legislador en que para asegurar la cohesión y la paz social no basta con las instituciones del Estado tradicional.⁶²

Marie-José Guédon constata que las AAI son creadas en momentos de “*fuerte turbulencia*” del poder estatal, y confirman de la insuficiencia de las estructuras tradicionales del Estado para responder a los problemas de una sociedad cada vez más compleja y evolucionada.⁶³ También está el factor confianza y a este respecto el Senador Gélard señala que existe “*una desconfianza respecto del Estado tradicional, considerado incapaz de ejecutar las misiones que le comportan...*”⁶⁴.

El devenir histórico de las AAI en Francia se puede dividir en tres etapas, según Dieckhoff⁶⁵, estas son:

Una primera etapa que comprende tres décadas entre 1941, cuando aparece la Comisión de control de bancos (*Commission de Contrôle des Banques* fue reemplazada en 1984 por la *Commission bancaire* y esta posteriormente fusionada en 2010 dentro de *L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution* - ACPR) y 1967 la Comisión de operación de la Bolsa

⁵⁷ ALONSO GARCÍA, Alfonso. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública no. 154, enero-abril 2001.

⁵⁸ GÉLARD, Patrice. Op.cit. 26.

⁵⁹ GÉLARD, Patrice. Op.cit. pp. 23-24.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel. *Autoridades Administrativas Independientes en Francia...* op.cit. p. 349.

⁶¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo. Op. Cit. P. 82.

⁶² GÉLARD, Patrice. Op.cit. pp. 24-25

⁶³ GUÉDON, Marie-José. *Les Autorités administratives indépendantes*. Paris: Ed. LGDJ. 1991. p. 16.

⁶⁴ GÉLARD, Patrice. Op.cit. 24.

⁶⁵ DIECKHOFF, Evelyne. *Les Autorités Administratives Independantes*. Paris: Conseil d'État. 1991.

(*Commission des opérations de Bourse* - COB, creada por l'ordonnance n° 67-836 du 28 septembre 1967, hoy absorbida por la Autoridad de mercados financieros - *Autorité des marchés financiers* - AMF)⁶⁶. Esta primera etapa se caracterizó por la lentitud del proceso de creación y la ausencia de una definición del fenómeno.⁶⁷

Una segunda fase, que va desde 1973 con la creación del Mediador de la République (*Médiateur*) y que culmina en 1978 con la creación de la Comisión Nacional de Informática y Libertades (*Commission nationale de l'informatique et des libertés* - CNIL). En esta fase se aumenta la cantidad de entidades creadas y se afianza la noción con la primera referencia a la categoría de AAI. Como hemos hecho referencia recientemente, en Francia existe unanimidad en que la primera AAI creada fue la CNIL a través de la Ley n° 78-17 del 6 de enero de 1978.

Finalmente, un tercer periodo comprendido entre 1980 y la actualidad, en donde se han creado y fusionado un sinnúmero de nuevas AAI, por ejemplo el Defensor de derechos (*Défenseur des droits*)⁶⁸; el Comité nacional de evaluación de los establecimientos públicos de carácter científico, cultural y profesional (*Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* - CNE)⁶⁹; el Consejo Superior del Audiovisual (*Conseil supérieur de l'Audiovisuel* - CSA)⁷⁰; la Agencia francesa de lucha contra el dopaje (*Agence française de lutte contre le dopage* - AFLD)⁷¹; la Autoridad de control de las molestias sonoras aeroportuarias (*Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires* - ACNUSA)⁷². Esto por solo nombrar algunas de ellas.

Como vemos, las AAI están bien asidas en la cultura jurídica francesa, no son, pues, un fenómeno temporal. Pero tampoco han sido un tema pacífico en la doctrina, la jurisprudencia y la política del país gallo. Es por esto que a continuación procuramos estudiar la noción y las características de las AAI en Francia (A) y posteriormente el debate y críticas en torno al modelo de AAI (B).

⁶⁶ Cualificada como “autoridad pública independiente” y dotada con personalidad jurídica por el artículo 2° de la Ley no. 2003-706 del 1 de agosto de 2003 de seguridad financiera. La AMF fusionó la Comisión de operaciones de bolsa (*Commission des opérations de Bourse*), creada por la ordenanza no. 67-836 del 28 de septiembre de 1967 y clasificada como AAI por el artículo 1° de dicha ordenanza tras la modificación de ésta por la Ley no. 96-597 del 2 de julio de 1996 sobre la modernización de las actividades financieras, el Consejo de mercados financieros (*Conseil des marchés financiers*), creado por la Ley 96-597 y el Consejo de disciplina de la gestión financiera (*Conseil de discipline de la gestion financière*), creado por la Ley no. 89-531 del 2 de agosto de 1989.

