

## Tendencias del derecho administrativo \*

Agustín Gordillo\*\*

Hay un fenómeno —la creciente internacionalización del derecho— que ha dado lugar al derecho administrativo internacional o al derecho internacional administrativo, no importa cómo se le llame. Esto empezó en Germán con los tratados de Roma en Europa en 1957. Ya en 1963, Pescatori, que había sido uno de los jueces de la Corte Europea, enuncia una serie de principios generales del derecho comunitario europeo que califica desde ya como supranacionales y supraconstitucionales. Al respecto hay largos y profundos debates entre los "eufóricos" de la soberanía nacional y los eufóricos de Europa, digamos, los "eurofóricos", porque es obvio que estaba en juego, de alguna manera, un retoque medio fuerte a la soberanía de cada país.

Los europeos han seguido avanzando y ahora han cambiado su nombre; es Unión Europea. Eran doce hace algunos días, y ahora se han sumado Suecia, Finlandia, Austria y Noruega, la

cual se demorará algunos días más, con lo cual Europa pasa a tener 480 millones de habitantes en el mundo desarrollado, salvo España, Portugal y Grecia, con normas muy importantes de derecho que son ya comunes, con un Parlamento europeo, con una administración europea y con Cortes europeas.

Yo diría que los que más sufrieron este proceso fueron los franceses y los ingleses, los dos más fuertes nacionalismos; no es que Alemania no lo tenga, sólo que sabe que debe andar con cuidado; pero los ingleses y el Consejo de Estado francés saben que esto es imparable. Uno de los juristas ingleses más destacados, Lord Denim, señalaba que esto es como la marea del mar que sube, entra por el estuario de los ríos y va, aun en contra de la corriente, penetrando.

Los distintos países y las distintas Cortes Supremas han reconocido la supranacionalidad de ese derecho.

Por otro lado, existe un proceso menos fuerte que recién empieza pero que lleva la misma dirección, es el del NAFTA en el mercado común, que está previsto que tenga también, en poco tiempo, órganos y normas supranacionales. Estuve en un seminario en México, hace dos años, y los mexicanos se estaban planteando con zozobra la pregunta sobre si entonces sus leyes iban a ceder frente a las leyes

\* Apartes de la intervención del tratadista Agustín Gordillo en la tertulia realizada con los profesores del área de Derecho Político del Programa de Derecho de la Universidad del Norte y miembros del Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico. Texto corregido por el Dr. Aleksey Herrera Robles.

\*\* Abogado, profesor de la Universidad de Buenos Aires, y autor, entre otros textos, del Tratado de derecho administrativo.

del NAFTA, y la respuesta es sí; si no quiere no se meta, pero si lo hace, ésas son las reglas del juego. No se cómo hará los Estados Unidos, que es el único país que considera que tiene jurisdicción en todo el mundo.

Por otra parte, otro fenómeno es el de los organismos internacionales, que han ido creciendo en cantidad. Le escuchaba ayer a un profesor ecuatoriano decir que en un relevamiento de organismos que prestan asistencia a Colombia, él contó 67. Yo no sabía que hubieran tantos; pero no importa. Los hay algunos muy poderosos, ya sea que emitan normas, doctrina o evaluaciones técnicas sobre los países, que después son condiciones de políticas de países o grupos de países. Todos estos organismos internacionales han constituido —creo que no hay ninguno que no los tenga— tribunales administrativos, con lo cual tienen su junta de gobernadores que auspicia de Asamblea; su director ejecutivo, que auspicia como tal, y su tribunal, que auspicia de poder judicial. Y estos tribunales en sus estatutos prevén, a veces expresamente, que los jueces no aplicarán el derecho de sus respectivos países. Si uno junta jueces de varios países para un tribunal de naciones unidas o de la OEA, no va a aplicar el derecho argentino, pero, a su vez, entre estos jueces de distintos países, comienzan a hacer lo que hacían los italianos en Europa: empiezan a establecer ciertos principios generales de ese tribunal para ese organismo. Un estatuto reciente de un tribunal administrativo daba un paso más lejos al establecer que el tribunal aplicará los principios de derecho administrativo internacional. Y esto qué es. Pues tiene dos respuestas: una, el derecho com-

parado internacional, y otra, la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales y, ¿por qué no?, las decisiones de los tribunales transnacionales europeos y, ¿por qué no?; los que sigan saliendo.

Entonces, ¿qué está pasando? Han ido creciendo fuera del nivel de los Estados, y a un nivel superior, tanto órganos que crean normas como órganos que las aplican e interpretan, y tanto las normas como su interpretación son supranacionales y supra constitucionales para los países miembros de esta comunidad. Cada país vive de manera distinta el proceso: hay algunos que se entregan de lleno; hay otros que tienen resistencias feroces, y hay otros que están fuera, firmemente afuera. Un caso clarísimo es el de Brasil, que no quiere saber nada de integración, pero con todo, ha suscrito un tratado con Paraguay, Uruguay y Argentina, el del Marco sur, y la Corte Suprema Argentina, el año pasado, para mi sorpresa, ya declaró, en un punto de conflicto, que las normas del derecho administrativo del Marco sur son de carácter supranacional y supraconstitucional.

Esto de "supraconstitucional" a veces choca un poco, pero si lo piensan, las Constituciones tienen básicamente dos grupos de normas: unas normas de derechos políticos, de garantías civiles básicamente, y otras, las normas de derechos sociales, culturales, económicos. En el primer grupo, el de los derechos políticos, tenemos desde hace algunos años instalado el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Interamericano de los derechos humanos, cuyo tribunal es también supranacional y supraconstitucional.

No ha tenido un funcionamiento muy intenso, pero en principio está reconocido tanto por el tribunal como por alguno de los países que lo integran. En el caso de Colombia y la Constitución de 1991, en su artículo 93 se prevé expresamente que los pactos internacionales de derechos humanos a los cuales se suscriba Colombia tendrán carácter supranacional.

