

# Presentación

ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ

El Derecho Administrativo ha sido considerado tradicionalmente como un producto de la historia de cada país, condición que le habría permitido conservar hasta una época reciente un carácter estrictamente nacional. Esta característica no excluía sin embargo el recurso a la transposición de instituciones administrativas de ciertos países a otros (CASSESE, 1989: 879). La labor clásica de comparación se inscribía así en un marco nacional que incluía los préstamos de instituciones de otros sistemas, pero que los situaba en el universo de sistemas cerrados, poco permeables. Estas estrategias nacionales de imitación o de préstamo, circunscritas a la observación de fenómenos de importación y de exportación, se inscribían para los primeros administrativistas comparatistas en un contexto de competencia entre Estados que se extendía, entre otros medios, a la competencia entre sus derechos públicos (RIVERO, s.f.: 203). Es el contexto mismo de este tipo de análisis que parece haber perdido vigencia: si los derechos nacionales subsisten, éstos son puestos en paralelo por actores que les son más o menos independientes y que pueden incluso perseguir sus propios intereses en un sistema globalizado que se ha vuelto altamente permeable<sup>1</sup>. El argumento comparatista puede encontrar una coyuntura favorable en la internacionalización, en cuanto se perfila como un elemento clave para la comprensión de los estándares fijados por estos actores globales, usualmente de compleja especificidad técnica, y con independencia de los reparos que legítimamente pueden formularse a propósito de su uso estratégico por los mismos.

Las contribuciones que integran el n.º 8 de la *Revista Digital de Derecho Administrativo* revelan el nuevo impulso que, desde el punto de vista del análisis del derecho positivo, ha venido adquiriendo el argumento comparado. Es con la mirada puesta en otros sistemas que aparecen una serie de cuestionamientos acerca de si existe un retraso en la adaptación de las formas y métodos nacionales de la acción pública al tratamiento de los problemas públicos contemporáneos. Las diversas temáticas aquí desarrolladas se presentan en efecto como aristas de aquello que la doctrina asimila a un movimiento de adaptación del Derecho Administrativo a las realidades supranacionales, a la globalización y a la técnica de la regulación económica.

Un primer aporte realizado por FERNANDO ARIAS GARCÍA parte precisamente de los cambios económicos de la década de los años noventa, para

1 v. a manera de ejemplo, L. BURGORGUE-LARSEN, nota sobre CE (2004: 723).

mostrar como la libre competencia se convirtió en un elemento característico del nuevo modelo de economía social de mercado que impuso una reforma al régimen de los servicios públicos, apuntando a una categoría especial: los servicios públicos domiciliarios. Esta nueva concepción del servicio público restringiría la participación de la jurisdicción contencioso administrativa solo a los supuestos en los cuales la actividad contractual de prestación de servicios públicos domiciliarios hace necesaria la intervención del Derecho Administrativo. En virtud de la ausencia de unicidad jurídica en su régimen, el autor intenta determinar quién es el juez competente frente a los conflictos contractuales de los operadores de servicios públicos domiciliarios, ahora que las disposiciones del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (CPA y CA) parecen limitar el criterio orgánico reconocido por la jurisprudencia administrativa. ¿Apuntan estos cambios a la coexistencia misma de dos ordenes jurisdiccionales distintos, "en la que todos los litigios que interesan a la administración son llevados frente a la misma jurisdicción"? (DRAGO, 1990: 582). Si en el campo del derecho público, son los juristas de la *Common Law* quienes afirman sentirse infiltrados constantemente por el derecho continental (AUBY, 2004: repères nº4), no es posible desconocer la permeabilización que manifiesta nuestro Derecho Administrativo frente a soluciones originadas en el mundo anglosajón. A partir de un análisis de los pronunciamientos recientes de la Corte constitucional en los que se declaran exequibles las disposiciones que le otorgan fuerza vinculante a las sentencias del Consejo de Estado, JUAN ISRAEL CASALLAS ROMERO busca demostrar que en un sistema jurídico como el nuestro, así como ocurre en los países de la *Common Law*, los jueces son verdaderos creadores de Derecho; de tal suerte que encuentra en el respeto al precedente judicial que expresamente introduce la Ley 1437 de 2011 (CPA y CA) un elemento esencial para garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia de los colombianos. La referencia frecuente a la permeabilización de derechos entre las tradiciones jurídicas romano-germánica y de la *Common Law* no sabría sin embargo excluir aquella, menos evidente, que puede apreciarse al interior de una misma familia jurídica. Es precisamente gracias al referente italiano que ENRIQUE GIL BOTERO plantea interesantes cuestionamientos en materia de responsabilidad extracontractual a propósito del uso de categorías dogmáticas, tradicionalmente tomadas del caso francés para justificar daños materiales otros que el daño moral; a la vez que propone la indemnización en el derecho colombiano de bienes jurídicos concretos. Adhiriéndose a una tendencia internacional, defiende concretamente la sustitución en nuestro sistema de la categoría del daño a la vida en relación por una indemnización del derecho a la salud, conforme a la definición integral que de éste ha realizado la Organización Mundial de la Salud (OMS). Encontramos aquí de hecho una ilustración de la convergencia entre los derechos extranjeros y los ordenes supranacionales, movimiento al cual no se resiste nuestro Derecho Administrativo.