⁶⁷ DIECKHOFF, Evelyne. Op.cit. p. 5.

⁶⁸ El Defensor de derechos sucede al Mediador de la República (*Médiateur de la République*), creado por la Ley no. 73-6 del 3 de enero de 1973. El Mediador de la República fue clasificado como “autoridad administrativa” por el Consejo de Estado en la decisión Retail del 10 de julio de 1981. La Ley no. 89-19 del 13 de enero de 1989 modificó el artículo 1° de la Ley no. 73-6 cualificando Mediador de la República como “autoridad independiente”. En el año 2011 se suprimió el Mediador de la República y se creó el Defensor de derechos por la Ley orgánica no. 2011-333 del 29 de marzo de 2011. Éste sucedió al Mediador de la República. Es interesante notar que el artículo 2° de dicha Ley cualifica al Defensor de Derechos como “autoridad constitucional independiente”, categoría novedosa en derecho francés.

⁶⁹ Creado por la Ley no. 84-52 del 26 de enero de 1984 sobre la enseñanza superior y clasificado como AAI por el artículo 27 de la Ley no. 89-486 del 10 de julio de 1989.

⁷⁰ Creado por el artículo 1° de la Ley no. 89-25 del 17 de enero de 1989 como autoridad independiente. El CSA reemplazó la Comisión nacional de comunicación y libertades (*Commission nationale de la communication et des libertés* - CNCL), clasificada como AAI por la Ley no. 86-1067 del 30 de septiembre de 1986.

⁷¹ Sucedió al Consejo de prevención y de lucha contra el dopaje (*Conseil de prévention et de lutte contre le dopage* - CPLD), el cual había sido creado y cualificado como AAI por el artículo 14 de la Ley no. 99-233 del 23 de marzo de 1999. La AFLD fue cualificada como AAI por el artículo 2° de la Ley no. 2006-405 del 5 de abril de 2006 relativa a la lucha contra el dopaje y a la protección de la salud de los deportistas.

⁷² Creada y clasificada como AAI por el artículo 1° de la Ley no. 99-588 del 12 de julio de 1999, el cual posteriormente fue codificado como el artículo L. 227-1 del Código de Aviación Civil (*Code de l'aviation civile*).

A. Noción y características de las AAI en Francia.

Inicialmente, el Consejo de Estado, en un reporte publico presentado en 2001, propone la siguiente definición para las Autoridades Administrativas Independientes: “*son autoridades que actúan en nombre del Estado sin estar subordinadas al Gobierno y que se benefician, para el buen ejercicio de sus misiones, de garantía que les permiten actuar en plena autonomía, sin que su actuación pueda estar orientada o censurada, salvo mediante un juez*”⁷³.

Sin embargo, un importante debate se ha presentado en Francia sobre la noción de AAI, ya que estas tienden a estar asociadas exclusivamente a actividades de regulación de mercados, empero, para el jurista francés Gérard Marcou esto no es cierto, puesto que dicha función de regulación es comúnmente realizada también por otro tipo de entidades, las Autoridades de Regulación Independientes –ARI-.⁷⁴ Así, las ARI son “*organismos administrativos institucionalizados por la ley, no sumisos al poder ejecutivo y a la vez dotados de poderes reglamentarios y de sanción que les permiten asegurar su función de regulación de una actividad o de un sector económico*”⁷⁵ y a partir de allí, señala la investigadora⁷⁶ se puede obtener la definición de AAI, simplemente descontando de la enunciación la parte que hace referencia a la regulación económica.

De lo cual podemos deducir que las Autoridades Administrativas Independientes son entidades estatales de tipo administrativo con poder de decisión –reglamentación, sanción, investigación con fines de sanción o consultivos-⁷⁷, pero que escapan al control jerárquico del poder ejecutivo, que cumplen funciones de regulación de un sector o una actividad económica, pero que a su vez, pueden tener una naturaleza puede ser distinta y en todo caso más amplia que la regulación. Estas poseen un altísimo grado de autonomía respecto del ejecutivo y del legislativo, sin embargo no escapan al control que hacen los jueces en desarrollo de sus funciones, pues, no son una rueda suelta dentro del entramado organizacional del Estado.⁷⁸

