

INNOVACIÓN Y REFORMA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO,
JAVIER BARNÉS (ED.), GLOBAL LAW PRESS,
2012, SEVILLA (ESPAÑA), P. 611

Por JUAN GUSTAVO CORVALÁN*

I. LOS AUTORES

El libro que me toca reseñar es una compilación de ensayos¹ de los principales expositores extranjeros del derecho administrativo actual, me refiero a los profesores alemanes: Eberhard Schmit Aßmann, Andreas Voßkuhle y Rainer Pitschas y a los profesores españoles, Javier BARNÉS y Luciano PAREJO.

II. LA OBRA

La que presento es la segunda edición de la obra la —que en palabras de su editor— no es sólo una edición revisada y actualizada de la primera edición, sino una obra totalmente renovada en la que se ofrece al lector una nueva perspectiva de algunos elementos claves del derecho administrativo.

El libro pretende erigirse como una “propuesta de reforma científica del derecho administrativo”². Concretamente, del Derecho Administrativo alemán.

Ese objetivo se encuentra cumplido con creces pues la obra invita a repensar todo el derecho administrativo —el que desde antaño es pensado como una forma de defensa o protección del Poder del Estado— en clave de protección de los derechos humanos e incluso, la propuesta puede extenderse más allá del territorio germano. Así, no es extraño leer que el derecho administrativo “*es derecho constitucional concretizado*”.

* Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de grado y posgrado (UBA). Presidente DPI (Derecho para Innovar).

¹ Utilizo la palabra “ensayo” pues por ésta entiendo a aquellos trabajos en los que un investigador expone en forma fundada sus ideas sobre un tema en particular así como su opinión sobre las causas que lo originan y presenta los resultados de una investigación personal, entregando sus conclusiones al final con el objetivo de que otros investigadores continúen realizando estudios sobre el tema.

² BARNÉS, *Nota introductoria*, p. 14.

Aclarado, lo anterior salta a la vista el objetivo principal de la obra, esto es, dar respuesta al interrogante de cómo conciliar la eficacia propia del derecho administrativo sin menoscabo a los principios derivados del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

De allí que el eje central de la obra sea su capítulo primero en el que el Profesor SCHMIDT ASSMANN se encarga de delinear las líneas fundamentales de la investigación sobre las posibilidades de reforma e innovación del derecho administrativo alemán que los otros autores se encargan de profundizar.

En este contexto, el primer capítulo fundamenta la necesidad de reforma en el derecho administrativo y propone que el derecho administrativo debe ser flexible y abierto a la innovación para no obstaculizar las reformas que la sociedad demanda. Asimismo, hace hincapié en que la necesidad del cambio parte de la convicción de que todos los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.

Por ello, pone de manifiesto la insuficiencia de la concepción tradicional del derecho administrativo con relación al paradigma de protección del ciudadano, en lo que describe SCHMIT ASSMANN como una “tríada de ideas y presunciones” la que consiste en la unicidad o la unitariedad de la Administración, la formalización de sus acciones y la aplicación del derecho entendida como mera ejecución³. Claramente, esos conceptos no son entendidos en clave de protección de la persona, sino parten de una Administración entendida como un mero ejecutor de la ley, casi un autómatas. Ese análisis, a su turno, da lugar a los tres planteamientos importantes para la reforma del derecho administrativo: (i) el postulado de la ciencia de la dirección; (ii) la constitucionalización y (iii) los ámbitos de referencia.

El primero de los postulados básicamente se refiere a que la ciencia jurídica debe preocuparse por su efectividad real, no pudiendo quedarse en la construcción dogmática de cada una de las instituciones, categorías o reglas⁴ o la ciencia del derecho administrativo tiene que ser concebida como una ciencia de dirección, esto, es como una ciencia que aspira a dirigir con eficacia los procesos sociales⁵. Esto implicaría, en criterio de SCHMIDT ASSMANN, una innovación con relación al criterio tradicional y por ello, requiere de una nueva visión del sistema dogmático y del método para su reconstrucción⁶.

El Profesor alemán, se encarga de detallar que esa tarea requiere una serie de instrumentos que no se agotan en los medios característicos del ejercicio de autoridad o en los que son propios de la ejecución forzosa para la aplicación imperativa de las leyes y de allí que una visión moderna requiera incluir todas

³ SCHMIDT ASSMANN, *La necesidad de reforma en el Derecho Administrativo*, p. 36, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

⁴ Ídem, p. 43.

⁵ Íbidem, p. 44.

⁶ Íbidem, p. 36.

las modalidades del Derecho, desde los programas legales de carácter material hasta los instrumentos financieros, de organización y procedimiento.

El segundo de los postulados implica que el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado⁷. No obstante, parece simple esta idea o intuitiva, su implementación constituye lo que SCHMIDT ASSMANN denomina “un método complejo” que no puede confundirse con una suerte de deducción mecánica de conocimiento desde la Constitución.

Sostiene, concretamente, que la legislación administrativa ha de interpretarse a la “luz” de las garantías constitucionales; y en paralelo, pero en sentido contrario, las genéricas previsiones constitucionales (como las que se revieren, por ejemplo, a los derechos fundamentales) adquieren mayor claridad y contenido mediante la legalidad ordinaria⁸. En la visión del autor, además, existen dos grandes decisiones estructurales que toma la Constitución y tienen influencia en el derecho administrativo sirviendo de directrices (esto es de guías para la interpretación del derecho administrativo): la cláusula del Estado de Derecho, el principio democrático.

Finalmente, en cuanto a la selección adecuada de los ámbitos de referencia nos señala que en la actualidad el derecho administrativo debe enfocarse en aquellos sectores en que se pone de manifiesto la responsabilidad del Estado como en la economía, la seguridad social o el mantenimiento de las condiciones de vida natural (medio ambiente).

La tercer parte de este capítulo se aboca al estudio de lo que se denomina el “nuevo derecho administrativo”. Así, nos ilustra que estos cambios de perspectiva sobre el derecho administrativo deben tener como correlato un cambio en la forma de control judicial de la Administración. Éste impactaría de lleno en el margen de autonomía y apreciación que posee la Administración Pública ha de ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control que no deben agotarse en el control judicial, sino, por el contrario, que debe integrarse por todos los medios dispuestos por la constitución de manera integral. Ello, con fundamento en que “responsabilidad y control” son los elementos fundamentales del orden constitucional democrático⁹.

En tal sentido propone que la teoría de los controles debe ser concebida, pues, con mayor amplitud, para insertar en su seno el análisis económico y de eficiencia de la acción administrativa, el control financiero y presupuestario, el control del público —del conjunto de ciudadanos— mediante la participación, el Control de la Comisión Europea sobre las Administraciones Nacionales, etc¹⁰. Destaca, además, que lo trascendente es que se alcance en términos globales de un *nivel de control suficiente* del conjunto y no tanto, de un control,

⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁸ *Ibidem*, p. 54.

⁹ *Ibidem*, p. 89.

¹⁰ *Ibidem*, p. 91.

aisladamente considerado. En definitiva, se trata de dar paso a una multiforme variedad de controles administrativos.

Ese enfoque, a la vez, se complementa con una nueva perspectiva de la acción administrativa puesto que, en definitiva, se trata de conceptualizar al derecho administrativo como un derecho que se ocupa preferentemente de la acción administrativa. En palabras textuales del autor: “*Si admitimos que el Derecho administrativo tiene una doble misión que cumplir —la de disciplinar o racionalizar la acción administrativa, de un lado y de otro, la de garantizar la efectividad de esa acción— hemos de convenir entonces en la necesidad de estudiar la actividad de la Administración en sí misma, en su dimensión y hechura jurídica*”¹¹. Además, destaca la necesidad de una búsqueda de estrategias de regulación de la acción administrativa de intervención, prestacional, de dirección y de planificación.

En definitiva, esta tercer parte se dedica al “regreso del Estado” donde los ámbitos de responsabilidad y las estrategias de regulación constituyen el terreno idóneo para reflejar en el seno de la ciencia del derecho administrativo, los cambios en la relación de fuerzas entre Estado y sociedad, Administración y mercado. Y constituiría lo que denomina un “derecho administrativo de garantía”.

Las anteriores líneas argumentales son —a criterio de quien realiza esta reseña y como ya adelantara con anterioridad— los ejes centrales de la obra sobre la que luego, el resto de los autores se encargan de profundizar en cada una de las investigaciones que forman parte de la presente.

En tal sentido, el trabajo de VOSSKUHLE, profundiza con exhaustividad y elocuencia las implicancias del concepto de “dirección” y la denominada “teoría de la dirección”. A la vez que reformula la noción de efectos y eficacia administrativa desde un punto de vista interdisciplinario y he aquí su novedad. En tal sentido, el autor sostiene que la teoría de la dirección, como el análisis científico de la realidad y el estudio de los efectos presuponen la disposición a tomar en cuenta de los conocimientos científicos que provienen de otras disciplinas, más allá del derecho, pero que deben integrarse a las reflexiones jurídicas¹².

