

# Derecho Administrativo del siglo XXI: un Derecho en formación

*Por Pablo Milani*

Abogado. Asesor letrado de la Municipalidad de General Pueyrredón, Mar del Plata, Profesor de Derecho Constitucional y Servicios Públicos en el Instituto Superior del Colegio de Gestores de la Pcia. de Buenos Aires delegación Mar del Plata.

*pmilani@ecolan.com*

## I. Introducción

**ENFOQUE:** Seguramente el tema que he elegido, a más de un iuspublicista lo "escandalice", parto de sólidas bases normativas e informativas que abonan ésta postura, tal como lo pasaré a desarrollar más adelante.

Muchos creen estar convencidos de que el derecho administrativo ha dejado de ser un *jus in fieri*, que cuenta con principios e instituciones *jus administrativas* consolidadas; y más aún que el derecho administrativo argentino, se ha desarrollado de una manera muy especial y diferente al resto de los ordenamientos. Dar por sentado que el derecho administrativo, en Argentina, ha llegado a su máximo esplendor, es un verdadero yerro.

A la luz de la reformada Constitucional Nacional en 1994, mediante la convención nacional constituyente, reunida en las ciudades de Santa Fe y Paraná, se ponen en funcionamiento el poder constituyente derivado; con la labor de la mencionada convención se amplía el ordenamiento jurídico interno, mediante la universalización de los derechos humanos, reconociendo y transfiriendo jurisdicción en organismos supranacionales, con motivo de ello, el impacto de la reforma de 1994 sobre el ordenamiento jurídico interno, ha causado la internacionalización del mismo, transformando principios e instituciones de linaje constitucional - administrativas.

## II. Desarrollo

En sus orígenes el derecho fue de carácter consuetudinario, apoyado en la costumbre, es decir no escrito.

Esta etapa ancestral fue transformándose en un derecho escrito, refinándose de acuerdo a la evolución de las necesidades de la vida en comunidad.

Aristóteles en su obra La Política, decía: " *Cuando se unen varios pueblos en una sola y completa comunidad, lo bastante numerosa para procurarse casi todo lo que requieren, se origina la ciudad, nacida a causa de las necesidades de la vida, subsistiendo debido al anhelo que sienten de vivir bien. Si las primitivas formas de sociedad son naturales lo es también la ciudad, por ser éste el fin que se proponen, pues la naturaleza de una cosa es su propio fin; llamando naturaleza a lo que es la cosa una vez desarrollada por completo. Además la causa final y objeto de una cosa es lo mejor y el bastarse a sí mismo es el fin y lo mejor. De ello se evidencia que la ciudad es creación de la naturaleza y que el hombre es animal sociable por naturaleza. El que por naturaleza y no debido a mero accidente no pertenezca a ciudad alguna, o es un mal hombre o superior a la humanidad.* "

Es evidente que el hombre, desde antiguo, se congregó en comunidad para satisfacer sus necesidades, para preservar su integridad. En particular el derecho administrativo, no ha sido ajeno al origen y desarrollo de la vida comunitaria, existiendo desde que el hombre se congregó en comunidad, tal como lo expresaba el estagirista. Siendo la terminología y elaboración de reglas técnicas de un tiempo más cercano y sumamente reciente, en especial como lo anticipara a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994. Esta ha impactado dentro del ordenamiento local de tal manera, que ha fijado el punto de partida del proceso de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino, principalmente a través de los artículos 75 incs. 22, 23 y 24, y que se complementa con los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El fenómeno de la internacionalización, no parece haber sido racional, por ejemplo en torno a la suscripción de los llamados tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones estuvieron desprovistos de toda evaluación previa de cómo imputarían en nuestro sistema jurídico; los efectos y las consecuencias de éste nuevo orden, se están ya haciendo sentir, sobre las mismas no voy a referirme en razón de que excedería el cuadro del presente informe, pero si quiero dejar en claro que se observaran paulatinamente mediante la elaboración doctrinaria de los autores y de los precedentes emanados de órganos con competencia jurisdiccional tanto dentro del orden interno como supranacional.

La internacionalización del sistema jurídico argentino, comprende tres áreas, claramente delimitadas: Integración, Derechos Humanos e Inversiones. Ha sido nota caracterizante la cesión de una porción de los poderes constituidos, es decir desplazando o delegando competencias y jurisdicción argentina en organismos internacionales, por ejemplo dentro del Mercado Común del Sur - MECOSUR - , en la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y en el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI -

A partir de lo expuesto, nos encontramos actualmente con que el ordenamiento jurídico argentino se va a ir reconstruyendo y redefiniendo de arriba hacia abajo, a modo de ejemplo la validez y vigencia del orden públi-

co fundado en la Convención Americana de Derechos Humanos, no encuentra límite constitucional alguno en el ordenamiento interno, es más tiene la misma jerarquía que la Constitución Nacional y la complementa, la amplía, de ello se deriva que los precedentes jurisdiccionales de órganos supranacionales fundados en los tratados internacionales, son de aplicación obligatoria dentro del ordenamiento jurídico local, prueba de ello, son los casos más resonantes y mencionados por la doctrina especializada " Cantos ", " Palacios ", entre otros.