Forzosamente dentro de su definición encontramos algunas de sus mas relevantes características tales como: la autoridad, en tanto que detentan el poder de decisión, aunque sobre esta característica aun existe un debate dentro de la doctrina francesa.⁷⁹ Su naturaleza administrativa, puesto que estas cumplen funciones de tipo administrativo y surgieron en el seno del ejecutivo, sin detrimento de sus funciones cuasilegislativas. La independencia, tanto del sector económico en el cual actúan, como del Gobierno. En términos de la estructura del Estado, las AAI se sitúan fuera de las estructuras tradicionales de la Administración Publica,

⁷³ CONSEIL D'ETAT. (2001). Rapport Public 2001. *Jurisprudence et avis de 2000 – Les autorités administratives indépendantes*. Paris: La documentation française. p. 257.

⁷⁴ MARCOU, Gérard. *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*. Paris: Ed. Société de législation comparée. 2011. p. 66.

⁷⁵ ACOSTA PAÉZ, Estefanía. *Les autorités de regulation en France et en Colombie*. Bordeaux: Ed. Université de Bordeaux. p. 19.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Montchrestien, 1994. p. 65.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ CONSEIL D'ETAT. p. 289.

y tampoco están sujetas a la jerarquía tradicional –control de tutela- de la que si se encuentran insertas las demás entidades estatales.

De aquí se deduce la primera característica importante y es su estatus de independencia orgánica parcial, pues recordemos que están supeditadas presupuestalmente al gobierno por medio del ministerio correspondiente.⁸⁰ De otra parte esta la independencia funcional, la cual esta asegurada por dos medios, el primero de ellos es la imposibilidad de ejercicio del poder de tutela, ya que no hay vinculación jerárquica, y de otra parte, por medio de la garantía esencial que gozan los miembros de las AAI de no ser removidos de sus cargos de manera discrecional.⁸¹

Otra característica importante es que la mayoría de AAI en Francia se identifican por que carecen en su gran mayoría de personería jurídica, algo que las asemeja enormemente al modelo colombiano, pero a su vez las aleja del modelo original norteamericano.⁸²

Las AAI francesas son por definición colegiadas, aunque algunas excepciones han habido, por ejemplo el ya citado *Mediateur de la République* y el *Mediateur du Cinema*. En algunas de ellas se encuentran entre los miembros representantes del parlamento o de la misma jurisdicción.⁸³

La nominación de los miembros de estas es aún tema de arduos debates, sin embargo podemos constatar que la mayor parte de nominaciones vienen del ejecutivo, bien sea del Presidente de la República, de este en Consejo de ministros, y raramente del Primer Ministro.⁸⁴ También participan en la nominación las Cortes (el Consejo de Estado, el Consejo Constitucional, la Corte de Casación, el Consejo de Cuentas, entre otros) y el parlamento, mediante representantes nombrados por de éste.

Las AAI son creadas por el legislador⁸⁵, pueden adquirir su estatus por dos vías bien sea por expresa disposición del legislador, o por reconocimiento jurisprudencial.⁸⁶ Por ejemplo, en 1984, El Consejo Constitucional cualificó como AAI a la Alta Autoridad de la comunicación audiovisual - HACA.⁸⁷ Excepcionalmente estas son creadas por el constituyente o ser inscritas en la constitución, tal es el caso del *Défenseur de droits (2008)*.⁸⁸

B. Debate y críticas al modelo.

⁸⁰ GENTOT, Michel. Op.cit. pp. 60-64.

⁸¹ Ibid. pp. 58-60.

⁸² Las AAI con personería jurídica son excepcionales, sin embargo, se pueden encontrar, la Autoridad de los mercados financieros (*Autorité des marchés financiers* –AMF-), la Alta autoridad de la salud (*Haute autorité de la santé*), creada por Ley del 13 de agosto de 2004 y la Comisión de regulación de la energía (*Commission de régulation de l'énergie*), dotada con personalidad jurídica mediante la Ley del 30 de diciembre de 2004.

⁸³ GENTOT, Michel. Op.cit. pp. 52-54.

⁸⁴ Ibid. p. 55.

⁸⁵ Ibid. p. 52.

⁸⁶ CONSEIL D'ETAT. Op.cit. pp. 300-302.