Todos los que interpretan situaciones de virtual conflicto entre la norma constitucional nacional y la norma supranacional, desde ya se dan cuenta de que no lo hay; es la misma lista de derechos, un poco más o menos prolija o más o menos detallada; podrá tener una norma del derecho a la intimidad, y la otra no, pero esto no es un problema de conflicto de normas cuando todos estamos de acuerdo en que hay un derecho a la intimidad y después discutiremos qué alcance tiene, en qué condiciones puedo pedir yo que mencionen o no mi nombre; pero ése es otro tema, pues el principio no presenta conflicto.

Otro tema, por ejemplo, que las constituciones más viejas no contemplan, pero las más nuevas sí, y que el pacto lo dispone expresamente, es el de la no discriminación por ningún motivo: ni religioso, ni racial, ni sexual, etc. Pero quién va a decir que hay conflicto entre la norma constitucional nacional y la norma supranacional; no lo hay, y de hecho habrá miles de problemas en la aplicación de la norma y su interpretación; pero en realidad conflictos verdaderos no hay en materia de derechos políticos.

Donde es un poco más compleja la cuestión, porque toca ya valores que

han venido siendo manejados de cierto modo en América Latina, es en los derechos sociales, económicos y culturales. Vino toda una corriente a partir de los años 20 o 30 en que las Constituciones incorporan derechos de carácter social o económico. La de Colombia es una de la últimas en hacerlo, por cuanto el problema es un poco diferente. Cuando la Constitución consagra un derecho de esta naturaleza, se aplica aquello que decía Burdeau respecto de la igualdad. Antes (hace 25 o 30 años) la igualdad era un punto de partida del derecho; hoy en día es una aspiración de todo el público, porque sabemos que no hay igualdad. Cuando decimos que "todos somos iguales ante la ley", estamos diciendo "ojalá algún día lleguemos a ser iguales ante la ley". Si esto es así en una garantía antiquísima, cuanto más será en un derecho de carácter económico y social. La Constitución argentina de 1949, que tenía un catálogo de derechos de la mujer, de la niñez, de la juventud, del trabajador, de la ancianidad. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna, y nos preguntamos: ¿puede hacer un juicio contra el Estado la persona que no tiene casa?; Fulano, ¿contra el Gobierno Nacional sobre provisión de vivienda?, y sabemos que no. Sobre este exacto punto presencié una discusión ante el presidente del Tribunal de España, a quien le decían sobre cómo interpretar una norma que establecía el derecho a vivienda digna. Depende de en qué país yo sea juez con este texto constitucional. Si yo fuera juez, con este texto, en Holanda, les diría: "No sean miserables y dénle la vivienda que está faltando", porque éste es un país desarrollado y en el que son muy pocos los que carecen de casa. En

un Estado con un nivel de desarrollo muy inferior, yo no puedo interpretarlo igual porque sé que el Estado no va a poder cumplir la sentencia y voy a destruir el orden jurídico con una sentencia absurda. No es que sea una sentencia disvaliosa, en el sentido de que sería bueno que todos tuvieran la casa; pero sí disvaliosa en cuanto transforma una sentencia en una declaración puramente abstracta, que no va a poder tener cumplimiento, en cuyo caso, ya que el orden jurídico anda mal, voy a hacerlo peor para el país.

Yo creo que hay un cierto comienzo de consenso en estos países acerca de que estas garantías realmente son el fruto de convenciones constituyentes que se entusiasman un poco; y ya que está, ¿por qué no escribimos esto otro y por qué no lo otro? A ninguno se le fue tanto la imaginación como para poner el derecho de que todos seamos "lindos", y entonces el Estado nos tendría que dar una cirugía estética.

Pero realmente se han excedido en las aspiraciones que son buenas como políticas personales, y tal vez como política de gobierno, pero no como una "norma constitucional", si por norma constitucional entendemos un derecho que se pueda exigir, algo operativo, inmediato, ejecutable.

En este panorama de crecimiento de órganos supranacionales, crecimiento de tribunales supranacionales, crecimiento de principios de derecho supranacionales y de pactos supranacionales, se produce un fenómeno —yo diría de carácter de doctrina económica pero también de realidad económica— que habría que contar desde el año 30; también se po-

dría comenzar desde el siglo pasado: liberalismo a ultranza; viene la Revolución Industrial; trabajan niños de cinco años; vienen las novelas de Dickens; empieza a generarse toda la fuerte crítica social al Estado capitalista del siglo pasado. Esto sigue creciendo de modo triste hasta que en el año 30 sobreviene la gran crisis mundial, y la reacción, sobre todo a partir de Keynes, quien plantea que la única forma de arreglar la situación es con gasto público, con empleo público, como forma de lograr el pleno empleo y el desarrollo económico. Como dato para hacernos crujir los huesos, la tasa de desempleo mundial en 1930 era del 30%, que es la tasa de desempleo que rige actualmente a nivel mundial.

En aquel entonces, Keynes decía que prefería que el Estado contratara a la gente para hacer un agujero en el suelo y tapanlo nuevamente, porque con eso tenía pleno empleo, funcionaba la economía y todo marchaba bien. Esto trae como consecuencia que poco a poco vaya creciendo el sector público de la economía; los países van, según sus propios tiempos, nacionalizando, haciendo empresas de desarrollo, agencias de desarrollo, empresas públicas, establecimientos públicos, de carácter industrial, comercial, administrativo, etc. El producto bruto generado por el Estado va aumentando, en algunos países llegó al 50%, lo que permitió a las Naciones Unidas, aproximadamente en los años 60, empezar a calificar a los países entre socialistas, capitalistas y de economía mixta. Estos últimos entendidos como aquellos que tienen un sector público muy importante pero todavía con un sector privado existente.