La constitución argentina se ha ampliado de manera indefinida, en virtud de lo establecido por el Art. 75 incs 22 a 24 y la totalidad de tratados y convenciones de rango constitucional y supralegal; siendo las materias allí reguladas indisponibles para el legislador, perdiendo en consecuencia parte de su competencia.

Sentadas estas cuestiones, y a los fines de demostrar, en éste comentario de porque estamos frente a un derecho administrativo en formación, son precisamente por la incorporación de nuevos principios jurídicos y reglas técnicas de elaboración supranacional y que por aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales conforme al sistema de pautas concretas y directas de orden hermenéutico establecidos por la Convención de Viena en los arts. 27 y 46 gravitan dentro de nuestro ordenamiento, retroalimentándolo.

Dentro del MERCOSUR, los laudos arbitrales, las normas del Consejo del Mercado Común han elaborado normas y principios de aplicación directa dentro del ordenamiento local en cada país parte, llamadas " fuentes ciegas ". Asimismo la fuerza expansiva de los laudos arbitrales también impacta directamente sobre la legislación de cada país miembro, por ejemplo se ha elaborado la doctrina relativa al Principio de Moralidad cualquier habitante puede invocarla, siendo un nuevo principio del procedimiento administrativo, que implica un proceder de la administración dentro de los cánones de la lealtad y buena fe, debiendo la administración proceder con respecto a los administrados con sinceridad y llaneza.

En materia de Integración, se han establecido los siguientes Principios de:

- proporcionalidad es decir la compatibilidad entre el libre comercio y las normas internas de comercialización de productos,
- limitación de la reserva de soberanía conduce a evitar acciones arbitrarias que violenten los principios de la libre circulación,
- previsibilidad comercial impone la certeza y seguridad jurídica para las actividades comerciales de los Estados Miembros, y por otro parte la
- teoría del acto propio o estoppel significa tener en cuenta al momento de aplicarla, asegurar la subsistencia de un flujo comercial preexistente a normativas internas que pretenden restringir o frustrar ese flujo.

### Otros Principios:

- la prohibición de la utilización de la excepción de incumplimiento, tiende a preservar las relaciones jurídicas dentro de un marco de justicia y equidad,

- obligatoriedad es decir que el derecho producido por los órganos comunitarios sea incorporado inmediatamente al orden interno de cada Estado Miembro.

El Art. 8 de la Convención Americana ha consagrado en materia de la garantía de defensa, el

- principio de igualdad de armas, se parte del supuesto de que toda la construcción del proceso debe estar en todas sus etapas y actos equilibrado entre las partes, una u otras partes no deben tener mejores prerrogativas que las otras, de aquí se ha llegado a elaborar otro principio de gravitación sobre el procedimiento administrativo, que es la

- suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo, esto significa que la interposición del recurso incoado por el administrado a modo de principio suspende la ejecutoriedad del acto administrativo.

### III. Conclusión:

En líneas generales, so pena de incurrir en algunas mezquindades, he dejado planteados los aspectos más relevantes en que fundo mi tesis.

Lo innegable y más importante de todo lo expresado, es que la Corte Nacional ha dejado de ser el último interprete de la Constitución Nacional, abriéndose una instancia última de hermenéutica supranacional, a través de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Sobre la base de los arts. 75 incs. 22, 23 y 24 y los tratados que integran la Constitución Federal, se ha dado lugar a una transformación que gravita de manera general en todo el ordenamiento jurídico, y de manera particular dentro del derecho administrativo, gravitando dentro del sistema de fuentes normativas e informativas, respecto de normas derivadas de la constitución, en la aplicación del derecho y precedentes por parte de tribunales nacionales o internacionales y en todo el sistema de interpretación; ello entonces exige compatibilizar a todo el sistema jurídico argentino, en particular al derecho administrativo con los tratados internacionales, con la producción de derecho y precedentes de creación u origen supranacional; en definitiva es armonizar el plexo normativo local con los principios normativos del plexo normativo supranacional.

El transcurso del tiempo se encargará de realizar los ajustes necesarios a los "nuevos principios jurídicos"

a que deberá adaptarse éste nuevo derecho administrativo argentino en formación.