⁸⁷ El Consejo constitucional en Decisión n° 84-173 DC de 26 de julio de 1984. La HACA fue el primer organismo francés encargado de la regulación del sector audiovisual. En 1986 fue sucedido por la Comisión nacional de la Comunicación y de las Libertades (*Commission nationales de la communication y des libertés* - CNCL), antes de convertirse en el Consejo Superior del Audiovisual (*Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* - CSA) en el año de 1989.

⁸⁸ “El Defensor de los derechos nace de la fusión de cuatro instituciones, a saber: *le Médiateur de la République*, *le Défenseur des enfants*, *la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l’Egalité (HALDE)* et *la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS)*” Disponible en: <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/institution/presentation>

La creación de autoridades administrativas con grandes visos de autonomía e independencia en Francia no han sido del todo pacífica, por el contrario grandes debates se suscitaron y aun se mantienen en el seno de la academia y la jurisprudencia francesa. Se han suscitado críticas respecto de su noción, respecto de su constitucionalidad y respecto de su rol como entes “tecnocráticos”.

Además de las críticas antes mencionadas sobre la noción de AAI. En un primer momento, el Consejo de Estado señaló que estas entidades: “constituían una categoría no prevista por el constituyente y difícilmente conciliable con el equilibrio de poderes establecido por éste”⁸⁹. Y aunque sus comentarios iniciales no tuvieron casi ningún efecto en la creación posterior de nuevas AAI, no es menos cierta la incertidumbre de su constitucionalidad.⁹⁰ Posteriormente el Consejo de Estado pasó a defender e incluso a proponer la incorporación de ciertas entidades dentro del “club” de las AAI.

Respecto de la posible inconstitucionalidad se arguye que esta no solo violenta la Constitución –art. 20-, sino también la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*, que consagra en el artículo 15: “La sociedad tiene el derecho de pedirles cuentas a todos los agentes públicos de su administración”. Según el artículo 20 de la Constitución francesa que dice: “El Gobierno determinará y dirigirá la política de la Nación. Dispondrá de la Administración y de la fuerza armada. Será responsable ante el Parlamento en las condiciones y conforme a los procedimientos establecidos en los artículos 49 y 50”, una de las características determinantes de las AAI es la independencia frente al Gobierno, por lo que surge la duda sobre su constitucionalidad, toda vez que estas son contrarias al principio democrático de sumisión de la Administración al Gobierno, como señala un reporte de la Asamblea Nacional francesa: “Las AAI no disponen de la legitimidad que asegure la elección y la responsabilidad política. Ellas [Las AAI] constituyen una delegación de poder en instituciones no democráticamente representativas por lo que constituyen una ruptura del vínculo de responsabilidad política del Gobierno delante del Parlamento”⁹¹. Estas dudas sobre su constitucionalidad fueron disipadas por el Consejo constitucional francés.⁹²

Como quedó anotado anteriormente, las AAI se caracterizan por la flexibilidad y la adaptabilidad que poseen para realizar tareas misionales que el Estado tradicional no puede llevar a cabo. La capacidad técnica es el argumento más sólido para defender y promover su creación. Sin embargo, además de ser considerado un beneficio es, a su vez, objeto de críticas por parte de quienes consideran que estas traen consigo un retorno a la “tecnocracia”⁹³ que no sería que un remplazo de la ya vetusta y desgastada aristocracia tradicional.

iv. Desarrollo de las institución en Colombia

⁸⁹ E.D.C.E, 1987, Rapport de la section du rapport et des études.

⁹⁰ GUÉDON, Marie-José. Op.cit. p. 37.

⁹¹ DOSIÈRE, René y VANNESTE, Christian. *Rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes*. Tomo I. p. 11.

⁹² DU MARAIS Bertrand. *Droit public de la régulation économique*. Paris: Ed. Dalloz. p. 511.

⁹³ MARTINEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes- un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel S.A., 2002. p. 233.

Colombia no ha sido un país ajeno al fenómeno de difusionismo jurídico e institucional⁹⁴ y menos a los efectos de la globalización, hemos desarrollado, por ejemplo, un Banco Central, fuerte e independiente siguiendo el ejemplo mundial⁹⁵, un Consejo de Estado y una jurisdicción administrativa imitando el modelo francés⁹⁶, y un sistema presidencial, similar al modelo norteamericano, hemos llevado a cabo sendas operaciones de privatización, liberalización de mercados y apertura económica al ritmo de las circunstancias internacionales. Colombia no ha sido, pues, un país aislado del mundo.