Ahora, en la década de los ochenta ocurren muchas cosas, todas simultáneamente, y todavía no sé si fruto de la casualidad o de que era el momento histórico. Si hay o no alguna raíz en común, lo ignoro. Una de las cosas que ocurre es que se quiso aumentar la producción de un profesor de economía, en aquel entonces totalmente desconocido, Buckenam, quien empieza a hablar cosas complicadísimas sobre el "cálculo del consentimiento". Yo como votante, cuando voy a decidir cómo voto, ¿qué pienso? ¿En el país? No; el votante piensa en qué le conviene a él, y vota según su conveniencia. Y luego va el elegido a la Cámara de Representantes, municipal, regional, nacional. Un vez allí, ¿el legislador piensa en lo que sería bueno para su país? No; él piensa que para no perder la próxima elección y que ése que le pisa los talones no lo alcance, mejor vota ese proyecto así, para que no le griten; es decir, hace un cálculo de todos los factores en juego que inciden sobre él y decide cómo acomodar su voto, sin perjuicio que, como en todos los Parlamentos del mundo, siempre hay trueque de votos o transacciones.

Es decir, el voto ha sido fruto de decisiones individuales, existe un cálculo de intereses individuales. Aun los jueces, cuando dictan sentencia, piensan cómo se irá a recibir la providencia, cómo caerá en la opinión pública. Buckenam sigue con esto en la pirámide y dice: que es obvio que cuando Clinton decide intervenir o no en Bosnia, no es pensando en la guerra o la paz en Europa; es pensando en su carrera política, en su reelección, qué le conviene frente a sus votantes. Si todos están de acuerdo, bien; si al-

guien no lo está, entonces no se toma la decisión y que se sigan matando; a lo mejor algún día deciden dejar de hacerlo. Y esta es, un poco, la lógica de la decisión de Clinton, pero lo mismo es para los demás gobernantes. A Buckenam le dieron el Premio Nobel de Economía por esta teoría.

Veamos el caso de Ronald Reagan, actor de películas B, macartista, ultraconservador, muy personal. Este tipo, a los 80 años, guarda las corbatas que había comprado a los 20 años, esperando que cada 10 años fluctúe el ancho, y las vuelve a usar o las guarda de vuelta. Ultraarchianticomunista, y viene con su posición personal; llega a la campaña para la candidatura presidencial por el partido republicano. Había siete candidatos, y Reagan expone, como candidato, lo que piensa. Bush, otro candidato a la presidencia, lo critica y le dice que esa es la política del vudú económico; "usted cree en brujerías". Y Reagan insistía en el mercado y su libertad; y él decía: "desregular", "desmonopolizar", "desburocratizar". Esto en el país más capitalista del mundo. El hablaba de privatizar. Ganó las elecciones, y al mismo tiempo ganó las elecciones la señora Thatcher. Y esta última, con una gran ferocidad, comienza a privatizar todo, con los mismo lemas y con una gran coincidencia ideológica con Reagan.

Los franceses, que se van contra la corriente, nacionalizan en esa misma época. Pero qué pasa. En 1983, el Banco Mundial, en su informe anual, incorpora como doctrina económica la privatización, la desregularización, el equilibrio de los presupuestos, y que se termine la historia de endeudarse

para generar pleno empleo a través de las empresas públicas. Y al Banco Mundial le siguen los demás: Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo, la OEA, etc.

Pasan más cosas. En 1991, se celebra el Tratado de Maastrich, que iba a entrar en vigencia en 1993 y después en el 94, después en el 95. Viene demorado, pero, en todo caso, el Tratado lo dice claramente: libre circulación de bienes, capitales y personas, inexistencia de barreras aduaneras, no reducirlas, y además prohíbe a los países miembros subsidiar las industrias o empresas privadas o públicas, y en cambio, crea un mecanismo de subsidio aplicado por la Unión Europea; o sea, ellos sí, el conjunto de países, pueden decir: "Bueno, vamos a darle los pesos a España, que está necesitada, para tal cosa, pero no para tal otra. Los astilleros están totalmente fuera de moda y, por lo tanto, a cerrarlos". Y España tuvo que cerrar todos sus astilleros; pero, en cambio, se concedió apoyo para el turismo, porque genera riqueza, y aquello genera pobreza. Entonces, en la década del 90, la doctrina económica norteamericana, inglesa, europea y de los organismos internacionales de crédito y fomento es siempre la misma: la de buscar aquello de lo que hablaba el Premio Nobel de Economía.

Luego viene una historia diferente, país por país. Yo creo que la más aguda y la más interesante, por lo menos de las que yo conozco, es la Argentina.

La Argentina venía con una serie de logros extraordinarios. Llevaba 28 años sucesivos sin poder financiar sus

presupuestos con los ingresos y rentas percibidos, es decir que durante 28 años lo que ganaba no le alcanzaba para lo que gastaba. Entonces financiaba el déficit con créditos. Estando en esa situación, en 1982 se producen dos hechos independientes en el tiempo: hacemos y, por supuesto, perdemos la guerra, lo cual, como es lógico, nos cuesta miles de millones de dolares y, al mismo tiempo, el Banco Central nacionaliza la deuda privada externa del país, es decir, se le dijo a todas las empresas deudoras: "No se aflijan que lo paga el Estado", con lo cual la deuda externa argentina comenzó a hacerse absolutamente inmanejable. Mientras tanto, el déficit de las empresas públicas fue creciendo; se entroncaron mafias totales; empezó a haber una corrupción de distintos tipos, no sólo la del contrato sino la mafiosa; le cortaban el teléfono a la gente y la llamaban después, de las empresas telefónicas, para asegurarle la prestación del servicio por unos pocos pesos. Esto se generalizó con el mismo sistema de la mafia de los años 30 en los Estados Unidos: había que pagar para que prestaran el servicio, porque si no se lo cortaban; el típico procedimiento de la mafia en Estados Unidos: le paga protección para que él mismo no lo mate a tiros. Entonces la situación se fue caotizando; el gobierno de aquel entonces, el de Alfonsín, no lo vio o no supo reaccionar. Finalmente, se le desata una hiperinflación tal que en un sólo mes, el mes de junio del 89, tuvo 200% de inflación. Saqueo a los mercados, un descontrol total. El presidente entrega el poder seis meses antes; le tuvo que pedir por favor a Menem que tomara el gobierno, quien provenía de un partido que, en definitiva, no tenía una determinante ideo-

logía; es un partido populista formado por una ideología absolutamente indefinida. Lo cierto es que se encuentra con esa situación del país en quiebra y entonces decide cambiar. ¿Cómo es la cosa? Cuénteme. ¿Es monopolización o privatización? Se hacen dos leyes: una de emergencia económica, y otra de transformación del Estado, y al comienzo, muy incipientemente, de forma corrupta, se comienza la privatización con un gran descontrol. Se conforma un cuerpo económico dirigido por el ministro del ramo con un equipo de gente coherente, sólido y honesto, y sigue adelante con las privatizaciones, pero, por lo menos, ya sin cobrar nada. Y estamos ahora en intentar poner en marcha los mecanismos de control de las empresas privatizadas. Pero mientras tanto se achicó el déficit fiscal; están aumentando los ingresos públicos; está mejorando el sistema tributario, etc.

Con esto estamos diciendo que un país en el cual durante cincuenta o sesenta años la doctrina dominante fue el Estado social heredado, el Estado de derecho, las empresas públicas para el desarrollo, la administración para el desarrollo, las corporaciones de desarrollo regional, y más que todo las que ustedes conocen igualmente, de pronto se quedaron atrás, fueron tabú. No es cuestión de alarmarse; de lo que se trata es de afrontar un nuevo proceso. Y ahora hay que hablar de otra cosa; hay que hablar de caída de barreras aduaneras, competitividad internacional, reducir los costos y salir a competir. Y las empresas argentinas o quiebran o compiten, y entonces, de pronto, inician su proceso de internacionalización. Ahora, es posible que,

por la inversión privada, uno no sepa si se trata efectivamente de una empresa argentina o italiana, o de cualquier otra parte; pero digamos que hay empresas que actúan allá y están en otros lados.

Entonces, la Argentina, sin un proceso racional colectivo de discusión, en un momento de emergencia, se jugó una carta y se cambió totalmente el sistema. La pregunta es ¿en qué situación están los países que tiene una estado menos dramática?, o no dramática directamente, simplemente con un signo de interrogación. Yo conozco varios, dentro de los cuales están ustedes. Pero, por ejemplo, Francia todavía sigue pensando como pensaba antes; pero está pasmado, está contra la mano de la historia, de hecho, el presidente aún es socialista; pero no están en la onda europea, y la onda europea dice: "No a las barreras aduaneras; no a los subsidios a la industria". Entonces, por ejemplo, en este momento Air France está en problemas; yo diría Aerolíneas Argentinas 20 años atrás, o sea, anda bastante bien pero su rendimiento, entre personal y cantidad de toneladas transportadas, es bajo; tiene demasiado personal y no es competitiva. Y ¿cómo sigue flotando? Pues el gobierno francés le prestó, por debajo de la mesa, mil millones de dólares, y ahora están apretando a Air France para que devuelva esa plata, para que compita en serio con las otras. Yo creo que a Francia no le queda más remedio: o se va de la Unión Europea, cosa que puede hacer, o, si se queda, cumple, y entonces va a tener que irse poniendo en la fila en la cual está.

Brasil es una de las grandes potencias

del mundo, es uno de los primeros diez países, con enormes problemas sociales. Brasil no quiere saber nada de este proceso; lo único que aceptó es el Tratado del Marco sur, en el cual se han ido bajando progresivamente las barreras aduaneras con Argentina, y hay una gran cantidad de productos brasileños en Argentina y una gran cantidad de productos argentinos en Brasil, y parece que hay una cierta paz. Digamos que esta unión aduanera de dos países no ha parecido presentar muchos problemas. El Brasil no está dispuesto aparentemente, a abrir sus barreras aduaneras al resto del mundo, básicamente a Estados Unidos. Argentina tiene también algunas discusiones con Estados Unidos, y las va a perder, por supuesto.

Montevideo, la república independiente de Uruguay, es un país chico que ha sido siempre bien administrado. Es una sociedad chica, todos se conocen, por lo tanto no hay ladrones, porque al ladrón lo descubren enseguida; en consecuencia, no está en quiebra, no está endeudada, funciona bastante bien. Es un país de clase media, no tiene las urgencias que tuvimos nosotros en el 89. Por lo anterior, el año pasado el gobierno uruguayo estaba con ganas de privatizar. Hicieron una ley, hicieron el referéndum; lo perdieron y el pueblo negó la posibilidad de privatizar algunas empresas del Estado. Es decir, que el pueblo se resiste a este movimiento internacional que se está produciendo, y hay algunos que a lo mejor pueden evitar incorporarse a ese alineamiento doctrinario. Pero todo indica que la tendencia, si uno mira a 10, 20 o 30 años atrás, es la unificación, primero, de un derecho internacional; segundo, de

órganos internacionales, e inevitablemente, tal como están las cosas, de principios de doctrina económica internacional que van recogiendo las leyes.

Entonces, yo diría que la novedad que veo para los próximos años es ésta, o sea, un crecimiento de un derecho que se nos escapa un poco de las manos pero que siempre terminamos contribuyendo a formar. En Europa, por ejemplo, voy a ser más claro, cuando la gente le va a pedir al gobierno español, además contado por españoles, porque no le dan un subsidio, por cuanto una empresa afronta problemas de desempleo, y le piden que le hagan un crédito de fomento, entonces el gobierno español le dice: "Mire, por mí se lo daría, le juro, pero aquellos burócratas de Bruselas no me dejan". Pero en la realidad son ellos mismos, porque son todos los países que integran la Comunidad, y son todos los países los que se ponen de acuerdo: "Bueno, hagamos una cosa: no le demos plata a nadie. De acuerdo". O sea, en definitiva, hay un poco de juego de mentiras, porque todos saben bien qué sistema se ha establecido.

¿Adónde nos va a tocar a nosotros? No sé. La Argentina, por lo menos, es producto de esa crisis realmente muy profunda que tuvo, de la cual todavía no ha salido del todo. No le quedó más camino que hacer lo que hizo; no había alternativa alguna. ¿Qué pasará en Colombia? No lo sé, pero han dado un pasito con el reconocimiento de los derechos humanos, y yo no sé qué pasará con el NAFTA, Pacto Sur, Pacto Andino, y si haremos o no un gran mercado común. Yo he visto algunos

países que, como el caso de la Argentina y Chile, están levantando la mano para ver si pueden entrar al NAFTA. Pero, evidentemente, todos lo que se vayan metiendo en estos organismos van a irse sometiendo a un sistema, y es muy posible que los que se queden afuera generalmente no aguanten, salvo que sean como Brasil, que es un Estado demasiado grande, y con una ventaja que otros no tenemos, y es que tiene costos internos bajos, sobre todo en materia de salarios, lo que permite que sus precios sean competitivos.

**PREGUNTA:** Dr. Luis Eduardo Cerra, Magistrado Tribunal Administrativo del Atlántico. Esa internacionalización, producto de unas relaciones económicas, que también se van a desarrollar en nuestro medio con gran fuerza, produciendo también unos efectos en el manejo del derecho administrativo, ¿podría generar igualmente una tendencia a la privatización del derecho administrativo, una disminución en el manejo de la figura del derecho administrativo?

**GORDILLO:** Yo creo que no se da en Colombia; lo que pasa es que en Colombia hay un fenómeno de origen histórico, por el hecho de que ustedes se hallan tomado una figura como la del Consejo del Estado francés, lo que no entiendo. El Consejo de Estado colombiano no es lo mismo que el Estado de Francia; es una parte del poder judicial con competencia en materia administrativa. Entonces me parece, por eso dije "histórico", es que se le ha dado una importancia, un poco exagerada. Creo que tal como está el mundo hoy es necesario establecer nuevas alternativas. Mírelo que pasa en Argentina. Un problema nue-

vo y uno trata de fijarse un poquito, consulta un libro francés, uno español, uno alemán, uno italiano y uno norteamericano para ver cómo están en el mundo las cosas y después hace su propio balance, porque no tendría sentido un solo libro de España o de Italia, porque cada país tiene un grado de evolución propio. Y yo realmente creo que la administración pública, por un lado, siempre se rige por el derecho público. No veo que se le aplique el derecho privado, por lo menos su competencia siempre va a ser estatal; su procedimiento siempre va a ser estatal; va a tener que cumplir principios del debido proceso; va a tener que motivar el acto; va a tener que tener causa, y va a tener que quedar arrinconado en alguna parte. Por otra parte, el Estado se achica. Esto implica que el objeto de estudio clásico del derecho administrativo está más pequeño. En todo caso, hay menos, aparentemente, órganos a los cuales aplicarles el estudio de la materia. A título de ejemplo, si yo enseñé derecho de familia y dentro de éste el tema del matrimonio, esto no quiere decir que jurídicamente el casamiento tenga menos importancia.

La privatización, en ese mismo orden de ideas, no significa menos temas o menos cantidad de problemas, porque cuando se privatiza un servicio bajo condiciones monopólicas o semimonopólicas se crea automáticamente un sistema de control por el Estado, por el poder público, con lo cual usted tiene la reaparición de algunas figuras viejas que habían desaparecido, como la concesión de servicios públicos, la licencia, el permiso, la concesión de obras públicas, que ahora requieren control del Estado y

tutela de los órganos judiciales a favor de los usuarios y frente a las entidades que lo prestan, así no exista participación de la administración. Ese control judicial puede ser derecho administrativo por cuanto, cuando usted va a juzgar si a actuado legal o ilegalmente la compañía telefónica, esto no lo regulan los derechos civiles sino el derecho público, bajo los principios de igualdad, debido proceso, etc.

Después, en la expedición de normas de protección al medio ambiente y en general todo lo relativo al servicio público privatizado, creo que se va a generalizar la fórmula de la audiencia pública norteamericana. En mi país está requerida por ley para dos de los grandes servicios públicos, y éste es un procedimiento de derecho administrativo. Entonces, todos los países van creando de a poco la figura del "Defensor del pueblo" o el *ombudsman* (los franceses lo llaman "mediador") institución nueva que es del derecho administrativo. También y después aparecen los problemas de protección al usuario o consumidor, y allí comparte su criterio el derecho público con el derecho privado. Creo que el derecho administrativo, como materia, ha crecido; ha perdido interés en algunos temas y perdido actualidad en otros, o sea, el tema de los establecimientos públicos realmente ya no tiene gran importancia, la planificación. Yo tengo tres libros de planificación, pero lamentablemente ustedes ya tienen también política de planificación, ya no es una "realidad mundo de Dios".

PREGUNTA: Dr. Luis Eduardo Cerra. A manera, de pronto, de ilustración al Dr. Gordillo, en Colombia, si bien se

ha producido un reconocimiento en la Constitución del 91 de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, precisamente en los artículos 93 y 94 que usted señalaba, ya en la aplicación o en el reconocimiento judicial de esos derechos se ha presentado una diferencia de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. La Corte ha reconocido la existencia de derechos no enlistados como fundamentales en la Constitución, son derechos que se encuentran fuera, no se encuentran reconocidos y, sin embargo, están amparados en tratados internacionales registrados por Colombia; por su parte, el Consejo de Estado ha mantenido una posición muy conservadora en ese sentido, hasta el punto de que en la acción de tutela, a través de la cual se solicita la protección de esos derechos, ese organismo se muestra renuente a reconocer estos derechos no enlistados en la Constitución de manera taxativa. Creo entender, por lo que usted ha comentado, que esto obedece, en cierta forma, a la identificación de nuestro sistema contencioso administrativo con el sistema francés ¿Estoy en lo cierto?

GORDILLO: Lo que advierto es que hay en los doctrinarios colombianos (por lo menos, quizá, el caso más típico es el de un amigo mío, Jaime Vidal Perdomo) una influencia decisiva del derecho francés. Por ejemplo, a este amigo mío no le importa ningún otro derecho; para él, el derecho comparado es el derecho francés; así, si el derecho francés lo ve de cierta manera, bueno, ésta es la forma natural de verlo. Y el derecho francés ha sido también replicante porque, por ejemplo, ha sido inventor de los derechos, pero ahora se niega a reconocer dere-

chos que no inventó, y esto es nacionalismo francés. Ahora, pienso que respecto a una Constitución no es posible plantear que a partir del derecho internacional se creen conflictos en materia de derecho. Así, el Pacto de San José de Costa Rica no inventa nada; simplemente desarrolla un poquito más, lo que ya está en cualquier Constitución liberal, y además el artículo 28 de la Convención de Viena dice que los tratados se suscriben, se aplican y se interpretan de buena fe. Ustedes, en la Constitución tienen un artículo consagrando el principio de la buena fe. Entonces es de buena fe suscribir un convenio internacional; no se puede decir entonces que este principio sea inconstitucional. En Europa, hace tiempo, el momento en que un país debe considerar si el pacto viola o no su Constitución es antes de firmar, y si ve que la viola, no lo firma, y si lo suscribe quiere decir que ha resuelto, como país de buena fe, que lo puede cumplir.

Creo que el Consejo de Estado simplemente le dio la lectura equivocada; pero de todas maneras le digo que el derecho comparado es un arma filosa, porque uno no está siempre al tanto de cómo va cambiando, y hace poquito los franceses, a través del Consejo de Estado, acaban de reconocer la obligatoriedad de los pactos internacionales de derechos humanos, allá en Francia, y su obligatoria aplicación por el derecho francés. Lo que pasa es que entre el fallo y el momento en que sale un libro que lo explica pasan diez años; además, a lo mejor me entero del libro diez años después. Acabo de comprar en Colombia un libro que no conocía, del año 68. Por eso es que pienso que hay que mirar distintos

países, porque actualmente Francia está en la cola en lo que respecta a darse cuenta de los cambios, y es el último en admitirlo. Pero si uno mira lo que pasa alrededor, se da cuenta del momento en que deben producirse los cambios. De todas maneras, en el caso por usted planteado, considero que el Concejo de Estado se ha equivocado, y por eso, por seguir la doctrina francesa .

PREGUNTA: Dr. Javier Múnera Oviedo. Dr. Gordillo, pienso que el tema que exponía el doctor Cerra, y que usted ha respondido, podría plantearse de este otro modo: sería un problema de interpretación constitucional. Creo que universalmente se ha aceptado que la interpretación constitucional presenta unos caracteres muy definidos y propios que no la confunden con los otros tipos de interpretación de normas jurídicas. Concretamente, para el juez constitucional no hay una normatividad superior que le ate, por cuanto él es el juez límite, y además, lo que va a aplicar es la norma superior, de tal suerte que no hay un criterio superior que se le imponga para interpretar la Constitución. Así, entonces, universalmente se ha creído que tanto los jueces constitucionales como la Corte Constitucional pueden interpretar y aplicar la norma constitucional con base en unos fundamentos políticos y éticos. En esta medida, en este proceso de internacionalización que se está dando en la modernidad, siempre se van a presentar divergencias, en tanto que los jueces constitucionales de los países sigan teniendo por delante esa apreciación y siga teniendo validez esa idea de que la interpretación constitucional no está predeterminada y que hay un cierto mar-

gen de actividad o desenvolvimiento para el juez constitucional.

GORDILLO: Pues por lo pronto creo que la pirámide jurídica hoy en día no termina en la Constitución; termina en los tratados supranacionales. Es una norma que está por encima de la Constitución local, lo que no quita que el tribunal internacional, al ser el último en opinar, se imponga por encima de los tribunales internos. Creo que el tribunal constitucional de cada país está sometido a la evolución del derecho supranacional en el cual el país está inserto, o sea, si Colombia está sometida al Pacto de San José de Costa Rica, debe cumplir esas normas, y si no lo hace se somete a la posibilidad de que el tribunal, que actualmente no está marchando muy bien, lo condene.

Lo que pasa es que cuando empiezan los mecanismo de defensa internacional de los derechos humanos, por ejemplo, los países, para evitar el papelón de someterse a un juicio, adecúan las normas internas.

En cuanto a la concepción de Kelsen sobre la supremacía de la Constitución, en el capítulo de fuentes del derecho yo ponía siempre primero la Constitución; ahora coloco el derecho supranacional, porque creo que ese es el actual esquema. Lo que decía Kelsen era correcto en su tiempo, pero el mundo ha cambiado mucho.

En el año 67 un profesor brasileño de teoría del Estado se jubiló. Tenía unas lecciones del Estado en su décimotercera edición y el día que se jubila hace una clase de despedida, y, para mí, dice allí lo que venía pensan-

do hace tiempo y que no se animó a incluirlo en el programa. Lo llamó "la muerte del Estado", y aclara que no es que el Estado esté avocado a la anarquía o que desaparezca. Desaparece el Estado que conocimos hasta ahora, y a partir de acá aparece un Estado más supranacional, con normas, tribunales, aplicaciones y mecanismos supranacionales a los cuales el Estado, al que creíamos soberano, va a quedar subordinado. En el 67 lo dijo.

PREGUNTA: Dr. Marco Fonseca Ramos. Efectivamente, la supranacionalidad se impone porque esa es la tendencia de la vida económica y de las relaciones internacionales, pero desde el punto de vista jurídico, la supranacionalidad se impone en la medida en que la Constitución lo permita, es decir, en Colombia diremos que las normas supranacionales forman parte de la pirámide normativa colombiana en la medida en que la Constitución acepte la supranacionalidad. En ese sentido, pienso que puede haber una Constitución que acepte normas supranacionales de superior jerarquía en la medida en que ella lo reconozca. De manera que como estudioso del derecho interno, yo diría que quien esté interesado en conocer nuestro derecho debe comenzar por estudiar las fuentes que reconoce ese derecho para ser aplicado. En el caso colombiano, y principalmente en materia de derechos humanos, las normas son supremamente interesantes. En primer lugar, por constituir una Carta supremamente amplia, y en segundo lugar, porque en el artículo 93 le señala a la Corte Constitucional el deber de interpretar la Constitución conforme a los tratados internacionales suscritos por Colombia en esta ma-

teria. Pero además existe el artículo 94, que ha obligado a los positivistas a reconocer la existencia de los derechos naturales, por cuanto la norma señala que el enunciado de los derechos fundamentales que establece la Constitución no es taxativa, de tal forma que, así mismo, se aplicarán los derechos fundamentales reconocidos en el derecho internacional; pero además señala que pueden existir otros derechos que no están reconocidos por el derecho interno ni por el internacional y que, siendo inherentes a la persona humana, serán fundamentales. Entonces, en materia de derechos humanos, la Constitución, que además es dogmática y positivista por cuanto el artículo 230 establece que el juez se encuentra atado al imperio de la ley, y la Corte Constitucional ha definido como tal el ordenamiento jurídico, entonces el juez constitucional colombiano está atado al derecho natural; pero lo cierto es que después de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, ¿qué le queda al jurista para determinar lo que es un derecho natural? En conclusión, debo señalar que yo sí considero que en materia de fuentes del derecho interno sólo es posible reconocer las normas transnacionales en la medida en que sean admitidas por las disposiciones constitucionales, y segundo, que los positivistas, en Colombia, hemos tenido que aceptar la existencia de un derecho natural en materia de derechos fundamentales.

GORDILLO: Creo que hay un corte en el razonamiento, un punto en el cual no es secuencial. La norma no dice en ningún momento que se aplica el derecho natural; lo que se dice es una

cosa que está en muchas Constituciones: que la enunciación de derechos no es taxativa y no excluye derechos implícitos de la persona humana, y corresponde al tribunal establecer cómo los encuentra. El tribunal, como no se va a pasar una noche en vela a la espera de un momento de imaginación, lo que va a hacer es ver el derecho comparado; primero, teniendo en cuenta el derecho de los países más o menos desarrollados, y segundo es ver el tratado que tiene encima. No imagino derecho que no esté previsto en los tratados sobre derechos humanos, incluso están sobrando. Por lo que no veo problema alguno, porque nunca se va a presentar. Y si viene alguna persona con suficiente imaginación para plantear un nuevo derecho fundamental, lo estudiará y lo resolverá.

Se ha filtrado, del derecho norteamericano interno al derecho internacional y a otros derechos internos, una situación sobre la cual, aunque no se encuentre escrita, todos coinciden en que se tiene la razón, dependiendo de cómo lo fundamento: el tema del acoso sexual. En Estados Unidos el acoso sexual es una figura vieja. Básicamente se refiere a las relaciones entre jefe y empleado. Entonces, si yo le hago una proposición a una colega del trabajo no incurro en acoso sexual; si le hago una proposición a una dependiente mía incurro en acoso sexual. Ahora, esto los norteamericanos lo tienen claro. Algún latino le hace una proposición a una dependiente de él, ésta es americana, le hace el juicio y se lo gana. Los tribunales en Estados Unidos ya lo han reconocido, y de pronto la gente lo lee y dice: "Sí, claro, tiene la razón. ¡Cómo que no! Y por supuesto,

también si la jefa es una mujer y el empleado es un hombre. Y la Corte del derecho argentino lo acaba de reconocer de golpe, y dictaron una ley, aunque no hacía falta.

Lo mismo pasa con el derecho a la intimidad. No está en la Constitución argentina, pero esto no significa que si alguien plantea que no se le puede publicar una foto que le fue tomada en el baño, todos aceptarán que tiene razón. Después vendría el trabajo más fino, que es el de establecer los alcances del derecho. Por ejemplo, el primer caso que tuvimos nosotros de derecho a la intimidad fue, en definitiva, de un muerto importante a quien le sacaron una foto en el cajón y la publicaron en la primera página en un diario. Un mal gusto excesivo. No está bien esto, es violar la intimidad de la familia, de la gente, y esto no puede ser. Hace poco tiempo, en la Argentina se metieron en un sanatorio y le sacaron fotos a una persona que estaba internada, por supuesto, con su batón blanco, una cosa horrible, y éste consulta al abogado, el cual le dice: "No hagas nada; déjalo que la publiquen y vas a ver el juicio que les ganamos". Y no se animaron a publicarla. Ahora, esto no está recogido en textos, en ninguna parte dice que tengo derecho a la intimidad. Ese problema no es entonces de ser o no dogmático, sino de ser literal, porque la dogmática lo que busca es un fundamento, independientemente de que para lograrlo haya que interpretarlo y razonarlo.

**PREGUNTA:** Dr. Luis Alberto Gómez Araújo, Decano División Ciencias Jurídicas. Profesor, cuando le pregunté que pasó con los autores franceses que se quedaron atrás, usted hizo énfasis

en que ellos se quedaron hace más de un siglo atrás. No entiendo por qué Colombia sigue atado a la legislación francesa cuando ésta no ha sido abanderada. Entonces, siendo la mayoría de estos contertulios amantes del derecho administrativo colombiano, me gustaría que se comentara un poquito más sobre esa razón y, sobre todo, si estamos frente a una nueva alternativa, si estamos frente a una nueva forma de visualizar el derecho administrativo. ¿Cuál debe ser la posición, cuál debe ser el reto de un amante del derecho administrativo, de un abogado que ejerce el derecho administrativo en Colombia, frente a todo esto que está pasando?

**GORDILLO:** Yo diría que una de las ciudades más lindas del mundo es París; se come maravillosamente bien, se la pasa divinamente bien. Toda vez que puedo hacerlo voy a París. Está Notre Dame y el Louvre. Se podría vivir muy contento, mucho más contento que en cualquier otra ciudad del mundo. Ahora, esto no significa que el derecho francés sea bueno. El derecho francés es herencia del sistema napoleónico, es hecho por un emperador, por un emperador que no quería, precisamente, que lo limitaran mucho. Todo esto del Concejo de Estado es obra del francés, es una historia de cómo ir sobreviviendo a tanto emperador que se cree Luis XIV. Y esta tradición francesa sigue en pie. Mitterrand es el emperador actual. Claro que es un emperador moderno. Como la reina de Inglaterra no es lo mismo que Enrique VIII. Se adecúan a los tiempos. Pero fíjense ustedes: en Europa y en la misma Francia dicen que todas las grandes construcciones de ésta las han hecho grandes empe-

radores; el último, Mitterrand. Mitterrand es otro gobernante con esa concepción francesa de la historia, que lo motiva a introducir cambios con el solo objeto de dejar su impronta.

Recuerdo que en una ocasión, para entrar a la Tour Eiffel había dos colas debajo de la pirámide de vidrio para comprar la entrada, cada una de veinte o treinta personas, por supuesto, todos turistas. La francesa que estaba atendiendo una de las cajas de pronto cerró la ventanilla y dejó de atender. Y resulta que ése es el derecho administrativo que vamos a tomar de modelo. Creo que tiene muchos más problemas el derecho francés, porque parte realmente de una idea de proteger a la administración, proteger al pueblo y mantener un sistema burocrático. Ahora eso se ve en Francia por todos lados. Esta es la administración francesa, y esto es lo que el Consejo de Estado permite que funcione. Ahora, ¿ustedes creen que esto está a tono con los tiempos? Y después, en la doctrina económica, los franceses tienen un proyecto en el Parlamento para prohibir que se haga propaganda en otro idioma que no sea el francés, y para prohibir que las oficinas públicas hablen otro idioma que no sea el francés. Cuando estén en la Comunidad Europea, lo cual supone, entre otras cosas, una comunidad de lengua, ¿qué van a hacer? Veamos el ejemplo de los alemanes. En materia de revista científica, hace más de veinte años que han resuelto lo siguiente: "Nuestra vieja idea de que la gente aprenda alemán para saber lo que es ciencia, no va; si queremos que nos lean tenemos que escribir en inglés". Los japoneses, de entrada mucho más vivos, decidieron escribirlo todo en

inglés. Total, lo que importa es que yo le venda la idea, y no en qué idioma se la vendo. Los holandeses están por abandonar el idioma holandés. ¿Para qué vamos a practicar una lengua ya casi muerta? Estudiamos inglés y listo, no perdamos tiempo. A pesar de las restricciones que sobre la materia se presentan en Francia, los franceses mezclan los idiomas como todo el mundo.

Entonces, creo que el Concejo de Estado de Francia, lo mismo que el Parlamento francés, lo mismo que la administración francesa, son presos de un pasado; pero van a tener que salir. El Concejo de Estado había dicho que no aplicaba los tratados sobre derechos humanos, y se dio vuelta cuando vio que lo iban a condenar, y el Concejo de Estado no tiene más remedio que insertarse en el mundo en el cual está. Por eso es que me parece un esfuerzo estéril ir a buscar el derecho francés, porque además éste va a ser el último en enterarse de cómo cambió Europa. Entonces, más bien tenemos que ir a preguntar a los países que están entre los primeros, porque esos son los que nos van a dar las pautas de lo que está pasando. Esto no significa que sea superior el derecho administrativo español; simplemente están siguiendo más la evolución del continente en el cual están, y además que creo que realmente el Consejo de Estado en el sistema constitucional colombiano no es el Consejo de Estado de Francia; es otra cosa: es, como el sistema argentino o como tantos otros, un poder judicial con distintas ramas, con distintas competencias.

PREGUNTA: Dr. Arnaldo Mendoza Torres. Profesor, ustedes en Argenti-

na iniciaron el proceso de privatización antes que el nuestro, particularmente de los servicios públicos; entiendo que la experiencia en el campo eléctrico no ha sido lo más recomendable para tomar como ejemplo. ¿Hay algún diagnóstico de qué pasó, por qué parece que en principio no funcionaba el esquema que ellos tenían?

**GORDILLO:** Creo que lo primero que hay que tener en cuenta, como dice un amigo mío, es que cuando no hay más alternativas, hay que considerar las alternativas. Entonces, lo que ha pasado en Argentina es que la privatización se hizo de manera apresurada; y se hizo apresurada por haberla postergado. Y esto sí debiera ser una lección.

Los uruguayos querían privatizar la compañía de teléfonos, que andaba bien: es eficiente, honesta, barata y está tecnológicamente organizada, ¿pero qué pasa? Ellos estudian el mercado a quince o veinte años y se dan cuenta de que la innovación tecnológica les va a requerir inversiones que no van a estar en condiciones de hacer, ni el Estado en condiciones de dárselas. Entonces dijeron: "Este es el momento de venderla, porque la vamos a vender a precio óptimo, y el que la compre es el que tendrá el problema de seguir con el crecimiento de la empresa". La Reforma por Consulta Popular salió en contra, y el problema lo van a tener en quince o veinte años con un servicio deficitario, malo, atrasado, y el Estado sin recursos para mejorarlo.

Nosotros llegamos a ese estado de deterioro total antes de privatizar porque privatizamos mal, apurados, y una de las cosas que hicimos mal es

que no teníamos funcionando un sistema de control. En el caso de la electricidad y el gas, dentro de todos no son los más desprovistos, porque por lo menos antes de privatizarse se dictó una ley reguladora, marco regulatorio del gas, marco regulatorio de la electricidad, con un ente nacional regulador del gas y un ente nacional regulador de la electricidad, con algunos principios de control como el de la audiencia pública obligatoria. Dictan la ley y lo primero que hacen es privatizar y después es que crean el ente, y ahora el ente está estudiando para ver cómo hace para controlar, o sea, hay un quiebre en el cual la empresa está sin control de ninguna naturaleza. Con las telefónicas es peor, porque a éstas ni siquiera les crearon el marco regulador. Ahora, yo no defiendo la situación como está, pero en nuestro caso ya no había alternativa. Entonces, lo que haría yo hoy en día, si estuviera en un país con muchos servicios públicos, sería estudiar con tiempo la situación y sacar un régimen de control de servicio para después sí entrar a privatizar. Pongamos primero al máximo el mecanismo de control y después privaticemos, de modo que el primer día que la empresa privatizada empiece a prestar el servicio ya hay alguien controlándolo con las cosas claras en la cabeza referentes a cómo lo va a hacer.