
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

 **Editora Fórum**

ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 46	p. 1-230	out./dez. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Deborah Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

La constitución doliente. Un derecho constitucional-administrativo para los tiempos de la crisis*

Antonello Tarzia

Profesor Titular de Derecho Público Comparado en la Universidad LUM Jean Monnet de Casamassima (Bari). Doctor en Derecho Público (Universidad de Pavia). Laurea summa cum laude en Economía delle Amministrazioni Pubbliche e delle Istituzioni Internazionali (Università Commerciale Luigi Bocconi de Milan). Profesor Titular de Derecho Público Comparado, Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Italiano, Europeo y Comparado en la Universidad LUM Jean Monnet. Fue profesor contratado de Derecho Público Económico (2006-2011) y Derecho Público (2008-2011) en la Universidad Bocconi de Milan. Fue profesor contratado de Derecho Público Comparado de la Economía en el doctorado en Diritto Internazionale dell'Economia en la Universidad Bocconi (2007-2009) y de Derecho de la Regulación y de la Competencia en el master en Economía e Gestione delle Imprese di Pubblica Utilità en la Universidad Bocconi (2006-2007). Professor visitante de Direito Público da Economia na Integração Europeia no mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia en la UniBrasil de Curitiba, Brasil (2008). Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de la Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Jefe de redacción de la Revista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Vicepresidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas. Miembro del Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Miembro del Conselho Consultivo de A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Miembro de la Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Miembro del Instituto Paranaense de Direito Administrativo.

Resumo: Este estudo visa a investigar a problemática relativa aos impactos da globalização no âmbito do Direito Administrativo e suas relações com o Direito Constitucional. Tratando do tema da lex mercatoria, o artigo traz reflexões sobre as influências recíprocas entre os ordenamentos jurídico-administrativos nacionais e supranacionais, destacando as consequências de tais fenômenos em matéria constitucional.

Palavras-chave: Globalização. Direito Administrativo. Direito Constitucional. Lex mercatoria.

Sumário: 1 Premisa: ¿La globalización como paradigma? – 2 Derecho administrativo y lex mercatoria – 3 Constitución, globalización y pluralismo sostenible

1 Premisa: ¿La globalización como paradigma?

En su último ensayo, Amartya Sen¹ sostiene sin reserva que la promoción de los derechos humanos es un proceso continuo e interactivo que en el mundo de la tecnología de la información debe ser fomentado por el debate público y la sensibilización acerca del fundamento ético de una teoría de los derechos humanos.

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Globalização, direitos fundamentais e contratos administrativos", a las 18h30 del día 23.02.2011, en la Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

¹ SEN, A. The Idea of Justice. London: Penguins Books, 2010. Edición italiana: SEN, A. L'idea di giustizia. Milano: Mondadori, 2010, p. 391.

Estamos persuadidos que esta postura promete alcanzar una estimación primordial en el mundo globalizado. Debido a lo anterior, antes de cualquier argumentación y de todo razonamiento acerca del impacto de la globalización sobre los sistemas constitucionales y administrativos, nos parece indispensable reflexionar acerca del fenómeno a la búsqueda de sus significados.

En efecto, el fenómeno de la globalización a menudo es objeto de trivialización, y se considera como un dato objetivo que no necesita ahondamiento con relación a sus significaciones sino solo a sus manifestaciones, con varios lugares comunes acerca de la velocidad de circulación del capital y de una soberanía próxima a la muerte. Ahora bien, no cabe duda que «la globalización está inextricablemente ligada a los mecanismos de circulación global del capital» y que su característica más importante es la dificultad en controlar las finanzas globales.² De acuerdo con este enfoque, los mercados financieros ya no están delimitados territorialmente y esto parece desmoronar paulatinamente el edificio de la soberanía, en paralelo con la aniquilación de todas distancias espaciales y temporales. Por consiguiente, gran parte de la doctrina valora las manifestaciones jurídicas, culturales, sociales y tecnológicas de la globalización como elementos secundarios y derivados de un capitalismo electrónico y desterritorializado carente de alternativas; en estas circunstancias, algunos han diagnosticado y certificado³ la muerte del Estado como fórmula de organización del poder político.

Evidentemente no estamos en absoluto de acuerdo con este planteamiento, que estimamos como una falsedad ideológica, a menudo ni siquiera alegada, incongruente con los datos empíricos que señalan un crecimiento constante del número de Estados a lo largo de los siglos XX y XXI.

