

¿TODO DERECHO ADMINISTRATIVO ES LOCAL?

WALTER F. CARNOTA

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La visualización de un sector específico del Derecho al que le incumbe el estudio y análisis del fenómeno de la Administración Pública, se asocia ineludiblemente con la realidad del Estado-Nación, o Nación-Estado, que es la forma política por excelencia que se ha conocido desde los albores de la Modernidad. La unión entre monarquía y burguesía a fines de la Edad Media, ayudó a la configuración de entes que serán monopolizadores de la coacción en un marco territorial y poblacional determinado con un gobierno cierto, blandiendo un único ordenamiento jurídico. Esta reducción a la unidad invitó a la conformación, mucho tiempo después, del Derecho Administrativo como derecho común de la Administración Pública. Pero no de cualquier Administración Pública, por cierto, sino la de un Estado concreto dado.

Ello no significaría abandonar la posibilidad de la descentralización. Así, el Estado federal reúne en su seno a diversas unidades constitutivas, llámense Estados (Estados Unidos, Brasil), provincias (Canadá, Argentina), länder (Alemania), cantones (Suiza), que, dotadas de una especial capacidad autónoma (v. gr., darse sus propias instituciones), también van a tener sus propios ordenamientos administrativos, aunque carecieran de una Constitución sub-nacional (Canadá) o contasen con ella (Argentina, Estados Unidos, México, Alemania). Otro tanto puede decirse del peldaño municipal, también denominado en otras latitudes como *local government*: el municipio también va a dictarse sus propias reglas, entre ellas, sobre todo, las administrativas.

De allí que haya quedado en la literatura de Derecho Público, la afirmación de que “todo Derecho Administrativo es local”. Es decir, existe una íntima solidaridad entre la normativa administrativa y el ente estatal al que sirve. El Derecho Administrativo no será, como la Constitución racional-normativa de GARCÍA PELAYO, válida para todo tiempo y lugar. Por el contrario, estará “situado” en contornos espaciales muy precisos: el ámbito de validez espacial propio de las fronteras del Estado que lo alberga.

Empero, hoy en día cuesta pensar en cualquier Derecho que no tenga alguna vocación de internacionalidad, o de universalismo. La globalización, que es un fenómeno económico pero que también impacta en el terreno jurídico, obliga a replantearnos permanentemente esta cuestión¹. El Derecho Administrativo, localista por excelencia, no escapará a esta encrucijada. Cuán de verdad hay en la actualidad de la afirmación de que “todo Derecho Administrativo es local” forma parte de la preocupación medular de este trabajo.

II. UN REPLANTEO DE LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Clásicamente, el tema de las fuentes del Derecho Administrativo pasaba por un culto al Estado legal de Derecho, en especial al principio de legalidad objetiva, al cual la Administración Pública se sometía sin ambages. El Derecho actual varía el enfoque: se parte de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los de los interesados o administrados. El Estado legal de Derecho ha ido lentamente dando paso, evolutivamente, al Estado constitucional (y hasta convencional) de Derecho.

Ello no va a significar que la ley haya perdido su atractivo para el Derecho Administrativo. Nada que ver, puesto que la actividad administrativa sigue siendo sub-legal. Pero el ordenamiento jurídico se ha “constitucionalizado” en su conjunto. ¿Es el Derecho Administrativo “derecho constitucional concretizado” (FRITZ WERNER) o, en clave de mayor pragmatismo, es el Derecho Constitucional un “Derecho Administrativo abstraído”?

Como sea, hoy hay instituciones del Derecho Administrativo que hay que ir a buscar a la Constitución misma². La problemática de la delegación

¹ “Las tendencias económicas y sociales de la posmodernidad aportan una nueva lógica a los Estados y a sus Administraciones e invalidan los medios tradicionales de actuar de los poderes públicos”. V. JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, *Derecho Administrativo y Globalización*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 377. Se parte de la base del dato de la velocidad del tránsito de bienes, personas y comunicaciones: “Desde el palacio del Escorial, sede de los soberanos españoles, hasta el archipiélago de las Filipinas, que formaba parte de sus dominios, en el siglo XVI las comunicaciones tardaban dieciocho meses. La noticia de la derrota de las tropas de Napoleón III en México en 1867 exigió tres semanas hasta que llegó al emperador francés. Los acontecimientos del mundo se desarrollan hoy bajo los ojos de todos, como suele decirse, ‘en directo’”. V. SABINO CASSESE, *La globalización jurídica*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública y Marcial Pons, 2006, p. 13.

