

V. CUESTIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY

Marco Aurelio GONZÁLEZ MALDONADO

Sumario: 1. Evolución del Derecho Administrativo en Paraguay. 2. El procedimiento administrativo: Avances de su regulación en clave de garantía. 3. El control judicial: Fortalezas y debilidades. 4. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública. 5. Perspectivas evolutivas del Derecho administrativo en (país de referencia) y convergencias globales. Conclusiones.

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY

EL derecho administrativo paraguayo es el más claro ejemplo de que no todo depende de las normas positivizadas, aunque nadie discute la utilidad de las mismas. Si bien contamos con una reciente ley de procedimientos administrativos, que entrará en vigencia el 30 de septiembre de 2022, hasta la fecha en que se redacta este análisis no se cuenta con una ley sobre la responsabilidad estatal (1), ni con una ley sobre la responsabilidad estatal (que buena falta hace y que muchos problemas ocasiona) ni sobre administración de bienes del Estado, entre las normativas sobre las cuales se centra el desarrollo de los aspectos principales de nuestra materia. Y la ley que regula la tramitación ante el fuero contencioso-administrativa es una ley del año 1962 con escasos 10 artículos, haciendo una remisión al procedimiento ordinario del Código Procesal Civil, con la salvedad del plazo de caducidad (de 6 meses en el fuero civil y de 3 meses en el fuero contencioso-administrativo).

Sin embargo, bien cabe decir, la falta de un texto legal que recoja los aspectos centrales de esta disciplina no ha impedido el desarrollo doctrinario (aunque escaso), jurisprudencial y práctico de los principios fundadores del derecho administrativo en

(1) Puede consultarse en: <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/4819>.

el país, prueba de su incumbencia con valores asociados al respeto de la dignidad humana (2). Tal es así que, aunque no formalmente y expresamente reconocido, el principio de legalidad ha sido pacíficamente admitido en el seno de las administraciones públicas paraguayas y en los fundamentos jurisdiccionales en la materia (3).

Cabe también significar que de mucho ha servido la ley de la función pública (Ley 1626/2000), aunque no suficientemente, para la introducción de muchos estándares que han coadyuvado con el desarrollo doctrinario a dar sustento a fallos judiciales de relevancia. La insuficiencia se ve en la ley de presupuesto anual, donde se introducen periódicamente reglas que deberían formar parte de leyes generales y atemporales, como algunos elementos del régimen con los funcionarios estatales y de interrelación entre instituciones públicas y diferentes órganos.

Por otro lado, uno de los aspectos que demuestra la necesidad de una regulación positiva sobre los aspectos principales de la actuación administrativa es el reconocimiento del papel fundamental que representa una adecuada motivación en toda decisión administrativa, de modo que pueda construirse el aparato jurisprudencial y desarrollarse en la realidad institucional paraguaya, en línea con el desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial de los demás países. En línea con esto está previsto en la ley de procedimientos administrativos tal menester y esperamos pronto contar con una rica experiencia en la aplicación de la ley, donde destaca la motivación como requisito formal del acto administrativo y la necesidad de mayor fundamentación cuando mayor es la discrecionalidad presente. Sin lugar a dudas, implicará un punto de inflexión en la realidad jurídica paraguaya y requerirá de su proceso de divulgación y educación sobre el sentido de sus instituciones (4).

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AVANCES DE SU REGULACIÓN EN CLAVE DE GARANTÍA

La ley (de procedimientos administrativos) promulgada y publicada recientemente tiene como precedentes a dos proyectos de leyes similares al texto finalmente aprobado, en su versión originaria (sin las modificaciones que el texto sancionado ha sufrido en la Cámara revisora). Estos dos proyectos de leyes fueron presentados en el año 2011 con igual contenido, uno presentado por algunos Diputados el 24 de octubre y el otro presentado por el Poder Ejecutivo el 9 de noviembre. El primero ha sido aprobado por Diputados el 24 de octubre de 2014, pero rechazado por el Senado, por lo que el proyecto fue archivado (5). El segundo, presentado por el Ejecutivo, fue ingresado al Senado, donde se giró al estudio de comisiones, pero nunca tuvo más impulso. La influencia latinoamericana y

(2) RIVERO ORTEGA, Ricardo/GONZALEZ MALDONADO, Marco, *Derecho administrativo paraguayo*, La Ley, Asunción, 2016, pp. 17 ss.

(3) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco, *El principio de legalidad en el Derecho administrativo*, La Ley, Asunción, 2018.

(4) RIVERO ORTEGA, Ricardo, «La codificación del procedimiento administrativo en América Latina: un hito más (Paraguay)», pp. 279-292, en *Revista de Administración Pública*, 214, 2021.

(5) Al volver a Diputados, éste se ratificó en su aprobación y, al volver al Senado, éste también se ratificó en su rechazo. Al no haber acuerdo, el proyecto fue al archivo. Puede consultarse en: <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/4819>.

española en el contenido de las normas postuladas tienen un pleno reconocimiento en el texto entonces enviado por el Poder Ejecutivo: «El proyecto propuesto tiene su fuente en la legislación latinoamericana –con énfasis en la del Mercosur– en la legislación española, en la doctrina y jurisprudencia existentes en la materia. Una fuente importante que ha servido de base a la propuesta es el anteproyecto de ley de administración pública, elaborado por el Prof. Salvador Villagra Maffiodo y suscripto por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (UNA)» (6).

El texto sancionado el 18 de marzo de 2021 había sido presentado por dos senadores (Silva Facetti y Bacchetta Chiriani), con el asesoramiento de Javier Parquet Villagra, pero sufrió algunas modificaciones en el estudio por la misma Cámara y luego ha sido objeto de nuevas modificaciones en ocasión del tratamiento de la Cámara de Diputados. En esta sede, a pedido del presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de dicha Cámara, tuvo ocasión de considerarse una opinión de los profesores Luis Enrique Chase Plate y Marco Aurelio González Maldonado, quienes a su vez recurrieron a los profesores extranjeros Ricardo Rivero Ortega, Ismael Farrando y Augusto Durán Martínez para discutir ideas y consolidar algunas propuestas, ampliatorias en su mayoría, que han intentado modificar lo menos posible el texto con media sanción, pero cuidando hacer añadidos para inscribir al texto en la senda de las mejores prácticas que la experiencia ha ofrecido en los diferentes países (7). Si bien no todas sus propuestas fueron tenidas en cuenta, las modificaciones incorporadas han servido para enriquecer un proyecto ya de por sí sumamente valioso y necesario para el Paraguay.

La ley sancionada traspasa los tradicionales institutos del derecho administrativo, no limitándose a tratar lo propio del procedimiento administrativo. Es decir, la ley tiene un nombre cuyo contenido excede el ámbito de dicho nombre; pues sigue la costumbre latinoamericana de incorporar una regulación de los elementos del acto administrativo y su ámbito de aplicación, así como las causales de nulidad y la clasificación de las actuaciones administrativas.

La ley sancionada reconoce ya explícitamente los principios fundadores de nuestra materia, lo que de por sí producirá un efecto irradiador en el decreto reglamentario que se dicte posteriormente, en las decisiones administrativas y en el control jurisdiccional de estas. Aunque, conforme con lo que fuera expuesto, la ley tiene una estructura clásica, su contenido deja de manifiesto el carácter central de la personalidad humana y la tutela de sus derechos en su relación con la administración pública.

Cuestiones centrales como la determinación de la motivación como requisito formal del acto administrativo, el acotamiento del ámbito potestativo y obligatorio a la «función administrativa», las exigencias de las notificaciones con los debidos anoticiamientos expresos de los plazos e instancias recursivas (sin lo cual no

(6) Puede consultarse en: <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/4955>.

(7) Cabe destacar que los profesores extranjeros consultados son grandes catedráticos de la materia, reconocidos internacionalmente, autores de textos doctrinarios y colaboradores en la redacción de normas similares en otros países. También es oportuno destacar que la colaboración fue gratuita y enmarcada en el profundo afecto que tienen al Paraguay y el conocimiento que han adquirido de nuestras instituciones.

En dicho marco fue realizada una audiencia pública con los profesores señalados, lo cual puede verse en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=EHwPycihTXw>.

puede agotarse el plazo de los recursos), la consagración de la regla «a mayor discrecionalidad, mayor necesidad de motivar las decisiones», la necesidad de declarar judicialmente la nulidad de los actos viciados que hubieren generado derechos subjetivos a favor de los ciudadanos, el reconocimiento expreso del principio de buena administración y la finalidad última del servicio a la dignidad humana, así como la introducción de incentivos como reducción y descuento de la sanción administrativa según ciertas circunstancias, y la obligación de interoperar electrónicamente entre instituciones públicas, para ofrecer mayor comodidad y menos burocracia a los ciudadanos, hacen que la ley sea auspiciosa y se sienta la esperanza de una mejor administración pública paraguaya; aunque bien sabemos que la efectividad de las normas depende, más que de la sanción de leyes, de una adecuada educación en la materia y de los valores culturales de la sociedad. Esperamos que la ley propicie la esperanza que genera en quienes abrazamos esta noble rama del derecho.