Finalmente, el Prof. PITSCHAS se encarga de desarrollar las implicancias del derecho a la información en el marco de las nuevas tecnologías y el gobierno electrónico, partiendo de una base concreta: el derecho de la información como un derivado de la Constitución, en particular, dado el derecho de los sujetos a la protección de sus datos.

Asimismo, advierte al lector que este derecho administrativo de la información se presenta como parte del sistema parcial de garantía y de la dirección

¹¹ Ibidem, p. 92.

¹² VOSSKUHLE, *Sobre el método del derecho administrativo*, p. 171, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

del libre tráfico de datos en la actual sociedad de la información¹³ que se delinea en el marco de un derecho a la autodeterminación informativa el que ha sido configurado, en sus líneas esenciales, por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán.

Finalmente, los Profesores Barnés y Parejo se refieren a la situación del derecho administrativo en España.

BARNÉS nos ilustra sobre ciertos ámbitos de regulación y cómo en ellos intervienen múltiples sujetos públicos y privados que se encuentran vinculado por diversas fuentes: i) de colaboración entre el Derecho Público y el Privado; ii) de procedimiento administrativo; iii) lo que conlleva, la necesidad de nuevos medios. Asimismo, nos relata que estas tres partes tienen una historia común — en palabras del propio autor— pues evidencian; la emergencia de otras modalidades de regulación, complementarias y alternativas a las clásicas que legara el Estado Liberal y a cuya sombra nació el derecho administrativo¹⁴.

Pero, además, remarca que al derecho administrativo le interesan y mucho las organizaciones privadas, así como los procedimientos que de éstas se siguen. Y le importan cuando estos privados brindan en régimen de colaboración actividades de carácter regulatorias o servicios de interés general y que por la responsabilidad que asumen es de esperar que incorporen pautas, principios o garantías análogas o equivalentes a los que se practican en el derecho público¹⁵.

Finalmente, PAREJO nos propone analizar el panorama del Derecho Administrativo Español y el cambio del derecho administrativo con la ruptura del edificio dogmático-jurídico del siglo pasado. Además, analiza los cambios en el derecho administrativo en tres sistemas jurídicos relevantes: Reino Unido, Francia y Alemania. Y propugna el modelo alemán como un modelo a seguir para la reforma del Derecho Administrativo en España para la dirección y programación de la actuación administrativa.

III. LA VALORACIÓN DE LA OBRA

En las líneas anteriores sólo pretendo dar algunos lineamientos muy generales para invitar al lector a (¡justamente!) leer la obra que reseño. Por ello, me he enfocado en señalar algunos criterios “provocadores” que proponen los autores que invitan a la reflexión jurídico-dogmática en torno a su pensamiento y a su posible aplicación en nuestro propio ámbito jurídico.

¹³ PITSCHAS, *Derecho administrativo de la información. La administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del Gobierno Electrónico y de la Web 2.0*, p. 198, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

¹⁴ BARNÉS, *Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación*, p. 257, en BARNÉS (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*.

¹⁵ Ídem, p. 306.

Ello, porque entiendo que el libro constituye un aporte importantísimo en pos de conectar el Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional y en particular, con una forma de gobierno de específica: la democracia. Gráficamente, podríamos decir —sin temor a equivocarnos— que “tiende un puente” para el acercamiento del derecho administrativo con la teoría de los derechos fundamentales.

Pecando de reiterativo debo insistir en la siguiente idea: más allá de que se trate de una obra que básicamente se encarga de contarnos la situación del derecho administrativo alemán y en menor medida, español, las ideas que se desarrollan en ella, resultan aplicables a nuestro ámbito jurídico desde que adoptamos la misma forma de gobierno y sobre todo, la misma convicción acerca de que el fin de la Administración es concretizar a través de la acción administrativa los derechos humanos.

En suma, el libro que aquí se presenta resulta valioso no sólo por mostrarnos aquello que sucede en otros ámbitos jurídicos sino porque nos señala un cambio a transitar específico para entender de una buena vez que el derecho administrativo no debe servir a la defensa del Poder del Estado, sino, antes bien a la defensa y protección de la persona frente a ese Poder.