Otro ajuste teórico,⁴ con el cual coincidimos, ha señalado como la migración de personas en todo el mundo ha originado no tan sólo el nacimiento de enclaves, sino también el surgimiento de ramas étnicas globales («Global ethnoscapes»), de nuevas identidades minoritarias globalizadas, diferentes de las del País de origen y hasta ahora desconocidas.

² APPADURAI, A. (ed.). *Globalization*. Durham: Duke U.P., 2001, p. 4.

³ Ex multis, MILWARD, A. S. *The European Rescue of the Nation State*. London: Routledge, 1992; sobre el tema ver también MANN, M. *Nation-states in Europe and Other Continents: Diversifying, Developing, not Dying*, 122 *Daedalus* 115 [1993].

⁴ APPADURAI, A. *Global Ethnoscapes: Notes and Queries for a Transnational Anthropology*. In: Fox, R. (ed.). *Interventions: Anthropologies of the Present*. Santa Fe: School of American Research, 1991, p. 191-210.

Sin embargo, procede preguntarnos, con carácter preliminar, si la globalización constituye un paradigma en el sentido dado por Thomas Kuhn, como metanarrativo de un cambio histórico que nos indica un recorrido unívoco e irreversible. El problema entonces va mas allá de una evolución “interna” del capitalismo.

La respuesta al dilema es tan fundamental en cuanto se considere que otros paradigmas predominantes en las ciencias sociales a lo largo de los años sesenta y setenta del siglo XX, como la modernización, el marxismo, la escuela de los annales, la política identitaria, se detuvieron en los ochenta/noventa y hoy en día son supuestamente⁵ anacrónicos en la perspectiva de la historia cultural.⁶

De manera similar, en un enfoque de teoría general del derecho, por cierto lo actual no encuentra completo acomodo en el dimensión de la estatalidad, ni tampoco del positivismo jurídico; utilizando la terminología kuhniana, entonces, cabe preguntarnos si se haya determinado un cambio (¿revolucionario?) cabal de las estructuras conceptuales de análisis del derecho, de la soberanía y del Estado, por un lado; del individuo y sus derechos, por otro lado.

Estamos convencidos de que la respuesta a todos los dilemas anteriores debe ser negativa, ya que la globalización como fenómeno no nos indica un destino claro e irreversible, ni tampoco tiene una dimensión ética idónea a dirigir el desarrollo de nuevas categorías jurídicas destinadas a permanecer por siglos. Por el contrario, entendemos que el discurso jurídico no pueda prescindir de la dimensión social de la persona y de lo cultural como fundamento del significado.

A este último respecto, el verdadero problema es que nos enfrentamos con una realidad de lo que es “social” bastante diferente de las concepciones que hemos heredado de la Ilustración.⁷ En aquel tiempo, la sociedad como dimensión del vivir, intermedia entre el individuo y su familia y el Estado, implicaba el concepto de Estado-Nación fundamentado en el mito de la ley y de la codificación como manifestaciones de su voluntad soberana. A partir de entonces, la legitimación del Estado

⁵ Ver HUNT, L. *La storia culturale nell'età globale*. Pisa: Edizioni ETS, 2010, p. 11 y ss.

⁶ Cabe puntualizar que la historia cultural intenta realizar un metanarrativo, una interpretación del camino histórico, bajo determinados paradigmas entendidos como: 1) una jerarquía de elementos que determinan el significado; 2) una agenda de la investigación. Ver Hunt, L. *La storia culturale*, Ob. cit., p. 11-12.

⁷ Al respecto, K. Baker señala que «la Ilustración inventó la sociedad como representación simbólica de la existencia humana», de conformidad con la definición de “social” dada por la *Encyclopédie de Diderot y D’Alambert*. BAKER, K. *Enlightenment and the Institution of Society: Notes for a conceptual history*. In: KAVIRAJ, S.; KHILNANI, S. (eds.). *Civil society: History and Possibilities*. Cambridge: Cambridge U.P., 2001, p. 84-85.

habría sido condicionada por la garantía constitucional de los derechos humanos, que según Emile Durkheim se convirtieron en verdadera religión civil. Estado, ley y territorio se volvieron a involucrar enteramente a la sociedad.⁸