Dos grandes etapas se han vivido en el desarrollo de las AAI en Colombia, una primera etapa desde mediados y hasta finales del siglo XX que se caracterizó por una la ausencia de este tipo de autoridades en el entramado administrativo nacional, salvo por ejemplo, la Junta Nacional de Tarifas y la Junta Central de Higiene que tuvieron ciertos rasgos de autonomía e independencia.⁹⁷ Una segunda etapa, desde finales del siglo XX, en la década de 1990 hasta la actualidad, en donde han sido creadas sendas AAI, tales como las Comisiones de regulación, la CNTV –ahora ANTV–, las CAR, y la Junta Directiva del Banco de la República.⁹⁸

De esta manera, y aunque menos clara ha sido la influencia del modelo de regulación norteamericano o de protección de derechos francés, es claro que no es un sistema de creación original, pero si con enormes diferencias que dejan entrever la adaptación del modelo al sistema estatal colombiano. A continuación vamos intentar una noción de AAI para Colombia y cuales serian sus características **(A)**, y posteriormente, estudiaremos los debates mas significativos al modelo en Colombia **(B)**.

A. Noción y características de las AAI en Colombia.

Como hemos visto, en otros países, las AAI son consideradas un ente impropio del modelo de Estado y ha sido liberalmente acusadas de inconstitucionalidad. Sin embargo en Colombia, pese a su bicentennial tradición republicana, la adopción al sistema de tripartición de poderes y su férreo sistema de jerárquico, en 1991 abrió la puerta a la creación de autoridades que por sus características se puede llamar AAI, en el texto constitucional, artículo 113, reza: *“Son Ramas de Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado: Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*.

Esto fue producto del estudio serio y sesudo que llevaron a cabo los Constituyentes de 1991, y del cual se dejaron trazos en la ponencia de la Comisión tercera, cita *in extenso* necesaria: *“El Estado, en la práctica y no en sus textos, en cuanto se refiere a su organización y funciones, ha rebasado las doctrinas tradicionales y ha evolucionado tanto que la actual distribución del poder público en tres ramas en verdad ya no corresponde ni en la teoría ni en la práctica a la estructura real del Estado moderno. Y esa afirmación es cierta, porque,*

⁹⁴ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés. *El Consejo de Estado...* op.cit.

⁹⁵ IBAÑEZ NAJAR. p. 605.

⁹⁶ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés. *El Consejo de Estado...* op.cit.

⁹⁷ JUNTA CENTRAL DE HIGIENE. *Exposición de la Junta al congreso nacional de 1915*. Bogotá D.C.: Imprenta de J. Casís. MCMXV. pp. 3-4, y MADDOCK, RODNEY. [Consultor]. *Mecanismos para la reglamentación de servicios públicos domiciliarios en Colombia dentro de un ambiente competitivo*. Bogotá D.C.: Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y Trobe University. 1991. p. 19.

⁹⁸ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo. Op.cit. pp. 149-150.

*como se verá, hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas, y distintas y, por lo mismo, no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional”.*⁹⁹

Es por esto que para intentar una aproximación a la noción de que se entiende por AAI en Colombia debemos partir de aquel artículo precitado, y decir que son órganos del Estado que por sus funciones variadas, complejas o indeterminables –cuasilegislativas, cuasijudiciales, o cuasiejecutivas-, no se pueden o no se quieren circunscribir a alguna de las tradicionales ramas del poder público, y que gracias a su estatuto especial, no se encuentran ubicadas dentro de la jerarquía administrativa tradicional, asimismo gozan de una especial independencia funcional. Dentro de estas están la Junta Directiva del Banco de la República, Corporaciones Autónomas Regionales, la desaparecida CNTV –hoy ANTV, las Comisiones de Regulación, y en menor grado, las Superintendencias de Servicios Públicos.¹⁰⁰

La primera característica es que en Colombia las AAI son una figura poco desarrollada por el legislador, a tal punto que la mayoría han sido creadas por el mismo constituyente, además no se podría discutir su inconstitucionalidad o inadaptación constitucional puesto que el citado artículo 113 permite su creación.

Estas son creadas por la ley o directamente por la constitución, ya que la competencia para determinar la estructura del Estado corresponde al Congreso de la República –art. 150 núm. 7 CN-. A diferencia del modelo francés las AAI en Colombia solo pueden obtener su estatus por determinación legal o por decisión del constituyente.¹⁰¹ Al igual que en Francia, algunas poseen personería jurídica y otras carecen de ella, nosotros consideramos que estas deben en el futuro ir ganando independencia con la consecución de la personería jurídica propia.