Sin desconocer la real importancia del contenido de la ley sancionada, sumamente auspicioso para los derechos de los ciudadanos, no podríamos dejar de apuntar algunos puntos no contemplados en el mismo y que seguramente se irán incorporando con el transcurso del tiempo: los procedimientos administrativos de segunda y tercera generación (procedimientos para la elaboración de normativas reglamentarias, para regular el ejercicio cooperativo del poder y para establecer las pautas de gobernanza); una adecuada (diferenciada) tutela a las personas en condición de vulnerabilidad, en atención a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, tal como por ejemplo lo recoge el artículo 1 apartado III de la ley de procedimientos administrativos de Mendoza, Argentina; además de un mayor y armónico desarrollo de los institutos reconocidos en el proyecto, así como la gestación de la legislación que se complementa con esta y apunte a dar solución a los problemas más directos y que cotidianamente afectan a los ciudadanos, como el régimen de responsabilidad de la administración pública, el de administración de bienes del Estado, una ley del fuero contencioso-administrativo, entre otros. No podemos concluir sin mencionar que no existe la determinación de un plazo de prescripción para la determinación de la nulidad de los actos administrativos, cuestión de trascendental importancia y que merecerá una especial atención para una mejor protección de los derechos de las personas y de la misma Administración (cuando se le alegue la nulidad en sede judicial).

3. EL CONTROL JUDICIAL: FORTALEZA Y DEBILIDADES

El artículo 3.b) de la Ley núm. 1462/35 establece que la sede contencioso-administrativa será la competente para entender los actos de autoridad cuando esta procede en uso de su potestad reglada, lo que excluiría la potestad discrecional. Ello implica que toda consecuencia de la irregularidad acaecida con motivo del incumplimiento del actuar permitido al funcionario es un incumplimiento a esas facultades regladas, positivizadas, dado que la irregularidad se asocia con la afrenta al ordenamiento jurídico permitido, pues, si está permitido, no habría de anularse la decisión (principio de legalidad).

Ahora, esa exclusión del ejercicio de potestades discrecionales debe entenderse que se da cuando la potestad es ejercida dentro de ciertos límites (como imponer una multa de entre 10 y 50), determinados por la motivación suficiente, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión recaída; los que, en caso de no ser respetados, conllevan la arbitrariedad o desviación de poder del acto emanado, legitimando la intervención judicial revisora (8).

Sin embargo, la tesis señalada en el párrafo anterior, aunque suficientemente destacada en la doctrina y en la jurisprudencia de otros países, todavía no tuvo un desarrollo fecundo en nuestro país, aunque cabe seguir insistiendo. La doctrina es congruente con esta línea de entendimiento, considerando que el *contencioso administrativo* «es un litigio o contienda en materia administrativa, o dicho más precisamente, suscitado como consecuencia del ejercicio de la función administrativa o relacionado con ella» (9).

Una cuestión que sin dudas genera todavía controversias es la sede jurisdiccional (civil, administrativa o laboral) para entender en cuestiones indemnizatorias planteadas por los funcionarios públicos, sin duda un aspecto importante de nuestra materia, puesto que de él derivaría la respectiva acción de repetición contra quien dictó un acto irregular. Veamos:

Cuando en la Sala Penal Corte Suprema de Justicia se hizo lugar a una demanda de indemnización, como consecuencia de una irregularidad del acto administrativo cuestionado en sede contencioso-administrativa, el fundamento solo fue el artículo 45 de la ley de la función pública (Ley N.º 1626/00), sin mayor justificación (10). Si uno se atiene a la norma alegada, verifica que la misma habla de la indemnización «laboral», lo que nos remite a que la cuestión que está siendo dirimida en sede contencioso-administrativa (en la Sala Penal de la CSJ, en grado de apelación de la sentencia del Tribunal de Cuentas) es devenida del vínculo laboral entre la administración y el funcionario, consecuencia indemnizatoria ante la imposibilidad de reincorporación (11).

Sin embargo, el fuero contencioso administrativo suele rechazar su competencia en la materia, para entender en demandas de indemnizaciones planteadas por funcionarios públicos (12). Si rechaza la competencia para entender en las demandas de funcionarios contra la administración, con el mismo argumento debería

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2016.

(9) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Contencioso administrativo*, segunda edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2015, p. 12. En la misma línea de entendimiento, Luis Enrique Chase Plate, «El procedimiento contencioso-administrativo», pp. 119-142, en Luis Enrique Chase Plate (Director), *El Tribunal de lo contencioso administrativo*, La Ley, Asunción, 2016.

(10) Cfr. Acuerdo y Sentencia núm. 447 de fecha 27 de junio de 2019, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(11) Artículo 45. Si no fuera posible la reincorporación del funcionario público en el plazo de dos meses de haber quedado firme y ejecutoriada la sentencia respectiva, el afectado tendrá derecho a la indemnización equivalente a la establecida en el Código del Trabajo para el despido sin causa. Si hubiese adquirido la estabilidad, la indemnización será también la establecida por la legislación laboral para tales casos.

(12) Acuerdo y Sentencia núm. 61 de fecha 23 de junio de 2008, del Tribunal de Cuentas Segunda Sala: «En cuanto a la indemnización solicitada en concepto de daño moral, debe recurrirse a la jurisdicción correspondiente».

rechazar las demandas de la administración contra los funcionarios, cuando ellas tengan la misma finalidad: indemnizatoria por el daño recibido/repetición.

Amén de cuanto ha sido expuesto, la cosa se complica más cuando el fuero laboral también tiene posiciones contradictorias sobre su competencia en el tema debatido. Por un lado, se declara incompetente para entender cuando se trata de una relación de empleo público (13) y, por otro lado, existen juzgados laborales que aceptan para sí dicha competencia en este tipo de demandas indemnizatorias sobrevenidas de una relación laboral de empleo público, por la actuación irregular de la administración (14).

Tal es la situación de nuestra «jurisprudencia» que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, luego de determinar que la indemnización reclamada tenía su origen en una relación laboral de empleo público y, por ende, que no era la competente para entender en el asunto (15), se involucra y resuelve el caso para no dejar en indefensión al justiciable, porque el demandante (antes) había promovido un juicio laboral y el juzgado de este fuero se declaró incompetente (16). Es decir, aun reconociéndose incompetente, resuelve el litigio para no dejar en indefensión al justiciable, porque el fuero laboral se declaró antes incompetente. Así las cosas, tenemos precedentes donde los tres fueros (el contencioso-administrativo, el laboral y el civil y comercial) se declaran incompetentes en la materia.

Ante ello, solo nos queda esperar una posición jurisprudencial firme y explícita que sea respetada por los tribunales inferiores y que este estado de incertidumbre práctica que acarrea la cuestión sea despejada para tranquilidad de los justiciables y de los operadores de justicia. Sobre el particular, si bien se defiende la competencia del fuero contencioso-administrativo, no perdemos de vista que el mayor bien de una sana justicia es la seguridad jurídica, lo que ocurre ante la explicación razonada de una decisión y, sobre todo, que ella sea conocida por la comunidad jurídica. Precisamente, la jurisprudencia nació para otorgar tratos iguales y evitar litigios, en la seguridad de que los operadores del Derecho se apegarán a los cánones establecidos; sin perjuicio de su modificación fundada y contextualizada (17).

La misma discusión se presenta entre los fueros contencioso-administrativo y civil cuando se plantean demandas indemnizatorias contra el Estado. En el fuero contencioso-administrativo se alega la competencia del fuero civil y comercial porque la materia indemnizatoria corresponde al fuero civil, mientras que la del contencioso se limita a verificar la regularidad del acto administrativo (como si el daño no pudiera ser consecuencia de la irregularidad). En el fuero civil, sin embargo,

(13) Cfr. A. I. núm. 285 de fecha 28 de junio de 2005, del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral del 1.º Turno. En este caso, el juzgado laboral sostiene que la jurisdicción competente es la civil y comercial, porque la relación surge de un contrato.

(14) Cfr. A. I. núm. 344 de fecha 24 de octubre de 2017, del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral del Sexto Turno. Este caso es bien ilustrativo, pues en el Tribunal de Cuentas ni siquiera se dio trámite a la demanda indemnizatoria, motivo por el cual se recurrió a la jurisdicción laboral. Si la jurisdicción laboral se hubiera declarado también incompetente, solo le quedaba al justiciable la jurisdicción civil, donde podía correr la misma suerte, ¡que el fuero civil se declare incompetente!