Hoy en día, por cierto la globalización determina la ruptura del monopolio y del control estatal sobre la creación del derecho que no es nada más geométrico, lógico y dotado de rigidez sistémica. Sin embargo, las finanzas globales necesitan de flexibilidad contractual y de una justicia más rápida y eficaz respecto a la estatal. Supuestamente, ha nacido un nuevo derecho privado desterritorializado creado por sujetos privados cuyo principal propósito es recobrar su supremacía sobre otras ramas del Derecho y cuyo principal planteamiento no es la validez, si bien la efectividad de las normas,⁹ hasta el punto que la ley y los derechos pierden su significado normativo y quedan sometidos a un cálculo coste/beneficio que implica su desvaloración ética y cuasi una comercialización como bienes privados.¹⁰

Tal nueva *lex mercatoria*¹¹ suscita al constitucional-comparatista varios interrogantes sobre: 1) su compatibilidad con la garantía de los derechos fundamentales de la persona y con las exigencias de tutela medioambiental, es decir con los pilares del Estado constitucional; y 2) la oportunidad de continuar a pensar en el derecho administrativo como al derecho constitucional concretizado, según la nota formula de Fritz Werner;¹² 3) la compatibilidad entre culturas y tradiciones jurídicas heterogéneas.¹³

En cuanto al primer problema, cabe señalar que si por un lado se han ido multiplicando las Cartas o Declaraciones internacionales de derechos humanos y las cláusulas constitucionales internas que incorporan tales instrumentos, tal vez en el bloque de constitucionalidad, por otro lado, no cabe duda que la desigualdad social y económica entre varias partes del Planeta se ha alargado de manera éticamente inadmisibile.

⁸ Al respecto, ver. GROSSI, P. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica. In: Il Foro italiano, 2002, fasc. 5, pt. 5, p. 151 y ss.; FERRAJOLI, L. Per un costituzionalismo di diritto privato. In: Rivista critica del diritto privato, 2004, p. 11 y ss.

⁹ GROSSI, P. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica, Ob. cit.

¹⁰ Ver sobre el punto, HEYLDEBRAND, W. From Globalization of Law to Law under Globalization. In: NELKEN, D.; FEEST, J. (Ed.). Adapting Legal Cultures. Oxford: Hart Publishing, 2001, p. 131.

¹¹ Cfr. GALGANO, F. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001.

¹² WERNER, F. Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht. In: Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, S. 527 bis 533.

¹³ Bajo tal perspectiva, es fundamental la obra de GLENN, H. P. *Legal Traditions of the World. Sustainable diversity in Law*. Oxford: Oxford U.P., 2000.

En cuanto al segundo interrogante, me propongo demostrar que la fórmula de Fritz Werner puede continuar a ser considerada válida, aunque con unas adaptaciones y siempre que los constitucionalistas adviertan la necesidad de reflexionar sobre el tema de la globalización dejando de lado los varios lugares comunes que la acompañan.

Con respecto a la tercera cuestión, globalización no es aniquilación, ni tampoco nada más colonización, sino más bien interdependencia, que opera también en el ámbito jurídico entre sistemas cuyo camino histórico ha sido ab *immemorabili* separado y que ahora encuentra varias encrucijadas, en sentido no solo horizontal sino también vertical, y no solo desde el supranacional hacia el estatal, sino también al revés.

2 Derecho administrativo y *lex mercatoria*

Pocos asuntos son tal falsos como la idea de la abdicación del derecho administrativo a la nueva *lex mercatoria*.

a) Primer asunto: es inventada la desaparición de normas de derecho público. En Europa, a pesar de que el proceso de integración comunitaria se ha acompañado con el nacimiento de un verdadero derecho administrativo comunitario, los sistemas administrativos nacionales han sufrido profundas transformaciones inducidas por normas europeas, que han impulsado mutaciones en las estructuras, en los procedimientos y en el derecho administrativo sustancial.

En materia de servicios públicos, por ejemplo, está vigente una normativa que ha sido objeto de una estrecha y al mismo tiempo creativa interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, demasiado limitativa en cuanto a la posibilidad de remplazar la licitación pública con la libertad contractual de la Administración. Por el contrario, son propiamente la preservación de la competencia en el mercado y la ineludible necesidad de cumplir con varias obligaciones a realizar intereses públicos a exigir normas de derecho público.