Estas se caracterizan además, desde el punto de vista de la nominación por ser de competencia exclusiva del Presidente de la República sin la intervención del Congreso. Estas además son por regla general órganos colegiados.

B. Debate y críticas al modelo en Colombia.

Dos debates muy intensos han sido llevados a cabo en el seno de la academia y en el foro. El primero de ellos respecto del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, en lo que respecta a las Comisiones de Regulación, las críticas sostenían que el legislador abusando de sus facultades estaba reduciendo las funciones reglamentarias que le habían sido atribuidas al Presidente de la República al transferirlas directamente a una entidad subordinada como eran las Comisiones de regulación.¹⁰² Sin embargo, la Corte Constitucional recalcó que, contrario a lo

⁹⁹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE 1991: p. 2.

¹⁰⁰ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo. Op.cit. p. 179.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de veinticinco (25) de febrero de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰² “La realidad de la función ejercida por la nueva administración ha determinado el desgajamiento del tronco funcional y organizativo de la administración pública, y la fragmentación y dispersión de la potestad reglamentaria atribuida al jefe de Gobierno y de su posición directiva que señala el artículo 189.11 de la Constitución, bajo una organización administrativa caracterizada por un nuevo concepto de descentralización funcional que no se orienta a la gestión de un servicio o de una prestación, sino a una función administrativa amplia y discrecional de

esgrimido por quienes acusaban la ley por vicios de inconstitucionalidad, el legislador estaba dotando al Presidente de la República mecanismos para desarrollar las funciones que le había confiado el constituyente, en este caso por medio de una eventual delegación de funciones.¹⁰³

Al respecto Polo¹⁰⁴ se expresó en el mismo sentido esgrimiendo que el legislador no transgredió la Constitución al crear las comisiones de regulación, ni afectó en sus competencias al Presidente de la República, por el contrario, el órgano legislativo dotó al Presidente de herramientas para cumplir con los cometidos constitucionales del artículo 370 superior.

La segunda se suscita respecto de las facultades de delegación del Presidente, y si en virtud de estas puede delegar la funciones en las Comisiones de regulación, órganos de menor jerarquía, advirtiendo que las mentadas funciones hacen parte de aquellas que ejerce como jefe de gobierno, cosa que hasta 1991 estaba prohibida por la constitución y la ley.¹⁰⁵ Hábilmente, según afirma Lenis Mejía¹⁰⁶, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado¹⁰⁷ zanjaron la discusión, al afirmar en unísono que las facultades de regulación que poseía el presidente eran perfectamente delegables en dichas comisiones.

v. Conclusiones

Como hemos podido constatar a lo largo de la presente investigación, las AAI nacen en los Estados Unidos de Norteamérica, la primera de ellas fue la ICC, la cual adquiere su independencia como resultado de una serie de confrontaciones políticas entre el Gobierno y el Congreso, a raíz de esto la ICC queda desplazada de la rama ejecutiva y de las demás ramas del poder. Por esto en un primer momento fue acusada de inconstitucional y de violentar la teoría clásica de tres poderes públicos.

También podemos colegir que estas se expanden como consecuencia del fenómeno de la globalización económica, y la consecuente liberalización de mercados que le siguió, lo que obligó a muchos Estados-nación a adoptar medidas y crear instituciones para regular actividades o sectores del mercado que otrora habían sido parte del monopolio estatal, y el país con mas experiencia en el tema y a donde se podía mirar era los Estados Unidos. Este fenómeno de expansión del paradigma de autoridades de regulación –hoy autoridades administrativas independientes- se puede explicar gracias al la teoría del difusionismo jurídico e institucional que es, según hemos visto, la que mejor explica dicha expansión.

regulación, en la cual la facultad normativa, junto con la de resolución de conflictos entre operadores, tienen el protagonismo”. GONZÁLEZ LÓPEZ, p. 3.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-272 del tres (3) de junio 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero

¹⁰⁴ POLO, Miguel Efraín. De la comisión de regulación de telecomunicaciones. [En línea]. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Javeriana. [09/10/2015] Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7228/5775>. p. 80.

¹⁰⁵ LENIS MEJÍA, A. *Las agencias independientes o comisiones de regulación*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.

¹⁰⁶ *Ibíd.* op.cit. p.

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Expediente 11.857. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

En Francia la influencia es marcadamente norteamericana, e inicialmente, también fueron acusadas de no adaptarse al modelo constitucional imperante.¹⁰⁸ Posteriormente, el fenómeno de creación se amplió y esta acusación se fue disipando.¹⁰⁹ En el país galo las AAI han tenido un desarrollo mayúsculo y se deja ver la predilección del legislador por crear este tipo de órganos estatales, a tal punto que estos han sido creados no solo para regular una actividad sector económico sino también como garantes de los derechos y libertades fundamentales y de la “paz social”.

De otra parte, podemos colegir que la adopción de la figura de AAI en Colombia es tanto diferente como aun precaria. Puesto que salvo contados y muy importantes ejemplos, antes reseñados, no existe un desarrollo claro y definido que nos permita asegurar una permanencia en el tiempo de la figura.

Varias características podemos notar en las AAI colombianas, primero que pueden ser creadas por el constituyente o por el legislador, cosa similar que en Francia, pero a diferencia de ese país, aquí la jurisprudencia no ha creado ni reconocido ninguna AAI. También a diferencia de Francia y lo que pudiese haber sucedido en Estados Unidos en alguna época, en Colombia las AAI no son inconstitucionales, ni pueden ser acusadas de tal, ya que, entre otras están autorizadas por la Constitución de 1991, y además, según el espíritu del art. 113 superior, estas no rompen el sistema tripartito del poder público clásico, porque el sistema ya no es el mismo en Colombia, es decir las instituciones han mutado. En palabras del Profesor J. Chevallier, el poder público deja de ser visto como una unidad por un *tronco común*, en donde existes tres ramas del poder y todos los órganos deben estar unidos a una ellas, y pasa a ser visto más como un *rizoma*, en donde los distintos polos de poder, autónomos e independientes, se relacionan y coordinan para alcanzar los fines del Estado.¹¹⁰

Bibliografía

¹⁰⁸ E.D.C.E, 1987, Rapport de la section du rapport et des études.

¹⁰⁹ DU MARAIS, Bertrand. Op.cit., p. 511. y Conseil constitutionnel français. Décision Décision n° 86-217 DC, CNCL, considérant 58-62, du 18 septembre de 1986.

¹¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. op.cit. pp. 145-146.

Libros y manuales:

ACOSTA PAÉZ, Estefanía. *Les autorités de regulation en France et en Colombie*. Bordeaux: Ed. Université de Bordeaux.

ARISTÓTELES. *La política*. Bogotá D.C.: Ed. Panamericana. 1996.

DOSIÈRE, René y VANNESTE, Christian. *Rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes*. Tomo I.

BONILLA Iván Augusto y otros. *Globalización y Derecho*. Bogotá: Fundación Politécnico Gran colombiana, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traducción: Oswaldo Pérez. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2011.

DARBON, Dominique. *A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique : les politiques du mimétisme institutionnel*. Paris: l'Harmattan, 1993.

DELZANGLES, Hubert. *L'Indépendance des Autorités de Régulation Sectorielles – Communications électroniques, Energie et Postes*. Bordeaux: Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2008.

DEZALA, Yves. *La mundialización de las guerras del palacio*, París: Ed. Seuil, 2002

DIECKHOFF, Evelyne. *Les Autorites Administratives Independantes*. Paris: Conseil d'État. 1991.

DU MARAIS Bertrand. *Droit public de la régulation économique*. Paris: Ed. Dalloz.

FREEDMAN, James O. *Crisis y Legitimidad: El proceso administrativo y el gobierno de los Estados Unidos*. México D.F.: Ed. Fondo de Cultura Económica S.A de C.V., 1988.

GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: Montchrestien, 1994.

GÉLARD, Patrice. *Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006) de fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006*.

GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (2011). Las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes. alcance y contenido de su potestad normativa: la ley y el reglamento. VI Congreso Iberoamericano de Regulación, Gestión y control de los servicios públicos. Mendoza-Argentina.

GUÉDON, Marie-José. *Les Autorites administratives independantes*. Paris: Ed. LGDJ. 1991.

IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique. Las funciones públicas y la estructura del Estado para cumplirlas. Bogotá. Ed. Instituto de Investigaciones Sociojurídicas para el Desarrollo Sostenible. 2006.

LENIS MEJÍA, A. *Las agencias independientes o comisiones de regulación*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. 1963.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2005.

MAGIDE HERRERO, Mariano. *Limites constitucionales de las administraciones independientes*. Madrid: Ed. INAP. 2000.

MARCOU, Gérard. *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*. Paris: Ed. Société de législation comparée. 2011.

MARTINEZ, Maria Salvador. *Autoridades independientes- un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel S.A., 2002.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondant. *De l'esprit des lois*. Paris: Ed. Gallimard, 1995.

MORENO MOLINA, Ángel María. *La administración por agencias en los EE.UU.* Madrid: Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado. 1995.

MITCHELL, B. "The Economic History of the United States: Depression decade" Volume 9, 1975.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Andrés. *El Consejo de Estado en Colombia y Francia: en el corazón de los fenómenos de imitación*. Tesis doctoral - 2010. Burdeos: Ed. Université de Bordeaux.

SANCHEZ HERNANDEZ, Hugo Alejandro. *La noción de autoridad administrativa independiente en España y en Colombia*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

STIGLITZ, Joseph. *El malestar de la Globalización*. Madrid: Ed. Punto de Lectura. 2008.

Sentencias:

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Expediente 11.857. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de veinticinco (25) de febrero de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-272 del tres (3) de junio 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-150 de veinticinco (25) de febrero de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. Décision Décision n° 86-217 DC, CNCL, considérant 58-62, du 18 septembre de 1986.

Normas:

Constitución política de Colombia. [En línea] Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>

Constitución de la República francesa. Presentada por: MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand Paris: Ed. Dalloz. 2015.

Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889).

Wabbash, St Louis and Pacific Railway y Co. v. People of Illinois, 118 U.S. 557 (1886).

Ley del 4 de febrero de 1887 (*Interstate Commerce Act*), 40 U.S.C. 1-22.

Interstate Commerce Act as amended by 25 St. p. 855, c. 382 (1889).

Hepburn Act, 34 Stat. 584.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Informe-Ponencia: Estructura del Estado. Bogotá D.C.: Gaceta constitucional No. 59 del 25 de abril de 1991.

Artículos de revistas:

ALONSO GARCÍA, Alfonso. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública no. 154, enero-abril 2001.

CHAVEZ MARIN Augusto Ramón. *Las transformaciones del Estado y el Derecho administrativo en el marco de la integración y la globalización*. Revista Iusta n° 21, Universidad Santo Tomás - Agosto 2004. p. 102.

E.D.C.E, 1987, Rapport de la section du rapport et des études.

UPRIMNY SALAZAR, Catalina. *Las Comisiones de regulación: el punto medio de las agencias independientes en Colombia*. Revista Universitas Estudiantes, Bogotá (Colombia) N° 3: 225-245, junio de 2006.

RINCON SALCEDO, Javier. *Globalización y Derecho administrativo*. Revista cuestiones jurídicas, n° 29 - julio 2004. Bogotá.

FERNANDEZ ROJAS, Gabriel. *Administración por agencias independientes en Estados Unidos de América*. Revistas Vniversitas - Bogotá D.C., Ed. Universidad Javeriana.

FERNANDEZ ROJAS, Gabriel. *Autoridades Administrativas Independientes en Francia*. Revista Vniversitas – 2004. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Javeriana.

POLO, Miguel Efraín. De la comisión de regulación de telecomunicaciones. [En línea]. Bogotá D.C.: Ed. Universidad Javeriana. Disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revmaescom/article/view/7228/5775>.

IBARRA, David. *Los laboratorios del orden internacional: la importación de reforma*, en Revista de la CEPAL, No 82, México D.F., abril - 2004,.

NÉGRI, Vicent y SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle. *Réflexions autour de la construction mimétique du droit: jalons pour une recherche*. p. 6. Disponible en: https://koubi.fr/IMG/pdf/Construction_mimetique_du_droit_-_V.N_et_I.ST.pdf.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo. *Los organismos reguladores en el estado constitucional del siglo xxi: su independencia (especial referencia al caso español)*. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «La energía en el Tratado de Lisboa: gobierno económico y construcción del mercado único energético» financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2010-19581) y se integra en la labor del Grupo de investigación financiado con cargo a la Subvención General a Grupos de investigación de la UPV-EHU (GIU 11/08).

JUNTA CENTRAL DE HIGIENE. *Exposición de la Junta al congreso nacional de 1915*. Bogotá D.C.: Imprenta de J. Casís. MCMXV.

MADDOCK, RODNEY. [Consultor]. *Mecanismos para la reglamentación de servicios públicos domiciliarios en Colombia dentro de un ambiente competitivo*. Bogotá D.C.: Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos y Trobe University. 1991.

CONSEIL D'ETAT. (2001). Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000 – Les autorités administratives indépendantes. Paris: La documentation française