(15) Porque se acreditó la relación de dependencia entre el contratado y la administración. En igual sentido del voto en disidencia del fallo PY/JUR/928/2019 (*Revista La Ley*, abril 2020).

(16) Acuerdo y Sentencia núm. 121 de fecha 18 de diciembre de 2019, de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

(17) APARISI MIRALLES, Angela, «Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho», pp. 249-265, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número IX, España, 1992.

hay fallos donde se alega la incompetencia de dicho fuero porque no están habilitados para estudiar la legalidad/regularidad de la actuación administrativa de donde nace el reclamo indemnizatorio (18), aunque coexistiendo con otros fallos del fuero civil donde se declaran competentes para entender la materia (aunque rechazan las demandas por otras razones) (19).

Más allá del análisis realizado, cabe tener presente que la situación planteada va en detrimento de los derechos del justiciable, quienes, habiendo sido afectados por una actuación irregular de la administración pública, no pueden ver satisfechas sus indemnizaciones debidas porque las jurisdicciones civiles, laborales y contencioso-administrativas se declaran incompetentes, respectivamente. Además, ello va en total detrimento de la seguridad jurídica, pues al final de cuentas no existe la certeza del fuero competente en la materia. Aunque se justifiquen las razones de la competencia del fuero contencioso-administrativo, si este no asume dicha competencia, el afectado es el justiciable y la consecuencia es la existencia de un daño que no se indemniza.

4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si bien existe una disposición constitucional (art. 39) que dispone: «Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado», con lo cual se puede afirmar que la responsabilidad extracontractual (así como la contractual) de la Administración es directa, aun existiendo una actuación ilícita o irregular de sus funcionarios, otra disposición de la misma Constitución (el art. 106) (20) establece que esa responsabilidad del Estado será subsidiaria en casos de transgresiones, delitos o faltas de los agentes estatales en el ejercicio de una función pública.

Con ello queda declarada la responsabilidad directa de la Administración en caso de actuación lícita (contractual o extracontractual) de sus funcionarios y la responsabilidad subsidiaria o indirecta del Estado en caso de una actuación irregular de los mismos. Esto va en contra de la mayoritaria corriente doctrinaria y legis-

(18) Acuerdo y Sentencia núm. 52 de fecha 17 de junio de 2009, de la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia.

(19) Acuerdo y Sentencia núm. 96 de fecha 24 de julio de 2014, de la Cuarta Sala del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial; Sentencia Definitiva núm. 555 de fecha 26 de agosto de 2014, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la Capital; Sentencia Definitiva núm. 605 de fecha 17 de setiembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno de la Capital.

(20) «En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto». De igual manera, el artículo 1845 del Código Civil paraguayo prevé que «Las autoridades superiores, los funcionarios y empleados públicos del estado, de las Municipalidades y de los entes de Derecho Público serán responsables, en forma directa y personal, por los actos ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Los autores y copartícipes responderán solidariamente. El Estado, las Municipalidades y los entes de Derecho Público responderán subsidiariamente por ellos en caso de insolvencia de éstos».

lativa de diversos países, donde rige un sistema de responsabilidad directa de la Administración, aun en caso de actuaciones irregulares.

El obstáculo que ello presenta a los ciudadanos es la posibilidad de que los representantes de las instituciones públicas pretendan que toda acción de reparación de daños se dirija primero contra el funcionario, en juicio que puede durar mucho tiempo, para luego reclamarle al Estado en caso de insolvencia de ese funcionario, en otro juicio que puede durar igual o mayor tiempo.

Como plantea el profesor Chase Plate, Paraguay debería inscribirse en la responsabilidad directa de la Administración, aún en los casos de actuación irregular de sus agentes, sin que ello haga mella en la principal obligación del funcionario de resarcir los daños producidos con su conducta ilícita o irregular, o de que se repita contra el mismo todo cuanto el Estado abone por tal concepto. Lo que se quiere significar es que la responsabilidad del Estado debe existir allá donde se ocasione un perjuicio por falla o falta de servicio (configurada en el Derecho francés) en la actividad estatal; y que esa responsabilidad es independiente del deber principal del funcionario cuya actuación irregular o ilegal ha provocado el daño indemnizable.

El constituyente paraguayo no ha tenido la claridad suficiente para percibir que la responsabilidad directa de la Administración no implica un acto de impunidad contra el funcionario, dado que la responsabilidad principal de éste persiste y debe pagar antes o después que lo haya hecho el Estado, sino que se erige en la garantía que toda Administración debe brindar a los ciudadanos, demostrando ser el primer pagador en un régimen que pretende regirse por el Derecho, dando el ejemplo para exigir igual conducta de todas las personas dentro de su territorio. La responsabilidad directa da seguridad y allana el camino para que el particular sea resarcido por la vulneración injusta que ha sufrido sobre sus derechos; conservando el funcionario la responsabilidad principal y directa de sus actuaciones y obligado a reembolsar cuanto el Estado pague por actuar negligente.

De hecho, aun existiendo esa responsabilidad subsidiaria del Estado, lo que implica que primero debe exigirse la reparación del funcionario que obró irregularmente, el día a día de nuestro contencioso-administrativo nos refleja que, en las demandas contra actos administrativos irregulares, éstas son instauradas contra la Administración y las sentencias condenatorias conminan su ejecución contra el Estado. El funcionario que dictó el acto irregular, sencillamente, no aparece ni es mencionado en el litigio. Quien termina pagando por el acto irregular es *directamente* el Estado. El constituyente no ha vislumbrado la necesidad de establecer mecanismos más efectivos para garantizar la asunción de responsabilidades por parte de los funcionarios, perdiéndose en el camino de la objetividad o subjetividad del esquema de responsabilidad.

Esta opaca interpretación del constituyente paraguayo puede leerse en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente:

«quiero aclarar a un preopinante que la culpa objetiva del Estado ya la hemos relacionado, como bien se dijo en el artículo 37. Allí el Estado es responsable y la ley va a reglamentar esa posibilidad, no importa si hay culpa, infracción o lo que sea, del funcionario público. Estado, en uso de sus atribuciones y en actividades ilegítimas, como un daño, es responsable. ¿Por qué? Por la culpa objetiva. Ahora, lo que queremos reglamentar es la culpa subjetiva del Estado cuando el Estado legítimamente no comete un daño, sino cuando el estado por

error, o por infracción, o por dolo, o por culpa de su funcionario público, comete el daño. Entonces, no en todos los casos el estado va a ser responsable. Vamos a ser claros. Si en las actas figura que es aceptada por la Comisión Redactora la interpretación que queremos dar a la palabra 'contingente', que necesariamente va a ser una ley que va a reglamentar cuándo el Estado será o no responsable, teniendo en cuenta los distintos tipos de responsabilidad, solidaria, subsidiaria y contingente, estoy de acuerdo. Retiro mi moción y me adhiero al texto de la Comisión Redactora con ese sentido, con esa acepción, pero no comparto, y esto que quede bien claro en las actas, la tesis de un preopinante de que en todos los casos el Estado va a ser responsable... porque, señores, así vamos a crear el gran negocio. Los juicios contra el Estado. Vamos a quebrar nuestro Estado y realmente va a pasar, como en otros países muy cercanos, donde se manejaron seis mil millones de dólares en juicios irregulares contra el Estado. Yo no quiero para mi Estado esa concepción de que es el botón donde todos van a acudir en defensa de sus derechos y hacerle pagar, en todos los casos, al Estado cualquier daño que exista en cualquier lugar del país. Vamos a crear la responsabilidad del Estado pero dentro de un marco jurídico preciso, claro, donde se distinga eficazmente cuándo va a ser responsable el Estado, porque queremos un Estado responsable, pero no queremos un Estado pagador de todos los errores del mundo» (21).

«Ahora bien, nos hemos cuidado muy bien de poner una cláusula al final que dice que: sin perjuicio de la responsabilidad contingente del Estado que debe procurar su resarcimiento. ¿Qué quiere decir esto? Que el Estado no le va a dañar al tercero, pero le va a perseguir al funcionario público en procura de ese resarcimiento. Eso es que claramente queda establecido en la parte final del art. 105. Creo que queda aclarada la observación, ciudadano presidente, y muchas gracias» (22).

Como puede leerse, la aclaración no hace más que oscurecer la intención que se tenía. No se ha dimensionado que el análisis de legalidad de las actuaciones administrativas (el único que cabe en tratándose de una actividad estatal) no requiere ni permite un análisis de la voluntad del funcionario público interviniente (ni del Estado en forma abstracta). En las actuaciones de los organismos y agentes públicos nada importa la intención del agente estatal, importa solo si la voluntad de las disposiciones legales y reglamentarias se han cumplido o no con la actividad administrativa cuestionada.