² Entendiendo a ella como un “*sistema de sistemas*”. “El análisis constitucional examina la interacción entre instituciones, que son arreglos de equilibrios que resultan de la interacción de sus miembros individuales. Siempre hay entonces en el horizonte dos niveles de agregación: de los individuos a las instituciones, y de las instituciones a un orden constitucional general”. V. ADRIAN VERMEULE, *The System of the Constitution*, Oxford University Press, New

legislativa, de la clasificación de los decretos, de las competencias de la Jefatura de Gabinete de Ministros o de los controles de la Administración, no se entenderían si no se comprenden las innovaciones introducidas por la revisión constitucional de 1994.

Pero, a la par que el orden jurídico se ha “constitucionalizado”, también se ha internacionalizado en su conjunto. Si antes razonablemente se podía saber derecho sin conocer en detalle al derecho internacional público, ello ya no es más de recibo. Hoy el intérprete, la comunidad forense, el aplicador judicial, y hasta por qué no la agencia administrativa, recurren a estándares internacionales, ya globales o universales, ya regionales.

No sólo vienen a cuento aquí los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a la luz del art. 75.22 de nuestra Constitución. También influye la cotización supra-legal de todos los demás tratados internacionales, y la misma jerarquía de los de integración en los términos del art. 75.24 CA.

En la reciente regulación de las medidas cautelares dispuesta por la ley 26.854, se excepcionó cuando estuviese en juego el “derecho a la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”. Más allá que el Pacto de San José de Costa Rica mentado habla en realidad del “derecho a la vida” –art. 4–, lo cierto del caso es que advertimos claramente un reenvío del legislador a una normativa (y a una interpretación oriunda de un Tribunal supranacional como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos) internacional que impacta en la regulación de un remedio del Contencioso Administrativo como son las medidas cautelares.

Si bien es un fenómeno no del todo estudiado en la ciencia del Derecho Administrativo, largo sería examinar la incidencia de la normativa existente en el derecho internacional de los derechos humanos en la materia administrativa. ¿Existe, por ejemplo, una obligación de la autoridad administrativa a aplicar los estándares propios del llamado “control de convencionalidad”? No nos olvidemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión recaída en el caso “Gelman”, pretende que sus decisorios no sólo obliguen a los jueces sino a “toda autoridad pública”³ y no sólo a los jueces del Poder Judicial, con lo cual se abre un fértil campo de investigación para el Derecho Administrativo *visto en clave iusfundamental*.

York, 2011, p. 3, quien hace aplicación de la teoría de los sistemas al ámbito del derecho constitucional.

³ V. WALTER F. CARNOTA y VICTORINO SOLA, “Control de Constitucionalidad”, en WALTER F. CARNOTA, *Teoría Constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 317.

III. UNA CRISIS MÁS DE LA LEGALIDAD FORMAL

Pero la ley no sólo se encuentra jaqueada por la mayor relevancia que adquieren los postulados constitucionales, de cara al llamado “canon neo-constitucionalista”. Los retos a la legalidad también son globales: terrorismo, narcotráfico, corrupción transnacional. Una ley doméstica se revela muchas veces impotente para estar a la altura de la resolución de semejantes conflictos.

Se ha hablado con acierto del “Estado intangible”. Por tal, se quiere significar zonas liberadas de la legalidad objetiva. Al parecer de VALADÉS, “mientras la Constitución provee de los instrumentos de control para tutelar la observancia de los [...] principios, no contiene ninguno que controle el funcionamiento del poder paralelo”⁴. Y la conclusión no se hace esperar: “El Estado se rige por normas jurídicas, y el Estado intangible por normas morales”⁵.

CASSESE indica –como desafío epistemológico– que “existe un conjunto entero de temas para la academia del Derecho Administrativo. Los estudios tradicionales del Derecho Administrativo han trabajado sobre la base de leyes, decisiones judiciales y prácticas institucionales. La nueva academia tiene una tarea mucho más difícil: ver las prácticas institucionales sin la guía de leyes y decisiones judiciales. Debe conducir trabajos de campo, con entrevistas y análisis de documentos oficiales y datos estadísticos, para estudiar estas áreas no reguladas”⁶.

IV. LOS INSUMOS NO TRADICIONALES: EL *SOFT LAW* ADMINISTRATIVO

Claro que el Derecho de nuestro tiempo exhibe y muestra una ductilidad⁷, muy distinta de los rígidos moldes que presentaba a lo largo del siglo XIX o en las primeras décadas del siglo XX⁸. Por el contrario, el derecho de fines del siglo anterior y del nuestro revela una especial plasticidad que por un lado

⁴ V. DIEGO VALADES, *El control del poder*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 105.

⁵ V. DIEGO VALADES, *El control...*, op. cit., p. 107.

⁶ V. SABINO VALADES, “New paths for Administrative Law: A Manifiesto”, en “International Journal of Constitutional Law”, volumen 10, número 1, julio de 2012, New York, p. 610, mencionando específicamente al área ambiental.