Verbigracia, en sectores fuertemente liberalizados como el de telecomunicaciones, en Europa existe una red de Administraciones independientes con atribuciones muy penetrantes en cuanto a la regulación, también asimétrica, de los mercados: nada menos la misma Administración está autorizada para determinar el contenido de los contratos de acceso a la red del ex monopolista si este último se negó a negociar con sus competidores o no lo hizo de buena fe. En este sector, evidentemente, se denuncia el riesgo de una hiper-regulación.

b) Segundo asunto: se ha desarrollado una regulación administrativa supranacional que impacta sobre la nacional y contemporáneamente está condicionada por ésta.¹⁴ En 2006, el Panel de la Organización Mundial del Comercio sancionó a Italia por causa de un decreto del Gobierno del año 2000 que limitaba la posibilidad de comercializar maíz modificado genéticamente, así violando las normas del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias que habilitan a la Administración a limitar la circulación de un producto alimentario únicamente si la medida en cuestión es estrechamente y racionalmente consiguiente a una valoración del riesgo que el producto conlleva a la salud. Durante la fase instructoria el Instituto Italiano de Sanidad había aclarado que los OGM en cuestión no conllevaban riesgos para la salud humana o animal; por tanto, el Panel del OMC ha considerado ilegítima la medida administrativa por los mismos motivos que condujeron al juez administrativo italiano a idéntica solución: la incongruencia de la resolución administrativa con las evidencias de la fase instructoria. Cabalmente, lo que en Italia llamamos “principio di ragionevolezza”.

Frecuentemente, mucha regulación, comúnmente denominada soft law, surge de sistemas regulatorios supranacionales de los cuales varios poderes estatales son integrantes y que funcionan típicamente según aquel interest representation model¹⁵ que incorpora el principio de la participación de los sujetos interesados y afectados por la regulación. Al contrario, en el caso mencionado del maíz modificado genéticamente un principio jurídico se difunde desde arriba del nivel supranacional, no obstante su formulación original es el fundamento de la edificación de los sistemas administrativos nacionales.

c) Tercer asunto: el derecho administrativo nacional puede implicar consecuencias extraterritoriales. Casos como lo de las limitaciones a la comercialización de los OGM apenas ilustrado, tienen impacto extraterritorial en cuanto condicionan a los poderes económicos en sus decisiones de inversión.

El dilema real, entonces, se plantea sobre como pasar de una global administrative regulation a unas formas de derecho administrativo global, de

¹⁴ Cfr. sobre el tema CASSESE, S. Il diritto amministrativo globale: una introduzione. In: Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2, 2005, p. 331 y ss.; BATTINI, S. Le due anime del diritto amministrativo globale. In: AA.VV., Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese. Milano: Giuffrè, 2010, 1 y ss.

¹⁵ Cfr. sobre el tema TARZIA, A. Il principio europeo di continuità dei contratti come (primo) argine alle politiche di prezzo in contesti di structural regulation. In: Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2005, p. 387 y ss.

suerte que a la mencionada intensa actividad de regulación se acompañen formas de tutela para los sujetos a quienes tal soft law está destinada. A tal respecto, es una condición preliminar la plena toma de conciencia de la transformación en la relación histórica y lógica entre Estado, derecho administrativo y sociedad.

El derecho administrativo moderno nació como instrumento del Estado-Nación para englobar y disciplinar sociedades muchas veces homogéneas, y garantizar los derechos y las libertades proclamadas en los tiempos de las Revoluciones.¹⁶

Hoy en día el derecho administrativo va mudando esencialmente siguiendo un itinerario inverso: la nueva regulación global se va formando en gran parte para disciplinar fenómenos muy particulares y bajo impulso de porciones de sociedad, como banqueros, pescadores, agricultores, ecologistas, etc., cuyas instancias generan principios y estándares globales que a su vez impactan a los sistemas administrativos nacionales. Hasta cierto punto, podríamos decir que la sociedad se está tomando revancha en contra el poder estatal. De tal suerte, todavía, el derecho administrativo sufre una cierta flexibilización y muchos institutos de garantías se muestran anacrónicos o inexistentes. Por eso, opinamos que la crisis de los últimos años no se vio causada por una total falta de normas; al revés es nuestra opinión que faltaron buenas reglas, congruentes con la aludida transformación de la relación entre Estado y sociedad, tradicionalmente atendida por un derecho administrativo "nacional". Por otra parte, "la crisis de la soberanía" como causa de la crisis financiera es solo una pantalla de humo para disimular las responsabilidades de los Gobiernos nacionales.¹⁷