Así, en la constituyente se extrapolaron indebidamente los conceptos de culpa subjetiva y objetiva, sin considerar, además, el estado de indefensión o de obstrucción que podría acarrearle al ciudadano una concepción estricta de la subsidiariedad, denostando una falta de instrucción acerca del rol de la Administración en un Estado Constitucional de Derecho. Ello, junto con la falta de certidumbre procesal (y de garantías) para hacer valer los derechos frente a la insolvencia del funcionario, nos pudiera haber llevado (como se intentó) a navegar en un mar de dificultades para los más débiles. Y es que alguien podría válidamente entender que la subsidiariedad exige que la acción se dirija de manera previa contra el deudor principal (sin la par-

(21) *Diario de Sesiones* núm. 20, Plenaria, p. 22, Convencional Bernardino Cano Radil. *Constitución de la República del Paraguay con sus Fundamentos*, Latindata, Asunción.

(22) *Diario de Sesiones* núm. 20, Plenaria, p. 23, Convencional Óscar Paciello. *Íbidem*.

ticipación del deudor subsidiario) (23), algo que puede prolongar aún más el proceso, lo que conllevaría a otro proceso igual de penoso cuando se lo quisiera hacer valer contra el Estado (por insolvencia del funcionario) y que pudiera terminar con resultado contradictorio por el hecho de que las pruebas de un juicio podrían no acreditarse en el otro, o por razones procesales, o hacer vulnerable el derecho del particular a ser indemnizado por una eventual prescripción de la acción.

Además, no se tuvo en cuenta la posición desventajosa en que se encuentra el particular para conocer si un acto dañoso es regular o irregular, lo que recién será determinado por el juez. (24) Así, en el supuesto de demandar una reparación por un actuar regular, pero luego determinado irregular o ilícito por el juez civil, el afectado tendrá que iniciar un nuevo proceso contra el funcionario, si éste no formó parte de la litis donde se decretó su irregularidad; todo lo cual hace más tortuoso y oneroso el peregrinar del particular afectado en busca de su indemnización.

En una fuerte crítica, el Dr. Luis de Gásperi, en su Anteproyecto de Código Civil y criticando una redacción similar de la Constitución anterior a la vigente manifestó: «nadie sabe en qué puede consistir la responsabilidad indirecta del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusación de los bienes del deudor principal (...) bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaban ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho Público, el primero de los cuales es el propio Estado...».

Los constituyentes no han podido vislumbrar que sin la redacción del artículo 106 constitucional se mantenía la responsabilidad directa del Estado sin desaparecer la obligación principal del funcionario y su obligación de repago en caso que la Administración tenga que pagar por su actuación irregular, ya que esa responsabilidad directa no es eximente de la responsabilidad personal del funcionario, para cuya ejecución solo se deben arbitrar las reglas procesales pertinentes (que entonces ya existían y continúan vigentes, pero sin los dientes necesarios para asegurar su cumplimiento).

Afortunadamente, con sano juicio, la doctrina nacional y la jurisprudencia de los tribunales le han dado un cariz congruente a la interpretación constitucional que, aunque no se refleje en un análisis estricto del término, se orienta en la intención del constituyente y en un análisis sistemático de la Constitución y del Derecho para darle un trato adecuado a la responsabilidad del Estado por la actuación ilícita o irregular de sus funcionarios. Con ello, se ha corregido una definición que, con una interpretación sesgada, pudo habernos llevado por caminos tortuosos.

Producto de ese análisis doctrinario y jurisprudencial, no sin trastraballo (25), en las demandas civiles planteadas contra acciones ilícitas o irregulares de los funcionarios públicos, se admite que sean demandados en forma conjunta el funcionario y el Estado, de modo que éste participe del proceso y pueda hacerse responsa-

(23) Cfr. GONZÁLEZ PALACIOS, Alfredo, «La responsabilidad civil del funcionario o agente público y la intervención del Estado en el proceso», pp. 583-603, en *La Ley Revista jurídica paraguaya*, Año 37 núm. 4, mayo de 2014.

(24) RÍOS AVALOS, Bonifacio, «El Código Civil y la Responsabilidad del Estado», pp. 841-858, *Derecho Privado*, La Ley, Paraguay (Asunción), 2007.

(25) Acuerdo y Sentencia núm. 84/08, de fecha 8 de febrero de 2008, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Primera Sala.

ble de manera inmediata ante la falta de pago del agente infractor (responsable directo), con lo cual se evita el doble juicio y desechan las eventuales excepciones de falta de legitimación pasiva y prescripción. Como manifiesta el profesor Bonifacio Ríos: «En nuestro sistema, para el caso de duda de si se trata de acto regular o irregular de los funcionarios, la acción deberá dirigirse contra ambos, es decir, contra el funcionario y el Estado. Solo se suspenderá la ejecución de la sentencia contra el Estado, hasta acreditar la insolvencia del funcionario. Esta solución es la menos gravosa para la víctima en la actualidad, hasta tanto se tenga una regulación más prolija de la materia». (26)

En otro fallo, se ha afirmado que: «la Municipalidad de Villarrica omitió, contra derecho o antijurídicamente, el deber concreto de fiscalización, que pesaba sobre ella como concedente del servicio de distribución de energía eléctrica y alumbrado público. Por lo tanto, corresponde declarar la responsabilidad por los daños sufridos por el menor V. V. en la misma medida de la responsabilidad de la concesionaria, por cuyas conductas ilícitas debe responder en lo atinente al caso concreto, por los motivos ya explicitados. Por otra parte, antes de determinar el monto del resarcimiento debido por la Municipalidad de Villarrica, corresponde realizar las siguientes precisiones: El artículo 1841 establece la responsabilidad solidaria de todas las personas imputables del acto ilícito dañoso. Establece, además, la gradación de la culpa y la importancia de la misma para la correspondiente repetición entre los agentes del acto perjudicial». (27)

Este último precedente es importante para determinar que la Administración debe responder siempre por el daño que ocasione su actuación o que el perjuicio sea causado por un tercero por encargo de la Administración. Queda entonces garantizada la indemnización por *falta de servicio* o servicio defectuoso, aún en los casos en que se recurra a formas privadas para prestar un servicio debido por el Estado (concesión o alianza público-privada) (28).

Con igual inteligencia de responsabilidad del Estado, ante la imposibilidad de determinar la identidad del funcionario negligente, se debe admitir una demanda contra el Estado. Como lo ha manifestado la profesora Buonghermini: «Una decisión en el sentido de privar de acción al particular que se encuentra en el predicamento de desconocer la identidad de su agresor y de no poder establecerla debido a las circunstancias que rodean el hecho significaría una violación a los derechos humanos reconocidos por el Estado Paraguayo, en relación con el acceso a la justicia y a una reparación adecuada por los actos del Estado o sus agentes, consagrado en instrumentos internacionales vigentes, Convención Americana de los Derechos Humanos en sus artículos 1.º, 2.º, 5.º, 8.º y 25.º, así como la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en sus artículos 3.º, 7.º y 10.º» (29).

Como puede apreciarse, en el plano doctrinario y jurisprudencial se ha ido moldeando la responsabilidad del Estado con criterios que la tornan ecuánime,

(26) *Ibidem*, p. 858.

(27) Acuerdo y Sentencia núm. 114/07, de fecha 26 de marzo de 2007, dictado por la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema de Justicia.

(28) TRIGO REPRESAS, Félix A., y LÓPEZ MEZA, Marcelo J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 51.

(29) BUONGHERMINI PALUMBO, María Mercedes, «El actuar dañoso del Estado y las formas de responsabilidad civil», pp. 203 a 220, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Asunción, Paraguay, 2013, p. 215.

siguiendo la suerte del Derecho administrativo nacional; el que, escasa y algunas veces mal regulado en normas positivas, construyó su base sólida con los principios de su ámbito.

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY Y CONVERGENCIAS GLOBALES

Ya sabemos que el Derecho, caracterizado como un medio al servicio de la sociedad y, por tanto, en evolución constante, va mutando y se va adaptando con el transcurrir del tiempo (30). De igual manera, el Derecho administrativo (especie del género Derecho) debe adaptarse a esa evolución de la sociedad y ofrecer herramientas válidas para evaluar y tomar decisiones, para realizar un debido control (administrativo y judicial) del mismo, para encontrar y generar espacios de participación y colaboración, así como para tratar de mejor manera los diferentes desafíos que nos depara la realidad (como los avances tecnológicos, los eventos extremos, como una pandemia, el nacimiento de nuevos negocios que aparentemente escapan de los diversos organismos reguladores y caben en diferentes ámbitos, como las fintechs, etc.) (31).

La evolución del Derecho administrativo ha sido evidente y suficientemente destacada en doctrina (32), con las siguientes características:

De una frontera bien delimitada al principio entre el derecho público y el derecho privado, donde a las instituciones estatales correspondía tutelar el interés público (y el ejercicio del poder coercitivo) y a la empresa tutelar su interés patrimonial, se ha pasado a un estado de cosas donde las fronteras ya no son nítidas y existen ámbitos comunes que varían según las circunstancias y el sector regulado. Así, el Estado ha adoptado formas privadas de gestión y organización, como los incentivos por resultados y la creación de organismos instrumentales que se rigen por el derecho privado pero adoptan formas públicas o mixtas de organización; al tiempo que la empresa privada se ha visto obligada a tutelar también el interés público en la prestación de sus servicios (pensar en las empresas de telecomunicaciones, las entidades financieras, etc.).

Con la crisis del Estado liberal del siglo XIX (33), que concebía al Estado y la sociedad como dos sistemas independientes, cada uno con su propia lógica de funcionamiento, y la llegada del Estado democrático, éste pasa a cumplir una función

(30) Aunque su concepción varíe en función del enfoque (positivista o no positivista, realista o normativista, etc.) del que se parte. NINO, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 175 y ss.

(31) RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, octava edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 13 ss.

(32) GIANNINI, M., *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, traducción de Ortega Álvarez, L., Civitas, Madrid, 1991; Barnes, J. (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006.

(33) M. S. GIANNINI lo denomina Estado de clase única y subraya como su base política era censitaria, en tanto en cuanto solo atribuía derechos políticos a los ciudadanos más pudientes económicamente –en sus comienzos– (únicamente un 2-3% de la población; a finales del siglo, los porcentajes se situaban en torno al 10%– (*Derecho Administrativo*, traducción de ORTEGA ÁLVAREZ, L., Ministerio para las Administraciones públicas, Madrid, 1991, pp. 65 ss. Ver también, del mismo autor, *El poder*

de garante de la sociedad en términos de igualdad y libertad para todos, frente al poder de la propia sociedad (34).

Aparece, por tanto, el conocido como «Estado social», cuya principal característica frente al Estado liberal es su garantía de la subsistencia; el Estado social es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza (35). Como ha explicado Giannini, con el paso al «Estado de pluralidad de clases», las Administraciones públicas pasaron a intervenir en todos aquellos sectores en los que el poder político-económico de las clases privilegiadas no lo hacía (36). Las Administraciones tradicionales, del Estado y de los entes territoriales, se convirtieron, así, en Administraciones que, predominantemente, gestionaban servicios públicos (37).

En este marco de plena democratización del Estado, se producirá una redefinición de los términos del debate entre Estado y sociedad, quebrando el binomio clásico entre público y privado (38).

En efecto, el Estado va a dejar de considerar a la sociedad como un sistema estático, cuyo equilibrio solo se mantiene si permanecen inmutables ciertos valores y status, para considerarla como un sistema dinámico, que mantiene su equilibrio precisamente a través de los cambios de valores y situaciones, lo que exige una constante y compleja acción reguladora por parte del Estado.

De esta forma, en las nuevas constituciones europeas que se producen a raíz de la Segunda Guerra Mundial, donde se consagra el postulado del Estado social como defensor de un nuevo marco de relaciones entre Estado y sociedad, de un lado, se van a reconocer las potestades públicas económicas (libre iniciativa pública económica, intervención de empresas, nacionalización, planificación...) y, de otro, se va a producir una profunda transformación de los derechos fundamentales económicos desde su impronta liberal-individualista al subordinarse la propiedad privada a su función social, así como la libre empresa a los intereses generales (39).

El cambio producido en la relación Estado-sociedad va a provocar un nuevo fenómeno jurídico, esto es, la transformación del Derecho privado económico impuesto por los cambios en la Constitución económica significada en el postulado del Estado social. Se relativiza, así, la distinción entre Derecho público y privado, pues el Derecho privado se desprivatiza asumiendo en sus instituciones intereses plurales y generales (40) y, a su vez, las Administraciones públicas utilizan, cada vez en mayor medida, el Derecho privado para la mejor consecución de sus objetivos públicos.

Por otra parte, desde que el proceso democrático dio lugar a que el Estado realice otro tipo de funciones no ya de autoridad sino de prestación de servicios públi-

público. Estados y Administraciones públicas, traducción de Ortega Álvarez, L., Civitas, Madrid, 1991, pp. 49 ss.).

(34) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El Estado como instrumento de la sociedad», *Sistema*, números 118-119 (1994), p. 209.

(35) FORSTHOFF, E., «Problemas constitucionales del Estado social», en AAVV, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 49.

(36) *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 77. Véase también KEYNES, J. M., «El final del laissez-faire», en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1987, pp. 63 ss.

(37) GIANNINI, M. S., *El poder público. El Estado...*, op. cit., p. 85.

(38) ORTEGA, L., «El Estado como instrumento...», op. cit., p. 210.

(39) ALONSO UREBA, A., *Elementos de Derecho mercantil. Introducción (Concepto, método y sistema)*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 1989, p. 49.

(40) ALONSO UREBA, A., *Elementos de Derecho mercantil...*, op. cit., p. 52.

cos, éste se presentó como un colaborador de la sociedad y la garantía más importante para los ciudadanos era el buen resultado de la actividad desarrollada (41). En este sentido, frente a las rígidas normas procedimentales a las que tradicionalmente estaba sujeta la actividad administrativa, se empezó a plantear la necesidad de acudir a formas privadas de gestión, como medio para obtener los resultados que legitimen la propia actuación pública. El proceso en cuestión se definió gráficamente como de «huida del Derecho administrativo» hacia el Derecho privado (42).

En efecto, como ha observado Piñar Mañas, Se fue abriendo paso, de forma progresivamente más fuerte, la idea de privatizar los modos de actuar de la Administración pública, de ponerla en manos del Derecho privado, todo ello sin duda impulsado por las corrientes metodológicas que propugnaban el análisis económico del Derecho y por la idea de escapar a las exigencias del Derecho público (43). En el proceso comentado, también jugó un papel decisivo la denominada «crisis» del Estado de Bienestar y la recuperación del protagonismo de la sociedad civil (44).

El fenómeno en cuestión adquirió caracteres preocupantes, por la cada vez mayor utilización del Derecho privado por parte de organizaciones creadas por las Administraciones públicas para desarrollar indudables funciones de carácter público, organizaciones que, de esta forma, eludían o, cuanto menos, relajaban los controles y garantías que el Derecho público comporta (45).

(41) ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El Estado como instrumento...», *op. cit.*, p. 212.

(42) *Vid* al respecto MARTÍN MATEO: *Liberalización de la economía (más Estado, menos Administración)*. Trivium. Madrid, 1988; RODRÍGUEZ-ARANA: *La privatización de la empresa pública*. Montecorvo. Madrid, 1991; VILLAR ROJAS: *Privatización de servicios públicos*. Tecnos. Madrid, 1993; GARRIDO FALLA: «Privatización y reprivatización». *RAP*, 126 (1991); LÓPEZ GARRIDO: *La crisis de las telecomunicaciones (El fenómeno desregulador en Estados Unidos, Japón y Europa)*. Fundesco, 1989, y PIÑAR MAÑAS: «Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario». *RAP*, 133 (1994) y «Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España». *REDA*, 84 (1994).

(43) «Privatización de empresas públicas...», *op. cit.*, p. 20. El citado autor destaca, sobre todo, las aportaciones en el campo del análisis económico del Derecho del Premio Nobel de Economía COASE, R. H., (*The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, 1988).

(44) PIÑAR MAÑAS, J. L., «Privatización de empresas públicas...», *op. cit.*, p. 23. De Vega García, P., ha destacado cómo desde que O'Connor publicó *La crisis fiscal del Estado*, quedó claramente de manifiesto el conjunto de dificultades financieras, sobre todo en momentos de depresión económica, que se cernían sobre los modernos Estados del Bienestar. A partir de esta crítica, el conservadurismo y las corrientes neoliberales, que han achacado la crisis del Estado a la acción desbordante del Estado de Bienestar, han propugnado el regreso al Estado abstencionista clásico («Presentación» del número monográfico de la Revista *Sistema* (118-119), cit., p. 7. Véanse también, en el mismo número de la Revista, sobre la denominada crisis del Estado social, los análisis de ARAGON, M., «Los problemas del Estado social», pp. 23 ss.; DE CABO MARTIN, C., «Democracia y Derecho en la crisis del Estado social», pp. 63 ss.; GARCIA HERRERA, M. A., «El fin del Estado social», pp. 133 ss.; y PORRAS NADALES, A. J., «La evolución del Estado social y sus perspectivas», pp. 231 y ss.).