Un segundo bloque de contribuciones permite en efecto observar como los modos de influencia de los sistemas supranacionales sobre el derecho administrativo pueden ser variados. El argumento de Derecho comparado, que tradicionalmente entendemos como la puesta en correspondencia de órdenes jurídicos diferentes, parece asimismo jugar un rol cada vez mayor en la elaboración de las normas regionales e internacionales, al tiempo que los derechos nacionales aparecen como receptores de los derechos supranacionales. Para ilustrar esta interacción, esta penetración recíproca que resulta de la puesta en marcha del método comparatista, DIANA ZULUAGA VARÓN recuerda el atraso que existe en la adaptación de las formas de la acción pública nacional a través del estudio del interés jurídico que puede constituir el paisaje. Valiéndose de un conjunto cuidadosamente tratado de normas comunitarias e internacionales –fuente de inspiración sin duda de expresiones nacionales–, la autora intenta convencernos del valor que el paisaje, más allá de una primaria connotación estética, puede tener como recurso que aporta calidad de vida y contribuye al desarrollo sostenible y económico de un Estado. La extensión del campo material de esta influencia bilateral, en la que se pueden incluso desarrollar fenómenos de hibridación o de mestizaje normativo (BELL, 1998: 147), hace que sea hoy en día posible encontrar ejemplos en casi todas las áreas cubiertas por el derecho administrativo. En el tema de contratos públicos, y a pesar de que la Comunidad europea no dispone de competencias directas en la materia, ésta ha adoptado desde la década de los setenta una importante reglamentación tendiente a facilitar la realización del mercado interno. Si la reseña que JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ nos presenta a propósito de la obra *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* de la profesora española SILVIA DÍEZ SASTRE, consiste en un estudio de las garantías establecidas a favor de los interesados y oferentes en la selección de contratistas tanto en el Derecho español, como en el Derecho alemán, dicho análisis no podía ser explicado sin un referente obligatorio al “condicionamiento jurídico que han dado las normas supranacionales en Europa frente a distintas materias de los Derechos nacionales”. No es sorprendente entonces que la reseña dedique un aparte a la injerencia que la libre competencia económica, bastión del orden comunitario, tiene en la etapa precontractual de la administración pública, antes de verificar el alcance que la tutela restitutoria podría efectivamente tener en las etapas previa y posterior a la celebración del contrato cuando se ha dado una indebida adjudicación. La presentación de la obra intenta alertar sobre los posibles avances en derecho colombiano, al tiempo que nos recuerda las especificidades propias de nuestro derecho administrativo de los contratos.