¿Cuál es entonces la solución? Por cierto no es la nueva *lex mercatoria* y la abdicación del derecho público. Nuestra propuesta no es tan original para que se puedan escribir volúmenes con títulos oscuros y enigmáticos, y alguien podrá considerarla como el huevo de Colón. La convicción que nos anima es que el constitucionalista deba asumir sus responsabilidades con resguardo a la globalización, puesto que únicamente el derecho constitucional puede manejar las aludidas transformaciones en la relación entre Estado y sociedad (aclarado que el mercado no es *locus naturalis*) y

¹⁶ En tal sentido, TORCHIA, L. Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa. In: AA.VV. Il diritto amministrativo oltre i confini, cit., 45 y ss., esp. p. 50.

¹⁷ En tal sentido, LUCIANI, M. Costituzione, integrazione europea, globalizzazione. In: *Questione giustizia*, n. 6, 2008, 65 y ss, esp. p. 70.

restablecer condiciones esenciales de razonabilidad sistémica funcionando como “pestillo” en tal constante e inexorable pasaje desde el nivel nacional-local hacia el supranacional-global y viceversa.

3 Constitución, globalización y pluralismo sostenible

En el enfoque que nos orienta, no cabe duda que la Constitución, a partir de 1787, ha sido considerada como la máxima manifestación del proceso de creación de una comunidad política, significando soberanía desde entonces. Ahora bien, es claro que los fenómenos que hemos ilustrado han erosionado un poco la soberanía estatal ya que las fronteras geográficas y económicas se van hundiendo. En cambio, vale destacar que en otras ocasiones los Estados han accedido a limitaciones voluntarias de soberanía como en el caso de la Unión Económica y Monetaria Europea (UEM), que manifiestamente se fundamenta en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros.

En estas circunstancias, el constitucionalismo ha sido el baluarte en oposición a las lesiones de los derechos de la persona en contra al poder público de matriz estatal; mejor dicho,¹⁸ ha desplegado su fuerza y eficacia para disciplinar y englobar el primer capitalismo y el primer liberalismo por un lado, para cumplir con los fines de interés general por el otro. La falta de un “constitucionalismo supra o extra-estatal” al tiempo del capitalismo electrónico se pone como problema crucial ya que la desterritorialización no impide y no puede enfrentar con la tutela medioambiental o la escasez de medicamentos esenciales para millones de personas.

La verdad es que la desigualdad se ha alargado. Por lo tanto es un deber para el constitucionalista no ceder a la tentación de escrutar los efectos de la globalización como economista diletante.

En Europa, dos asuntos entre otros de gran transcendencia constitucional nos ocupan al momento: la problemática del constitucionalismo multinivel y la cuestión del pluralismo sostenible, ambas íntimamente imbricadas con la globalización.

En cuanto al constitucionalismo multinivel, en los últimos años en Italia se ha confiado en él cuasi acríticamente; sin embargo, se ha convertido cuasi en una moda exaltar sus virtudes. Todavía, la idea de que, confiando en la obra creativa de los jueces, los derechos humanos puedan quedar desenganchados de una consagración constitucional y encontrar tutela

¹⁸ Como en las conjeturas de Johann Fichte o Max Weber.

suficiente sólo por su multiplicación y positivización en Declaraciones y Cartas internacionales resulta encantadora pero muchas veces engañosa. A continuación damos dos ejemplos:

1. Por largo tiempo el derecho administrativo italiano ha legitimado un instituto de dudosa constitucionalidad llamado "accesión invertida". La pública administración podía iniciar un procedimiento de expropiación de un terreno por causa de utilidad pública y comenzar la edificación de una obra pública sin luego concluir el procedimiento en las formas legales: de toda manera, la obra pública atraía en su órbita el terreno de suerte que en virtud de la autoridad del poder público la regla general en materia de adquisición de la propiedad quedaba aplicada al revés. Por años la Corte constitucional italiana no ha querido tratar el tema, argumentando que nuestro art. 134 Constitucional no la habilita a sindicarse sobre principios jurisprudenciales avalados por la Corte de casación. En varias ocasiones el Tribunal europeo de derechos humanos condenó a Italia por violar principios fundamentales de la Convención europea de los derechos humanos como los de seguridad jurídica, de garantía del derecho de propiedad, de justa indemnización. Finalmente, en 2007 la Corte constitucional italiana ha declarado inconstitucional este monstruo jurídico. El principio establecido es de importancia primordial; cabe todavía señalar que en virtud del "método de la interpretación conforme a la jurisprudencia supranacional", el juez constitucional está vinculado a lo que decide el juez de Estrasburgo, que a su vez no está vinculado a las normas constitucionales domésticas. Y se pueden entender los riesgos de tal limitación de soberanía con el próximo ejemplo.
2. El Tribunal de la Unión Europea, en una sentencia de 2007 conocida como caso Viking,¹⁹ ha considerado que la huelga es legítima solo si «es adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario para lograrlo». Esta posición asumida por el Tribunal europeo choca claramente con el derecho de huelga como derecho constitucionalmente garantizado y con cuasi todas las jurisprudencias constitucionales europeas

¹⁹ Tribunal de Justicia (Gran Sala), sentencia de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, Ou Viking Line Eesti*.

que lo consideran un derecho fundamental; al revés, el Tribunal europeo lo ha considerado subordinado a la libertad de establecimiento y a la libre competencia entre las empresas.

Concluyendo sobre el punto, la temática del diálogo fecundo entre jueces nacionales, europeos y supranacionales hoy en día es una moda que pero impone al constitucionalista evitar asumir una postura acrítica y a los Legislativos nacionales enfrentar a la globalización con sentido de responsabilidad. Exactamente lo que actualmente falta al Parlamento italiano: la semana pasada entró en vigor una ley que detalla que tipología de coches pueden portar los conductores noveles; en cambio, se quedan muertos desde muchos años proyectos de ley que envuelven cuestiones fundamentales, como por ejemplo en materia de bioética, y se tramitan leyes como la en materia de reproducción asistida que al final resultan inconstitucionales.

Otra cuestión que me llega al corazón es la del pluralismo sostenible.

Carácter de la forma de Estado liberal-democrática es el intento constante de encontrar un equilibrio entre libertad e igualdad del cual procede la efectiva garantía de los derechos fundamentales. Ahora bien, una cosa es hablar de los derechos fundamentales en cuanto consagrados en Declaraciones de los derechos, Cartas internacionales, etc., otra cosa es tratarlos como reconocidos y protegidos en las Constituciones, que como tal disciplinan la organización de los poderes públicos: es claro que los derechos se colocan en una posición de interdependencia mutua con los poderes públicos creados y regulados por las Constituciones.²⁰

De lo anterior se desprende que la sustancia real de la relación entre igualdad y libertad no puede ignorar la forma de Estado determinada en Constitución. En estas circunstancias, estoy totalmente en desacuerdo con aquellos que hablan de “muerte del Estado” (cuya crisis la vaticinó Hegel ya en 1802).

Un enfoque reciente al tema de la libertad considera la necesidad de coordinar el reconocimiento los derechos comunes a todos ciudadanos (llamados derechos generales) con las diferentes posiciones jurídicas en relación con el carácter multicultural y/o multilingüe de las sociedades: en tales sociedades multiétnicas los derechos universales de la persona deben lograr un equilibrio con los derechos a la identidad cultural de los grupos étnicos. Se propone a tal respecto el nuevo concepto de “diversidad

²⁰ PACE, A. Eguaglianza e libertà. In: *Politica del diritto*, v. 32, fasc. 2, 2001, p. 159.

sostenible” (o, equivalentemente, “pluralismo sostenible”), a saber, la búsqueda de un equilibrio entre la garantía del pluralismo y la protección de la unidad y unicidad del orden constitucional.

En las diferentes experiencias nacionales, el equilibrio entre los derechos individuales y los derechos comunitarios tiene características más o menos pronunciadas de inestabilidad, que se han descrito como choque de civilizaciones o Jihad vs McWorld. Basta pensar en los así llamados Asian values y en la Declaración de Bangkok de 1993, que niegan la universalidad de los derechos fundamentales desarrollados en la cultura jurídica occidental.

Esto explica la falta de percepción del carácter de “universalidad” de catálogos de los derechos elaborados por estudiosos occidentales dirigidos a identificar derechos básicos indispensables como los a la vida, a la personalidad, a la participación en el ejercicio del poder público, etc.