(45) Véase DEL SAZ, S., «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 143 ss. y «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP* 133 (1994), pp. 57 ss.; MARTIN RETORTILLO, S., «Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente», *RAP* 126, pp. 70 ss.; SALA ARQUER, J. M., «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA* núm. 75 (1992), pp. 399 ss.; BORRAJO INIESTA, I., «El intento de huir del Derecho administrativo», *op. cit.*, pp. 233 ss., y los trabajos, publicados todos ellos en la obra colectiva, *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arevalo*, cit., de GARRIDO FALLA, F., «Origen y evolución de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», tomo I, p. 27, BAENA DEL ALCÁZAR, M., «Organización, régimen jurídico y sector público estatal. La

En términos prácticos, podemos visualizar esto en la adopción de decisiones públicas para extraer a su instituciones del rígido esquema burocrático, tales como los incentivos remunerativos en función de los resultados y el permiso para que empresas estatales puedan desenvolverse con eficiencia en el mercado.

Como contrapartida, cuando a las entidades financieras (privadas) se encarga ser el guardián del esquema preventivo de lavado de activos (46), exigiéndoseles controles que, si no se cumplen, acarrear sanciones para ellas, demuestra el traslado del interés público en el desarrollo de la empresa privada.

Separar los ámbitos públicos o privados para determinar el comportamiento debido exige un análisis profundo que no puede realizarse en abstracto, sino que depende de la casuística, por las diversas variables que se pueden conjugar en el espectro normativo y fáctico.

De una interpretación mecánica o exegética por excelencia se ha pasado a una interpretación finalística o análisis de adecuación de disposiciones programáticas o prestacionales que se configuran «en la medida de lo posible». Es decir, ha crecido la discrecionalidad administrativa porque las normas son más elásticas, porque la sobrepoblación normativa plantea no pocos problemas de contradicción, vaguedad e indeterminación, así como la siempre recurrente cláusula potestativa abierta permite una mayor configuración por vía reglamentaria.

Recientes leyes aprobadas en el Congreso paraguayo demuestran este estado de cosas: la ley 6534/2020 parece determinar dos autoridades reguladoras de la ley de protección de datos crediticios, sin ofrecer parámetros claros de diferenciación, lo que exigirá un entendimiento finalístico de la norma para distribuir las competencias, lo que se espera de la reglamentación respectiva.

La misma problemática plantea la última modificación a la ley 1334/98 de defensa del consumidor y del usuario, operada a través de la ley 6636/2019; pues, habiendo ya una autoridad de tutela al consumidor, incorpora al Banco Central como regulador y supervisor sobre las entidades financieras en lo que atañe a la ley 6636. Pero, como dicha ley trata de una modificación de ciertos artículos a la ley del consumidor, no queda claro que la competencia se circunscribe solo al control del cumplimiento de la regla del costo total del crédito, como habría sido intención de los proyectistas.

De ahí que debe escudriñarse en la finalidad teleológica de la ley y propender una interpretación armónica para evitar sucesivas nulidades que tornen ineficaz la norma y para reencauzar por un camino de seguridad jurídica, lo que no es fácil, en atención a la consabida interpretación dispar que surgen de los postulados léxicos.

De una regulación cuyo centro de configuración era exclusivamente la Administración pública, se ha pasado a determinar en algunos casos procedimientos acordados de regulación, tales como la autorregulación regulada, los acuerdos en gestión ambiental, la determinación de parámetros de administración de riesgos, de gobierno corporativo, de prevención de lavado de activos, etc. Así, la discrecionalidad no solo se trasladó hacia las competencias de la Administración, sino también hacia la forma en que las empresas privadas pueden o deben cumplir con los están-

incidencia de las Leyes de Presupuestos», tomo I, p. 73, y VILLAR PALASÍ, J. L., «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones públicas», tomo I, p. 153.

(46) Cfr. Ley 1015/97 y sus modificaciones, así como la Resolución 70/2019 de la SEPRELAD.

dares (que tampoco están delimitados de manera precisa o que varían constantemente).

No es cosa nueva exponer acerca del bajo porcentaje de infracciones sancionadas, comparadas con las que suceden cotidianamente; dada la poca capacidad administrativa para atender, percatarse y perseguir todas las infracciones (47). Las fiestas clandestinas y las reuniones que se suceden diariamente en el marco de la pandemia del Covid-19 son una muestra palpable de ello (48).

La estrategia regulatoria ha consistido en aprovechar la tecnología para optimizar los controles, como los controles de velocidad en carreteras.

También el mercado va ofreciendo alternativas, como claramente los servicios tecnológicos emergentes nos ofrecen la posibilidad de calificar la prestación del servicio recibido en el transporte o en los servicios recibidos (como la calificación de los restaurantes, de la contabilidad, donde uno de los ejemplos es la aplicación TAXit, y las cualificación y atención recibida en los hoteles, etc.).

Ello nos demuestra el camino a seguir para una mejor regulación: estudiar y aprender acerca de los incentivos que mueven a los actores del mercado, para luego ofrecer una regulación eficiente. Aprender de las lecciones pasadas, observar, planificar, probar y contrastar son tareas imprescindibles para escapar de los fracasos ocasionados por las improvisaciones, tal como ha expuesto de manera precisa Thaler. A veces, soluciones tradicionales como los incentivos fiscales no producen el efecto esperado, por lo que debe tenerse presente los verdaderos estímulos a los que responden las personas (49).

Si la finalidad es la tutela de los derechos de las personas, como debe ser, deben arbitrarse los mecanismos que lleven a la mejor protección de los mismos, asumiendo la capacidad estatal limitada y aprovechando la sinergia social, como los ejemplos recién dados o espacios de denuncias confidenciales y protegidas, lo que ha ocurrido y tuvo buenos resultados en Paraguay en el marco de las contrataciones públicas (50).

El surgimiento de colaboraciones público-privadas para alcanzar objetivos de interés público y para diseñar estrategias de una mejor gestión pública, sobre todo ocasionados por las desafecciones ciudadanas o la deslegitimación de las autoridades; lo que acarrea el espacio propicio para generar este tipo de colaboraciones.

La aplicación del principio de subsidiariedad en materia normativa implica que el Estado debe intervenir solo cuando existan fallas del mercado o cuando la sociedad no sea capaz de proveerse los servicios públicos que precisa. Esto va en línea con la tutela de la dignidad humana, que precisa desarrollarse en un marco de libertades que le permita desenvolverse. De hecho, la conceptualización del «gobierno abierto» ha centrado su análisis sobre la transparencia para significar que ella es solo un medio para alcanzar la *participación* y la *colaboración* de los ciudadanos

(47) NIETO GARCÍA, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Trotta, Madrid, 2002.

(48) <https://www.lanacion.com.py/politica/2021/04/16/fiestas-clandestinas-en-la-mira-de-nuevas-restricciones-anticipa-ministro/>; <https://megacadena.com.py/concej-al-asunceno-dijo-que-fiestas-clandestinas-son-un-gran-negocio-en-plena-pandemia/>.

(49) THALER, Richard, *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*, Paidós, Buenos Aires, 2017.

(50) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, «La contratación pública en Paraguay», pp. 99-126, en Jaime Pintos Santiago (Coordinador), *Derecho comparado de la contratación pública*, Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho, 1-2015, en www.liberlex.com.

en la definición de estrategias públicas y en el desarrollo del mercado (51). Es así que, la publicación de informaciones, en formato de datos abiertos, permite a la sociedad acceder a las mismas y proporcionar con ellas aplicaciones y/o servicios que facilitan la vida cotidiana, como los itinerarios de los medios de transporte y la estimación de los viajes.

El nuevo esquema de gobernanza que plantea la globalización también plantea la necesidad de armonizar una línea de entendimiento con instancias extraterritoriales sin poder coercitivo pero con un tremendo poder fáctico (como la OMC, la OMS, el FMI, el BM, el GAFI, etc.), así como instancias supranacionales que todavía no terminaron de diseñar mecanismos adecuados para discutir sus decisiones (como los organismos de la Unión Europea). La aparición de problemas globales que deben tener una respuesta intergubernamental o intersectorial se suma a este nuevo esquema de gobernanza que permiten crear instancias que sumamente complejas para definir las.

La globalización es un fenómeno que viene a constatar el proceso experimentado en los últimos años por las sociedades contemporáneas, que se han convertido en mucho más complejas e interrelacionadas entre sí. Unida a la crisis económica mundial que se inició en 2008, ha dado lugar a una cada vez mayor dependencia global de los Estados nacionales, cuyas decisiones en muchos ámbitos públicos están ahora condicionadas desde el exterior de sus fronteras.

La crisis crediticia e hipotecaria que comenzó en EEUU en agosto de 2007 y que un año después se contagió a todo el mundo, ha provocado desde entonces enormes turbulencias financieras y ha agitado con especial virulencia el sistema bancario europeo e internacional. La peor crisis en más de siete décadas ha sido, por primera vez en la historia, simultáneamente global. (52) En dicha coyuntura de inestabilidad, los mercados han dejado paso al Estado, que reaparece como el máximo garante de la seguridad económica y financiera y el protector de los ciudadanos frente a los excesos y opacidad de las entidades bancarias y financieras. El tradicional rechazo a la intervención del Estado ha quedado en entredicho, ya que la crisis ha puesto de manifiesto la incapacidad del mercado para regularse y ha provocado la mayor intervención pública jamás lanzada para salvar el capitalismo.

Por globalización podemos entender en un sentido jurídico la interrelación de los sistemas nacionales y la reducción de su soberanía. Por virtud de la misma, los Estados están perdiendo la posibilidad de adopción de muchas de sus decisiones tradicionales, sobre todo en el ámbito económico. La pandemia del Covid-19 puso de manifiesto esto en su máxima expresión. Tanto los ciudadanos como los gobiernos se están viendo cada día más afectados desde el punto de vista jurídico por normas, actividades y decisiones que se adoptan fuera de las fronteras del Estado, incluso desde el ámbito privado.

(51) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, «Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales», pp. 277-333, en *Temas actuales de Derecho administrativo-económico*, BCP, Asunción, 2019.

(52) RUIZ DE ELVIRA, STEINBERG WECHSLER, ALTZELAI ULIONDO, OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, VELÁZQUEZ GARDETA, UNCETABARRENECHEA LARRABE, DOMÍNGUEZ DOMECH y MENÉNDEZ BLANCO, *Crisis económica y financiera: el papel de la Unión Europea*, EUROBASK, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria, 2009.

V. CUESTIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN PARAGUAY

Se ha planteado así la existencia de un Derecho administrativo global, que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales (53), como ha advirtiendo la doctrina (54).

El Derecho administrativo global ha sido definido como «aquel que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban» (55).

Kingsbury recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares (56).

El profesor Cassese se ha referido a una «gobernanza global» que emana de más de 2000 órganos regulatorios internacionales o intergubernamentales (57), tomando de los ordenamientos nacionales los elementos que le son necesarios o que le convienen.

Pues bien, la globalización económica ha incidido de forma notable en las nuevas regulaciones jurídico-administrativas, que ponen de manifiesto el nuevo papel que la Administración juega en el desarrollo de la actividad económica del Estado (58).

La globalización de los intercambios económicos ha dado lugar a un movimiento general de desregulación gubernamental del comercio, las finanzas y las inversiones económicas, lo que conduce también a una notable pérdida de margen

(53) Ver KINGSBURY, B.; KRISCH, N. y STEWART, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL. M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>.

También se ha publicado el texto en la *Revista de Derecho Público* núm. 24, 2010 (Kingsbury, Krisch y Stewart, «El surgimiento del Derecho administrativo global»).

(54) MIR PUIGPELAT, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; CRUZ ALLI, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; BALLBÉ, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP* núm. 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (Ponce, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (Barnés, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

(55) KINGSBURY, B., «The Administrative Law Frontier In Global Governance», *ASIL proceedings 2005*, pp. 1 y ss.

(56) KINGSBURY, B., «The Administrative Law...», *op. cit.*, pp. 4 ss.

(57) *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Global Law, Sevilla, 2010.

(58) Véase MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Fundamentos e instrumentos de la regulación económica», en libro colectivo *Derecho de la Regulación, Tomo I*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 15 ss.

de maniobra por parte de los Estados para la elaboración de políticas económicas que se produce ya, necesariamente, en marcos transnacionales (59).

No cabe duda que la globalización ha afectado al papel de garantes de las Administraciones públicas (60).

Pero también la fuerte crisis económica que se vive a nivel global desde 2008 (61) ha llevado a que se hable de un nuevo Derecho público de la crisis económica, en la terminología utilizada por el profesor Embid Irujo (62).

La interrelación entre Derecho y Economía, y la incidencia del primero sobre los aspectos micro y macroeconómicos, ya se venía apreciando en los últimos años, en los que el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del Derecho (63).

Es decir, se creó un sistema donde la racionalidad ha de primar: los factores socio-económicos en conjunción con las necesidades que habrán de satisfacerse. El control de la actividad estatal (o su inactividad) habrá de juzgarse entonces también desde la misma perspectiva y con los mismos parámetros, lo que sin duda requiere de una mayor especialización y entendimiento del «negocio» por parte de quienes habrán de controlar la actividad o la posición estatal (previa, concomitante o posteriormente; administrativa o judicialmente). El desafío está en encontrar una tutela contra la decisiones de instancias internacionales que carecen de un mecanismo de control o que se difunde en la globalidad, similar a la tutela judicial que tienen los ciudadanos frente a sus Administraciones.

Por otro lado, dichos organismos (como GAFI, FMI, OMC, OMS, etc.) también contribuyen restringiendo la discrecionalidad de las autoridades administrativas, emitiendo directivas que, aunque no vinculantes, tienen una tremenda fuerza efectiva. También exigen que las respectivas autoridades administrativas restrinjan sus potestades discrecionales estableciendo parámetros más claros y objetivos sobre el ejercicio de sus atribuciones (64).

La aparición de sectores comerciales cuyo encuadre todavía no termina de cuajar en algún sector tradicional de regulación y que, a su vez comparte caracteres de

(59) Christine André, «The Welfare State and institutional compromises (From origins to contemporary crisis)», en *Regulatory Theory*, ed. Robert Boyer e Yves Saillard, New York, 2002.

(60) J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Globalización económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo», *RAP* núm. 164, 2004, pp. 7 a 40.

(61) Sobre la relación entre crisis económica y medidas adoptadas por las Administraciones en el sector de la contratación pública, puede verse GIMENO FELIÚ, J. M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estados Social y Democrático de Derecho*, enero 2010 y ORTEGA ÁLVAREZ, L., «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI* núm. 3 (2009), pp. 2 ss.

(62) EMBID IRUJO, «El derecho público de la crisis económica», ponencia presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, p. 118. Disponible en <http://www.aepda.es/EscaparateFamilia.aspx?id=71-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA.aspx>.

(63) TORRES LÓPEZ, *Análisis Económico del Derecho. Panorama doctrinal*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 9 ss.; PAZ ARES, «La Economía política como jurisprudencia racional», *Anuario de Derecho Civil* núm. 2, 1981, pp. 601-707; SANTOS PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al Análisis Económico del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1989; y MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*, CEC, Madrid, 1994.

(64) GONZÁLEZ MALDONADO, Marco Aurelio, tesis doctoral *La discrecionalidad administrativa en el derecho de la economía*, Universidad de Castilla-La Mancha, 2012.

varios sectores regulados; lo que crea la disyuntiva de tener que definir el ámbito competencial, la disputa o desapego que plantean las entidades públicas rectoras para enfrentar el problema y la necesidad de seguridad por parte de los agentes económicos para moverse tranquilos. El caso de Uber ha sido hartamente discutido y han sido creadas soluciones diferentes en los diferentes países, frente a otros países, como Paraguay, que no han emitido regulación alguna sin perjuicio de su plena operatividad.

Sin embargo, el negocio de los activos virtuales y el de otras *FinTech* que van surgiendo piden a gritos una definición y desnudan la falta de satisfacción de los tradicionales esquemas regulatorios. En algunos casos, siguiendo el modelo inglés, se crean bolsas regulatorias, algo así como campos de observación del comportamiento, y en otros se trata de encasillar en algún esquema vigente, lo que provoca asimetrías entre las empresas de un sector ya consolidado y otro en gestación.

La enseñanza que ello nos debe dejar, a mi juicio, es la necesidad de crear sinergias entre las instituciones públicas, hasta ahora acotadas a la creación de ventanillas únicas de tramitación y a reuniones periódicas donde se intercambian pareceres y estudios sectoriales, para ofrecer regulaciones concertadas entre dos o más reguladores (los afectados en su esfera competencial sobre la materia concreta). Por ejemplo, distribuir o delegar una supervisión del mercado concreto y facilitar un tratamiento tributario que dé tranquilidad a los operarios e inversores.

La búsqueda por estrategias que tiendan a acompañar el desarrollo de estos mercados es una necesidad proclamada en los diversos foros sobre la materia, al tiempo que exige una redefinición del Estado-regulador para comprenderlo como Estado-observador y guía en el desarrollo empresarial. Resulta que la mayor mano de obra se encuentra en manos de empresas que representan un porcentaje insignificante del producto interno bruto de los países; cuyo porcentaje significativo superior al 90%, se encuentra en manos de las grandes empresas, quienes, a su vez, poseen el menor número de empleo de mano de obra.

De ahí que se propugne por buscar estrategias que apunten a acompañar las iniciativas de pequeñas empresas, así como darles un entorno favorable para su desarrollo (65), en aras a reducir el riesgo de fracaso (66). Un ejemplo exitoso en la región constituye Uruguay (67), en cuanto a estrategias de inclusión financiera, sobre todo por cómo supo conjugar en su legislación un entorno atractivo para las pequeñas empresas y para los usuarios, creando facilidades e incentivos para las transacciones electrónicas (68). El patrón coercitivo no funciona para cambiar la

(65) Por supuesto, el crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas depende de muchos más factores, tales como: la facilidad para constituir empresas (materializado con la ley 6480/2020), la posibilidad de generar un mercado de créditos que tome como colateral los bienes con que estas cuentan, muebles (a cuyo efecto está en estudio el proyecto de ley de garantías mobiliarias), así como un espacio de incentivos y facilidades a los efectos fiscales, entre otros. Pero todos precisan de un proceso de aprendizaje que solo puede lograrse a través del acompañamiento a tales emprendimientos.

(66) THALER, Richard, *Portarse mal...*, op. cit., pp. 481-482.

(67) SANROMAN, Graciela y otros, *Inclusión financiera en el Uruguay. Análisis a través de índices sintéticos*, CEPAL, Serie Estudios y Perspectivas, 2016. Puede consultarse en: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/40632/S1600840_es.pdf.

(68) OCDE, *Estrategias nacionales de inclusión y educación financiera en América Latina y el Caribe: retos de implementación*, 2020. Puede consultarse en: <https://scioteca.caf.com/bitstream/>

realidad. Esta debe ser encarada con estrategias de educación, acompañamiento, de incentivos y de facilidades; en cuyo caso contrario se tenderá al fracaso.

Las *FinTech* son las pruebas más palpables de que el mercado siempre va por delante de la regulación. El mercado de los activos virtuales no llega a definirse si entran del ámbito de regulación financiera, del mercado de valores u otro atinente. De igual manera, las plataformas de financiamiento colectivo o *peer to peer* y otras parecidas incumben negocios que no se encuadran exclusiva o exactamente en el ámbito de una entidad reguladora.

Ello ocasiona que las empresas, dependiendo de las circunstancias de los diferentes países, no encuentran un regulador que las considere dentro de su ámbito competencial o que tiene varios probables reguladores porque el negocio tiene aristas de diferentes ámbitos reguladores. En estas circunstancias, en algunas ocasiones las empresas emprendedoras se benefician de la falta de impunidad y en otros casos reclaman una regulación, aunque sea mínima, para otorgar seguridad a sus clientes/mercado, ya sea porque estos exigen estándares de calidad o porque desde el espectro internacional se exige alguna formalidad y ello impide que las entidades financieras las admita como clientes (cualquiera puede advertir las limitaciones que provoca la imposibilidad de ser admitido por una entidad financiera, en el mercado transaccional).

Así aparecen las *FinTech*, que son conceptualizadas como «todas aquellas actividades que impliquen el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos para el diseño, oferta y prestación de productos y servicios financieros» (69). Sin embargo, dichas actividades pueden involucrar actividades que se encuadrarían en la operativa de la intermediación financiera, pero también entran en el concepto aquellas actividades que prestan servicios de soporte tecnológico a los operadores financieros regulados (70).

handle/123456789/1605/Estrategias-nacionales-de-inclusi%C3%B3n-y-educaci%C3%B3n-financiera-en-América-Latina-y-el-Caribe.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

(69) *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*, Asociación Española Fintech e Insurtech, España, 2017. Puede consultarse en: https://asociacionfintech.es/wp-content/uploads/2018/06/AEFI_LibroBlanco_02_10_2017.pdf.

(70) Es común reconocer que las *FinTech* incrementan la eficiencia financiera y puede mejorar el acceso al crédito, pero que se exigen esfuerzos para un adecuado monitoreo para, en su caso, ir dictando normas que protejan a los consumidores e inversores. Las operaciones *FinTech* que todavía no cuadrarían en una estricta conceptualización de intermediación crediticia (aunque no por ello deba de dejar de considerarse las vinculaciones y asimilaciones que puedan determinar un arbitraje regulatorio) se caracterizan por (i) poner en contacto a inversores y prestatarios, la relación se hace entre ambos (P2P), por lo que la plataforma es un agente y gestor del préstamo a cambio de comisiones, ya que no asume el riesgo de crédito ni de liquidez, (ii) es el inversor quien asume los riesgos, no el operador del sistema, (iii) no hay transformación de vencimientos porque la inversión y el préstamo tienen la misma duración, (iv) un inversor solo rescata su inversión si hay otro inversor que se haga cargo de la inversión, (v) la plataforma mantiene registros, cobra y distribuye los flujos y gestiona la recuperación de obligaciones incumplidas, (vi) muchas plataformas prestan servicios adicionales como el análisis de solvencia, generando una calificación crediticia a partir del comportamiento de los prestatarios en diferentes ámbitos, tomando datos de fuentes no tradicionales (como compras en internet, pagos móviles, algoritmos y técnicas de aprendizaje automático), (vii) lo que suele ser un motor para diversificar los riesgos, complementando al préstamo bancario. Ahora, el desarrollo y expansión de las *FinTech* dependen del crecimiento económico de cada país, dependiendo también del nivel de competencia en los mercados de crédito (cuanto menos competitivo sea un país, la tendencia es que allí se desarrolle más la financiación *FinTech*; y todavía representa un porcentaje muy pequeño de los flujos de crédito en la mayoría de los países, salvo en EE.UU., Reino

En respuestas, los *sandbox* (bolsas regulatorias) han surgido en el derecho anglosajón para dar respuestas a estos ámbitos emprendedores y, sobre todo, acompañamiento a los sectores que precisan de una guía y juzgamiento con ojos fraternales, no con el sesgo punitivo; ya que se trata de orientar a un sector que está intentando ofrecer mejores servicios a la ciudadanía, pero que todavía no tiene la infraestructura suficiente como para entender los cánones regulatorios pensados para empresas de porte diferente y con servicios direccionados a clientes diferentes.

La falta de supervisión puede (i) incrementar el apetito y el nivel de riesgo, (ii) aumentar las inversiones de alto riesgo, (iii) generar una insuficiente comprensión por parte de los consumidores y falta de transparencia informativa, (iv) acarrear impagos de los créditos, (v) ser susceptible de ciberataques, (vi) conllevar una escasa protección de las inversiones y los créditos, (vii) provocar un arbitraje regulatorio que se erija en un incentivo para que el sector tradicional realice actividades en terrenos no regulados para eludir normas de contabilidad y capital, por ejemplo.

De allí que las estrategias regulatorias deben obedecer a parámetros razonados, con base en realidades y con una finalidad bien definida. En algunos casos se deben determinar estrategias de obtención de información, primero, para luego ir dictando normas en la medida que se obtengan datos concretos del comportamiento del mercado respectivo y conocer la finalidad a la que se apunta. En otras ocasiones, se exigen acuerdos entre reguladores para unificar criterios, dar seguridad al mercado y ofrecer un panorama claro del marco de actuación, a modo de dar respuestas o tratamientos adecuados a los requerimientos del mismo. También en ciertas circunstancias se debe diseñar un esquema regulatorio tal que acompañe el desarrollo del mercado y sin espíritu sancionador, en el sentido clásico, sino con el rol de un buen padre de familia, perdonando y guiando para corregir errores y encaminarle a las personas hacia la informalidad; ofreciendo una estrategia de incentivos más que de normas coercitivas.

Es decir, el diseño regulatorio o estratégico debe obedecer a bases razonadas y a criterios fundados en elementos que creen las bases o los incentivos adecuados, en contra del común entendimiento de exigir sin aquellos incentivos o las condiciones que provean las bases para apuntalar una política pública concreta. Este es un desafío de entendimiento que debe entrar en la cabeza de toda autoridad que intente provocar un cambio de comportamiento o corregir un mal comportamiento. Aquí nos encontramos en presencia de un principio elemental que muchas veces no se ve traducido en la realidad por la falta de una visión o por falta de interés en procurar esfuerzos para hacer las cosas como corresponde.

Unido y China, donde presentan volúmenes interesantes y, por ende, un acompañamiento, monitoreo y moderada regulación estatal. Cfr. Stijn Claessens, Jon Frost, Grant Turner y Feng Zhu, «Mercados de financiación *fintech* en todo el mundo: tamaño, determinantes y cuestiones de política», *Informe Trimestral del BPI*, septiembre de 2018, puede consultarse en: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1809e_es.pdf.

CONCLUSIÓN

Aunque estas cuestiones implican, sin duda, un cambio de perspectiva en la configuración del Derecho administrativo, resulta paradójico que las herramientas para tratarlas, aunque impliquen un cambio de perspectiva, son los mismos principios fundadores de nuestra materia: los principios de proporcionalidad, de racionalidad, de objetividad. La razón suficiente en la motivación es la legitimadora de la decisión y para ello se precisa de un conocimiento adecuado de la materia objeto de estudio donde se quiere plantear o proponer una regulación normativa.