⁷ V. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil (Ley, Derechos, Justicia)*, Trotta, Madrid, 2005.

⁸ Es por eso que se prefiere la redacción de una constitución o la de un tratado internacional, que la de un código especializado. V. RISSO FERRAND, *¿Qué es una Constitución?*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2010, p. 28, siguiendo en este punto a Duncan Kennedy.

lo hace más flexible y maleable para situaciones excepcionales o novedosas⁹, lo cual le es muy útil al Derecho Administrativo, pero que a la par lo tornan herético y de muy compleja catalogación en una grilla conceptual más o menos clásica.

Ya no sólo la ley ha sido “destronada” por la potente idea de la fuerza normativa de la Constitución¹⁰, que pretende captar en su capacidad preceptiva “mejorada” y “aumentada” (*reloaded*) un montón de situaciones cotidianas. Ni tampoco todo es cambiado por el notable influjo del derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho Comunitario en la faena administrativa.

Ocurre que, muchas veces, hay hipótesis que se regulan mediante sugerencias o una suerte de *Derecho indicativo*, de índole más persuasivo que coactivo. Ciertos lineamientos de buenas prácticas o códigos de ética integran este “soft law” (derecho suave). Es que “el *soft law* desempeña un papel que garantiza una intervención mínima desde el poder público, ya sea depositando la confianza en los operadores del mercado para que ellos desarrollen mecanismos de autorregulación, o ejerciendo meras facultades de control sobre aquellos. El *soft law* está muy ligado, en estos ámbitos, al riesgo tecnológico y a sus consecuencias sobre la actuación de los poderes públicos. La irrupción de actividades con repercusiones desconocidas, o cuyo desempeño genera un grado elevado de peligrosidad, ha contribuido a que las Administraciones reguladoras deleguen la responsabilidad de establecer condiciones a quienes operan en estos sectores sensibles”¹¹.

En definitiva, “el contenido material se ve afectado por nuevos parámetros y estándares, recomendaciones, principios directores, códigos de conducta y de buenas prácticas, *guidelines*, estándares, con racionalidad técnica,

⁹ Ello se advierte, entre muchas otras manifestaciones, en el campo del Derecho Administrativo, a través de la profusa utilización de los “conceptos jurídicos indeterminados”. V. DAVID ORTEGA GUTIÉRREZ, *Los conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional española (Un avance doctrinal hacia su determinación a través de los elementos comunes de la casuística)*, Dykinson, Madrid, 2009.

¹⁰ V. CONRADO HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 77. Se impone así en Alemania y en España, inter alia, la idea de la “Constitución normativa” que, sobre todo, implica que ella sea norma eficaz. V. ÁNGEL GARRORENA MORALES, *Derecho Constitucional (Teoría de la Constitución y sistema de fuentes)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 71 y cc.

¹¹ V. DANIEL SARMIENTO, *El Soft Law Administrativo (Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración)*, Thomson Civitas, Navarra, 2008, p. 158.

que pueden condicionar la decisión del legislador interno y *hasta su propio sistema de fuentes*”¹².

V. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Desde hace más de cincuenta años, se viene presentando con fuerza en el escenario político mundial la idea de la integración regional, como mecanismo superador de viejas desavenencias (por ejemplo, las disputas entre Francia y Alemania en el contexto europeo)

Pero es precisamente esa integración regional la que provoca la existencia de organismos propios y específicos¹³, que tienen una regulación *across the board*, es decir, no local ni mucho menos.

Además, las estructuras administrativas de cada uno de los Estados integrantes del esquema de integración regional se van imitando entre sí, a veces por simpatía, otras veces generado por necesidades impuestas por el propio centro (v. gr., Bruselas). Se presenta de ese modo la difícil articulación entre las diversas Administraciones Públicas dentro un mismo proceso de integración.

De modo adicional, las normas primarias del propio proceso pueden contener normas atinentes al desempeño administrativo, que no sólo van a impactar en las instituciones comunitarias, sino también en las existentes en cada uno de los países involucrados en el esquema integrador.

¹² V. JUAN-CRUZ ALLI ARANGUREN, *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, p. 497. El subrayado nos pertenece.