Lo anterior nos induce a considerar inadecuado seguir en el sendero de la divergencia entre un derecho constitucional por principios y un derecho (administrativo) de la regulación (de los mercados). Al revés, los dos se espesan y se juntan cuando entran en juego temas como la estructura del Estado y la ciudadanía parcial.

a) La Estructura del Estado. El pluralismo cultural implica la concesión de un derecho a la diversidad en la esfera pública, ya que en las democracias multiétnicas históricamente se le ha dado más a la esfera privada o en instituciones sociales como la familia: hoy en día, por ejemplo, afectan ambas esferas cuestiones como la admisibilidad del velo islámico en las instituciones públicas o los privilegios culturales reconocidos a los hispano-americanos en la frontera sur de los EEUU. De igual modo, muy intrincado es el problema del reconocimiento de las naciones minoritarias (como concepto distinto del de “minorías nacionales”) que afecta claramente a la forma de Estado en Países como España, Canadá, Bélgica, Reino Unido, dando lugar a estructuras más o menos federales y definitivamente asimétricas.²¹

b) La ciudadanía parcial. El pluralismo cultural está interrelacionado también con el problema de la “ciudadanía parcial” al que

²¹ Sobre el tema, cfr. REQUEJO, F. Federalisme, Descentralizació i pluralisme nacional. Teoria política i anàlisi comparada. In: Revista d'estudis autonòmics i federals, n. 4, 2007, p. 35 y ss., y HÄBERLE, P. Aspectos constitucionales de la identidad cultural. In: Derechos y libertades, n. 14, 2006, p. 89 y ss.

enfrentamos porque no todos los derechos se garantizan a los particulares legalmente residentes (refugiados, trabajadores estacionales, etc.) en el País de acogida. Y aquí la única solución es una reviviscencia de doctrinas jusnaturalistas que refieran la ciudadanía a la naturaleza humana y a la dignidad del hombre en cuanto verdadero principio primordial del Estado constitucional. En esta perspectiva, asumen gran importancia cláusulas constitucionales o de derecho internacional como por ejemplo las que hablan de: patrimonio cultural europeo común (art. 128, aps. 1 y 2, del Tratado UE), identidad nacional (artículo 46 de la Constitución Española y Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea); identidades minoritarias (art. 25, ap. 1, de la Constitución de Brandeburgo). Las cláusulas mencionadas expresan una idea de la Constitución, además que como ley fundamental, como «expresión de la etapa del desarrollo cultural de un pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas».²²

Según cuanto se ha mencionado anteriormente, este tipo de cláusulas constitucionales ocasiona muchas dificultades en la tentativa de ponderación de valores y principios constitucionales. Considerando que después de la Segunda Guerra Mundial ha tenido lugar una irresistible expansión e incorporación constitucional de derechos de tercera y cuarta generación, un papel muy delicado está encomendado a los jueces constitucionales. Volvemos así al problema del diálogo entre órganos jurisdiccionales.

Aquí surge por lo tanto la responsabilidad de todos (Legislativos, Doctrina, Tribunales) en garantizar la primacía de los derechos fundamentales, evitando que el derecho a la diversidad cultural, por ejemplo, se quede subordinado a la lógica del mercado.

Es preciso notar, al fin y al cabo, que una solución concreta al problema del derecho de las mujeres de religión musulmana de llevar el velo en las instituciones públicas, o la garantía de las minorías lingüísticas a preservar su lengua materna a través de su estudio en las instituciones educativas, pasa por un renovado derecho administrativo.

Qué duda cabe que el derecho administrativo debe continuar a ser la concretización de un derecho constitucional todavía en evolución.

²² HÄBERLE, P. Aspectos constitucionales de la identidad cultural, Op. cit., p. 95.

The Mourning Constitution. An Constitutional-Administrative Law to Crisis Time

Abstract: This paper aims to investigate the issue regarding the impacts of globalization in the context of Administrative Law and its relations with the Constitutional Law. Considering the issue of lex mercatoria, the article presents reflections on reciprocal influences between juridical-administrative systems in national and supranational orders, highlighting the consequences of such phenomena in constitutional matters.

Key words: Globalization. Administrative Law. Constitutional Law. Lex mercatoria.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TARZIA, Antonello. La constitución doliente: un derecho constitucional-administrativo para los tiempos de la crisis. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 43-55, out./dez. 2011.

Recebido em: 15.02.11
Aprovado em: 15.12.11