Si los estudios comparativos deben permitir un mejor conocimiento de los modelos extranjeros, ellos también deben procurar un juicio acerca de los elementos de resistencia a los cambios al interior de un orden jurídico nacional. Los sistemas político-administrativos son de hecho marcados por su propia concepción y evolución, lo cual los hace irreductibles a cualquier otro (MÉNY,

1993: 33). ¿Cuál es entonces el rol que los comparatistas pueden jugar? La labor comparatista debe aportar su contribución preguntándose sobre las tradiciones jurídicas nacionales como límite a las reformas del derecho. A riesgo de parecer exageradamente abrupto, en el estado actual de cosas el recurso al argumento comparado por los actores globales debe ser reparado con un cuidado extremo. En principio estas informaciones emanan de instituciones que carecen de legitimidad democrática y en cuyos procedimientos de toma de decisión no se involucra al público general. Además, bajo una apariencia científica, se hacen circular informaciones ajustadas tendientes a forzar las decisiones públicas<sup>2</sup>. Si bien que estos actores pueden obedecer a intereses propios. Como lo señala BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON (2005: 188): "la comparación no está lejos de volverse norma: de la comparación emanará la regla de derecho". Si no es posible que nuestros derechos administrativos nacionales vivan en la actualidad de manera independiente, esto no quiere decir que se hayan inscrito en un proceso de homogenización. Tradicionalmente un ejercicio intelectual y teórico, el Derecho Comparado obedece hoy día a sus propias apuestas. En esta coyuntura, la seriedad con la que se acuda a la tarea comparatista determinará el lugar que ella ocupará mañana en la competición de nuestros derechos. El presente número se encamina en esta dirección. En la presente edición se inaugura además un espacio denominado *Actualidad nacional* para que los estudiantes vinculados a nuestros programas de posgrado y de pregrado tengan un espacio de participación, característica representativa de nuestro grupo de investigación en Derecho Administrativo. Un ejercicio de comparación es así propuesto por MANUELA CANAL, estudiante de cuarto año de Derecho, con el fin de indagar sobre la recientemente fallida reforma a la justicia desde la obra del constitucionalista americano MARK TUSHNET, al tiempo que los estudiantes de la Maestría en Derecho Administrativo valoran el alcance del nuevo estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) a la luz de las recomendaciones realizadas por las convenciones internacionales de lucha anticorrupción, cuyas principales conclusiones aquí se presentan. El nuevo número de la *Revista Digital de Derecho Administrativo* nos invita de este modo a diferentes debates sobre las formas y los métodos de las acciones públicas nacionales en los que todas las voces merecen ser escuchadas.

¡Una provechosa y amena lectura!

## BIBLIOGRAFÍA

AUBY, JEAN-BERNARD (2004). "Quand la common law perd du terrain devant le droit continental", en *DA*, abril 2004, repères n.º 4.

2 v. por ejemplo FRÉDÉRIC ROUVILLOIS (2005).

BELL, JOHN (1998). "Mechanism for cross-fertilisation of Administrative Law in Europe", en *New Directions in European Public Law*. Oxford: Ed. J. Beaston and T. Tridimas, Hart Publishing.

BURGORGUE-LARSEN, L. (2005). "Nota sobre CE", en *AJDA*, 3 nov. 2004.

CASSESE, SABINO (1989). "L'étude du droit comparé en Italie", en *RIDC*, n°4.

DRAGO, ROLAND (1990). "Actualité du principe de séparation en France et dans les États de la C.E.E.", en *AJDA*.

FAUVARQUE-COSSON, BÉNÉDICTE (2005). "Comment appréhender la diversité en droit", en *Le devenir du droit comparé en France*. PUAM.

MÉNY, Y. (1993). "La greffe et le rejet", en *Les politiques du mimétisme institutionnel*. Paris: L'Harmattan.

RIVERO, JEAN (s.f.). "Droit administratif français et droits administratifs étrangers", *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*.

ROUVILLOIS, FRÉDÉRIC (2005). *Le modèle juridique français: un obstacle au développement économique?* Dalloz.