¹³ Debe tenerse presente, en tal sentido, al art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en cuanto estipula que: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes”. Asimismo, hay que tener en cuenta a los “actos delegados” (art. 290, íd.) y a los actos de ejecución (art. 291, ídem), para hacernos una idea de la situación reinante en el Derecho Europeo. La misma ha sido calificada por la doctrina como de “confuso panorama”. V. ARACELI MANGAS MARTIN y DIEGO J. LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2012, Madrid, p. 367. Por lo demás, repárese que “es posible considerar fruto del ejercicio de competencias implícitas la adopción de actos comunitarios no tipificados por los Tratados y animados de variada fuerza ‘ad intra’, que la doctrina ha catalogado dentro de la categoría de actos atípicos: resoluciones, programas, declaraciones, etc”. V. CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO, *Derecho de la Unión Europea*, Reus, Madrid, 2011, p. 71. En el Derecho Administrativo, la dogmática no ha dejado de percatarse de actos administrativos de muy difícil encasillamiento. V. VICENTE ESCUIN PALOP, *El acto administrativo implícito*, Civitas, Madrid, 1999. También en el Derecho Europeo, emerge la problemática de la ejecución forzosa de decisiones del Consejo Europeo, de la Comisión Europea y del Banco Central Europeo. V. LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO, *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas y Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 156.

Estamos, en suma, ante “diversas formas de relación organizativa y procedimental de las administraciones nacionales y europea”¹⁴.

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO PARA LA GOBERNANZA MULTI-NIVEL

Los retos que enfrenta el Derecho Administrativo es servir para estructurar las Administraciones Públicas, ya sea la local, la provincial o estadual, la nacional y eventualmente las internacionales (regionales y globales). Se habla del paradigma de la “gobernanza”¹⁵.

Hoy el gobierno no se concentra tan nítidamente en las fronteras de un territorio, y debe necesariamente articularse con otros niveles de gestión. Intervienen múltiples actores, a veces hasta privados (v. gr., organizaciones no gubernamentales) que deben ser computados en el horizonte político-institucional.

Crear, en consecuencia, que el Derecho Administrativo se maneja con las mismas categorías que lo podía hacer cien años atrás es un craso error. Si los padres fundadores de los Estados Unidos y de la Argentina (JUAN BAUTISTA ALBERDI)¹⁶, detectaron el fenómeno administrativo también en el plano subnacional, el desafío de la hora actual es proyectarlo al terreno supra-nacional. Incluso, un tema de creciente interés científico –y de praxis política– es la inserción de entidades subnacionales en esquemas de integración continental. Cataluña o Escocia, por suministrar tan sólo dos ejemplos, desean interactuar directamente, sin la intermediación de España o del Reino Unido como “estados centrales”, en la esfera de la Unión Europea. Ni hablar de la crisis territorial –y política– belga.

La conceptualización de un Estado “puertas para adentro” es miope. Y tan corto de vista sería un Derecho Administrativo construido también para adentro. Ello no significa, ni mucho menos, bendecir todo lo que venga del “derecho externo”. Justamente, el Derecho Administrativo en clave de

¹⁴ V. FRANCISCO VELASCO CABALLERO y JENS-PETER SCHNEIDER (Coords.), *La Unión Administrativa Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 18.

¹⁵ De notable influencia en los estudios administrativos, junto con los enfoques institucionalistas. V. ELISABETTA GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma y Bari, 2008, p. 167.

¹⁶ V. WALTER F. CARNOTA, “¿Es Juan Bautista Alberdi el fundador del Derecho Administrativo argentino?”, en www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público bajo nuestra dirección, 15 de abril de 2013, DC1A3B, último ingreso 4/8/13. “Alberdi considera que la matriz que esbozara en Bases sobre fines y medios del gobierno nacional, debe replicarse –en sus respectivas esferas de competencia– en los gobiernos nacionales”.

gobernanza multi-nivel lo que procura es la mejor defensa del administrado *en el ámbito en que le toque actuar*¹⁷.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Debe concluirse en que la localía que otrora se le achacaba al Derecho Administrativo cada vez está más cuestionada y muchas veces deviene en una quimera. Vivimos en un mundo multipolar, con carencia de un “centro, un elemento central”¹⁸. La gobernanza es multi-nivel, y encima, esos peldaños son asimétricos y diferenciados. La densidad de poder es distinta en un nivel que en otro.

El fenómeno administrativo que hoy es objeto del Derecho Administrativo se asemeja, entonces, a un “blanco móvil”. Hay veces que involucra a sujetos concretos y específicos, pero otras veces que los destinatarios de la normación suscitan difusión y evanescencia, sin márgenes de actuación claros, ni controles diáfanos, ni responsabilidades indicadas expresamente.

Todo este panorama obliga a repensar los viejos moldes con los que se concebía el área temática del Derecho Administrativo hasta no hace tanto tiempo y que habían signado a los desarrollos de la dogmática.

¹⁷ Se ha hecho referencia a un *rule of law global*, que llega a sujetar a las administraciones públicas locales. V. SABINO CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma y Bari, 2006, p. 4.

¹⁸ V. SABINO CASSESE, *La globalización...*, op. cit., p. 19.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina