

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

"Nada más peligroso que los fenómenos de préstamo al derecho extranjero por el derecho público". Esta advertencia de Ferdinand LARNAUDE no parece tener en nuestros días el carácter disuasivo que pudo haber tenido al ser pronunciada en 1902^[2] y, en la actualidad, por el contrario, son múltiples los ejemplos de préstamos a sistemas extranjeros por parte de los derechos administrativos nacionales³. Pero si las dudas acerca del recurso al argumento comparado en derecho administrativo parecieran estar hoy disipadas⁴, la necesidad de teorización y de un enfoque crítico del método comparatista es reafirmada por el contexto de globalización del derecho⁵. En este escenario, el rol de la comparación deja de ser puramente teórico, y aparece como una herramienta indis-

1 Doctor en Derecho Público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas, París, Francia. Docente investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co Para citar el artículo: ZÁRATE, A. "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 3-7. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n17.01>

2 FERDINAND LARNAUDE, "Droit comparé et droit public", *RD publ.* t. xvii, 1902, p. 5.

3 Por medio de vectores nacionales como reformas legislativas, la jurisprudencia o la doctrina. Estas imitaciones tampoco se circunscriben a una misma familia jurídica. Es posible citar en derecho colombiano la reforma a la estructura de la administración pública del orden nacional que introduce las denominadas "agencias nacionales", denominación sin contenido con la que, más que implementar una categoría jurídica, se busca acomodar las estructuras nacionales a la jerga de moda en el mundo jurídico (Ley 1444 de 2011 y decretos ley concordantes); o la Ley 1508 de 2012, por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas.

4 A propósito de la aceptación del argumento comparado en el derecho administrativo francés, vid. FABRICE MELLERAY, "Les trois âges du droit administratif comparé ou comment l'argument de droit comparé a changé de sens en droit administratif français", *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles: Bruylant, FABRICE MELLERAY (ed.), 2007, p. 22. Menos disputado ha sido su rol en la construcción del derecho administrativo colombiano.

5 Como lo advierte JEAN-BERNARD AUBY, "La globalización jurídica, inseparable de sus homólogos económica y política, tiene por efecto un movimiento de permeabilización de los sistemas jurídicos, un movimiento de competición de estos sistemas y un movimiento de armonización": JEAN BERNARD AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, 2003, p. 78. Y, en este orden de ideas, la actual de competencia de sistemas jurídicos nacionales conduce a que el derecho sea visto por las instituciones públicas y privadas como un producto al que le son aplicables los métodos del *marketing*; vid. PIERRE DE MONTALIVET, "La marketisation du droit", *Recueil Dalloz*, 26 de diciembre de 2013.

pensable de comprensión de las reglas que integran el ordenamiento jurídico, no sólo en su orientación general, sino también en su especificidad técnica.

El "nuevo rol" que asume la comparación acarrea sin embargo un riesgo de uso selectivo o instrumentalizado por actores nacionales e internacionales. Dentro de las razones que comúnmente se dan para explicar los flujos jurídicos o actos de recepción por parte de un sistema normativo de un dato jurídico proveniente de otro sistema, se encuentra la identificación de aquello que constituiría "la mejor solución normativa" para un problema específico presente en el sistema receptor⁶. Ahora bien, los primeros inconvenientes aparecen al momento de determinar precisamente aquello que debe ser la mejor respuesta del derecho administrativo.

A partir de construcciones intelectuales que forman lo que se ha llamado *Nueva gerencia pública*, se habla de un marco de gestión de las administraciones que hace propios los imperativos de eficiencia y eficacia económica en el manejo de lo público, erigiendo la necesidad de reformar el derecho administrativo de los distintos países⁷. Estos postulados, animados por organismos multilaterales y centros de pensamiento, hallan un eco favorable en actores nacionales, incentivando así procesos de universalización de buenas prácticas y una homogeneización de los comportamientos de las organizaciones públicas que facilite el funcionamiento de agentes económicos globales.

Con todo, tal escenario no está exento de críticas, ya que "se trata de aplicar los mismos métodos sin importar la heterogeneidad de los problemas encontrados por los organismos públicos o el contexto institucional en el cual estos están llamados a evolucionar"⁸. Asimismo, se denuncia por parte de los Estados civilistas la predilección de soluciones propias de otras familias jurídicas. ¿Es la tradición romanista, por oposición a la *Common Law*, menos dada a alcanzar objetivos de eficacia económica y buena gobernanza? Esta tesis llena los informes *Doing Business*⁹, los cuales emplean una serie de variables referidas a la eficiencia de la regulación y de las instituciones, para determinar una jerarquía que puede ser contestada desde un punto de vista empírico¹⁰, y cuya sujeción

6 Esta solución es considerada como la más prestigiosa; vid. PABLO MORENO, "La contratación pública en América Latina y la comparación jurídica", en *La contratación pública en América Latina*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 10-11.

7 Sobre este concepto vid. FRANÇOIS-XAVIER MERRIEN, "La nouvelle gestion publique en action", *Revue internationale de politique comparée*, Belgique: de Boek, vol. 11, n.º 2, 2002.

8 HUBERT GÉRALD, "Peut-on toujours faire droit comparé? Le droit administratif à l'épreuve de la globalisation et du management public", en *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles: Bruylant, FABRICE MELLERAY (ed.), 2007, pp. 39-55.

9 FRÉDÉRIC ROUVILLOIS, a propósito del informe *Doing Business* de 2004 que sobre Francia realizó la Banca Mundial; citado por FABRICE MELLERAY, ob. cit., p. 22.

10 PABLO MORENO, ob. cit., pp. 13 ss.

estaría asegurada, más que por las metodologías utilizadas¹¹, por ser un factor que condiciona empréstitos e inversión extranjera¹².

La influencia internacional en el área de las compras públicas es un claro ejemplo de esta sujeción, en donde ya desde los años ochenta instituciones como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo habían concebido reglas de seguimiento de los recursos prestados o donados a los países latinoamericanos para la ejecución de proyectos de infraestructura o de servicios públicos¹³, llegando incluso a "modelar" en época reciente reformas como la contenida en la Ley 1508 de 2012, que establece el régimen jurídico para las asociaciones público-privadas (APP)¹⁴.

Sin embargo, tal como está incorporada en el derecho colombiano, la figura de las APP se aleja considerablemente de aquella que se desarrolló en el derecho inglés a partir de las *Private Finance Initiatives* que se originaron en los años ochenta. En primer lugar, las APP carecen de un esquema institucional o alternativa de creación de sociedades proyecto para la colaboración entre los sectores público y privado en el desarrollo de actividades que son de interés público, pero que requieren la vinculación de capital privado para su

- 11 Metodologías que son por lo demás cuestionadas por las algunas corrientes económicas. JEAN-FRANÇOIS GAUDREAUULT-DESBIEENS, "La critique économiste de la tradition romano-germanique", *RTD Civ.*, 2010, p. 683.
- 12 JEAN-BERNARD AUBY, "Introduction", *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, cit., p. 10.
- 13 Como lo explica PABLO MORENO: "El carácter internacional y técnico de estos organismos auspicia la idea de su competencia gerencial para la gestión de importantes proyectos y recursos nacionales, de tal suerte que las legislaciones también establecieron la posibilidad de aplicar sus reglamentos de contratación en los proyectos así confiados a ellos": ob. cit., p. 13. Y como consecuencia se está en presencia de "un derecho de la contratación pública que, en parte, desplaza, re-ubica o, al menos, trata de desplazar sus parámetros tradicionales de referencia doctrinales y dogmáticos hacia 'nuevas' tendencias teóricas y normativas que superan o, al menos, tratan de modular las hegemonías del pensamiento sobre la contratación pública que se consolidaron años atrás (también) en razón de la enfatización de la indeterminada distinción entre *Common Law* y *Civil Law*": ibíd., p. 14.
- 14 Tal como lo describe Jorge Santos, para quien, "fruto de esa experiencia y por influencia de diversos organismos multilaterales, en el derecho latinoamericano se ha comenzado a adoptar la figura con diversas denominaciones, pero con regímenes jurídicos relativamente similares. A título de ejemplo, puede señalarse que en Brasil, mediante Ley 11.079 de 30 de diciembre de 2004, se adoptó la figura de la *Parceria Público-Privada*; en Argentina, mediante Decreto 967 de 16 de agosto de 2005, se incorporó al ordenamiento jurídico la *Asociación Público Privada*; en Perú, mediante Decreto Legislativo 1.012 de 13 de mayo de 2008, se introdujo la figura de la *Asociación Público Privada*, y en Uruguay, mediante Ley 18.786 de 19 de julio de 2011, se creó la figura de la *Participación Público Privada*. Dentro de esa 'moda' de adopción de la figura de la colaboración público privada, en el derecho colombiano se expidió la Ley 1508 de 10 de enero de 2012, 'por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas': JORGE SANTOS, "Presentación", *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público privadas*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 4.

realización¹⁵. Del mismo modo, la transferencia de conocimiento, elemento característico de las actuales *Public-Private Partnership* inglesas, no se encuentra prevista en la reglamentación nacional. Más que un tipo de contrato novedoso, las APP constituyen una operación económica tendiente a flexibilizar la vinculación de capital privado a tipos contractuales existentes, como el contrato de concesión¹⁶. Como están incorporadas, las APP podrían únicamente solucionar un problema de disponibilidad de recursos para la financiación de grandes obras de infraestructura por parte del Estado, que es, por lo demás, la motivación principal de la banca multilateral. De ahí que pueda afirmarse que ni se implementa completamente la figura anglosajona, ni se perfeccionan las tipologías contractuales existentes en el derecho nacional.

El argumento comparado aparece de esta manera como un ejercicio de imitación, a partir de un sistema anglosajón en la mayoría de los casos desconocido para los países de tradición civilista¹⁷. En efecto, en el derecho continental se ha utilizado la figura del contrato de concesión para asegurar la participación del particular en la financiación de la obra y de la prestación del servicio, al mismo tiempo que se garantiza que tanto los bienes afectos como los servicios prestados son de titularidad pública. No se trata aquí de anular todo diálogo entre familias jurídicas, pero sí de denunciar un posible uso selectivo de la comparación, al igual que la falta de búsqueda al interior de nuestra tradición romano-germánica de soluciones a temas que ya habían sido analizados desde el derecho romano, como son la clasificación de bienes públicos y privados, el servicio estatal de transporte o la concesión de ciertos servicios públicos.

Es precisamente desde estos antecedentes históricos en la regulación de las normas y principios informadores de instituciones administrativas propias del derecho romano y vigentes en el derecho actual, tales como la regulación de las cosas públicas, la idea de dominio público, la idea de concesión y autorización administrativa, la prestación de servicios públicos por entidades privadas o semipúblicas, en régimen de concesión administrativa, el régimen de uso y explotación de vías, minas o aguas públicas, la contratación de obras públicas con una sociedad privada, la idea de interés público, o la expropiación forzosa

15 JORGE SANTOS, ob. cit., p. 2.

16 *Ibíd.*, p. 4.

17 En este sentido, Martine Lombard afirma que estamos frente al "poder del fenómeno de imitación, principalmente a partir de un modelo americano, muchas veces desconocido". Pero la imitación no es únicamente horizontal, por lo que las influencias entre sistemas jurídicos también pueden ser verticales. Para mostrarlo, Lombard denuncia cómo, durante un debate en el Senado francés el 20 de diciembre de 2004 sobre la independencia estatutaria de la Comisión de regulación de la energía, uno de los principales argumentos presentados consistía en la necesidad de respetar un estándar europeo de regulador, a pesar de que un tal modelo no existía todavía en derecho comunitario. Vid. MARTINE LOMBARD, "Institutions de régulation et démocratie politique", *AJDA*, Paris: Dalloz, 2005, pp. 530-540.

por causa de utilidad pública¹⁸, que la *Revista digital de Derecho Administrativo* y el Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia buscan aportar a una mejor comprensión del derecho administrativo que hoy conocemos.

Los escritos que proponemos a nuestros lectores en esta segunda entrega sobre *Derecho administrativo romano* se inscriben en las investigaciones que adelanta la célebre Escuela de derecho público romano del Maestro Antonio Fernández de Buján, sin cuya tutela y orientación la presente edición no hubiera sido posible. Sus contribuciones, que son cardinales en el campo del derecho administrativo y fiscal romano, y su trayectoria científica fueron distinguidas el pasado 21 de diciembre de 2016 por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Córdoba, España, al nombrarle Doctor *honoris causa*. Los artículos rigurosamente preparados por los discípulos del Prof. Fernández de Buján integran la primera parte del presente número. Ellos poseen un alto valor académico y son clave para la comprensión de problemáticas contemporáneas en materia de bienes públicos, prestación de servicios públicos e infraestructura, como a su vez lo revelan los trabajos de administrativistas nacionales y extranjeros que, en una segunda parte y desde una perspectiva actual, abordan estas mismas materias.

¡Una provechosa lectura!

18 ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "Presentación", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 16, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 9-15.