

MIS CLASES DE DERECHO COMPARADO Y EL DERECHO COMPARADO EN MIS CLASES

OSPINA GARZÓN,* Andrés Fernando

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia

RESUMEN

La utilización del Derecho comparado como método de estudio del Derecho Administrativo, no es sólo la citación de autores o referencias bibliográficas foráneas sino que presta toda su utilidad para facilitar la evolución del derecho positivo, muestra las razones históricas y teóricas que soportan muchas instituciones administrativas, permite proveer soluciones novedosas a problemas antiguos o recién planteados y genera una comprensión de la lógica y principios de los diferentes sistemas jurídicos.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado, Derecho positivo, método histórico, vacíos normativos, sistemas jurídicos, instituciones, referencias bibliográficas, etc.

ABSTRACT

The use of comparative law as a study method in Administrative Law cannot consist only of mere reference or bibliographic citations of foreign authors. On the contrary, such a method has a great potential: it contributes to the evolution of positive law, explains different institutions from a historical and theoretical point of view, provides innovative solutions to old and traditional problems and allows the comprehension of principles and rules from different legal orders.

KEY WORDS: comparative Law, positive Law, historical method, legal vacuum, legal system, institutions, bibliographic references.

Fecha de recepción : 01-05-2016

Fecha de aceptación: 01-06-2016

* Docente e investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Especialista, Magister y Doctor en Derecho de la Universidad de París II, Panthéon-Assas. Actualmente es Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional colombiana.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. MIS CURSOS DE DERECHO COMPARADO. 3. EL DERECHO COMPARADO EN MIS CURSOS. 4. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando me miro al espejo me deprimó... cuando me comparo, me consuelo. He ahí una mala utilización del método comparado, aquella guiada por el ego, por la competencia o, incluso, por sentimientos de inferioridad. El recurso a la comparación, en el estudio y la enseñanza del derecho debe buscar finalidades loables, es decir, debe ser útil al derecho o a su estudio. Es por esta razón que a mis estudiantes de metodología de la investigación, de la Maestría en Derecho Administrativo, cada vez que me preguntan si en sus trabajos monográficos deben incluir el derecho comparado, les respondo que comparar no es imperativo, que sólo es necesario si el tema en concreto lo justifica, que no debemos utilizar el derecho comparado como un instrumento decorativo, para mostrarnos cultos o profundos o para engañar incautos xenófilos, de los que abunda en Colombia. Por esta razón les insisto que no debemos caer en el esnobismo de comparar lo incomparable o comparar por comparar. Así, les explico que en los temas colombo colombianos, el método comparado a más de no aportar nada a la calidad del texto, puede, por el contrario, distraer. También les insisto que cuando se decida utilizar el método comparado, debe hacerse con seriedad, es decir que no basta con citar alguna referencia no escogida ni filtrada, sino encontrada al azar. Esto quiere decir que debemos ser conscientes de nuestras limitaciones tanto de lenguaje, como de acceso a las fuentes. No en todos los casos el derecho comparado de oídas es fiable, como cuando leemos a un autor que realiza estudios comparados a partir de notas de pie de página de otros autores o de interpretaciones no profundas del derecho de otro país.

A los estudiantes que insisten en su necesidad y vocación comparatista, luego de plantearles los riesgos y advertirles las dificultades, les hablo aún más del derecho comparado. Lo primero que me obligo a hacer es a precisarles que el derecho comparado no es una metodología, como frecuentemente lo leo y lo escucho, sino un método. Las palabras construidas a partir del sufijo *logía*, que significa conocimiento o estudio, indican que se trata de la ciencia que estudia algo. En este sentido, la comparación no es una metodología, sino un método. Dicho de otra manera, si la sexología es la ciencia que estudia el sexo, ¿acaso cuando se le propone a alguien de tener relaciones sexuales se le dice ¿tenemos sexología? Hecha la aclaración terminológica, les indico lo que no es derecho comparado, como es el caso de citar autores extranjeros que hablan del mismo tema o referir el derecho extranjero sin hacer un esfuerzo para contrastarlo con el derecho nuestro o el de otro u otros países. En este último caso se trata de referencias al derecho extranjero, pero de ninguna manera estamos frente a una de las variadas formas del derecho comparado. También les indico que existen distintos niveles de comparación, de dificultad variable: la comparación

normativa, que coteja los sistemas jurídicos a partir de los preceptos que los rigen; la que explica sus orígenes a partir de razones históricas, económicas, sociológicas, etc., para dar sentido a la formulación positiva de la norma, como la culminación de un proceso y de un contexto; y, por último, la que pone en movimiento el ordenamiento jurídico comparado y explica la manera como se aplica, como funciona y los problemas y virtudes que presenta. También les aconsejo realizar un estudio desprevenido y objetivo, que no parta de preconceptos, ni busque un resultado *a priori*, sino que parta libre a buscar las conclusiones.

Un punto esencial queda entonces por resolver: ¿comparar para qué? En Colombia muchos proyectos de ley son el resultado de estudios de legislaciones extranjeras y eso se refleja en las exposiciones de motivos de los proyectos. Basta recordar que el proyecto que se convirtió en Ley 130 de 1913, que creó en Colombia la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dice haber estudiado los sistemas italiano, francés, español y alemán de control judicial de la administración, para poder construir el mejor sistema para Colombia. Las citas de doctrina extranjera se realizaron sin rigor e, incluso, algunas fueron mutiladas¹; también varios de los artículos del actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fueron inspirados en el derecho español, francés y costarricense, por no citar más que dos ejemplos. Se trata de la primera de las funciones del derecho comparado: la evolución del derecho positivo, como resultado de la comparación. Debo advertir, no obstante, que muchas veces en Colombia la comparación con fines normativos se queda en el primer nivel y utiliza el argumento de autoridad como razón suficiente para concluir la superioridad del derecho extranjero. Es por esto que en tiempos recientes todo lo que se importa del derecho estadounidense² pareciera tener una presunción de utilidad y superioridad. Pero más allá de los fines normativos de la comparación, el método comparado puede resultar útil para el estudio del derecho. Estas finalidades las explicaré, a partir de mi corta experiencia en la materia, en dos etapas: primero la utilidad del derecho comparado en los cursos en los que éste es el objeto mismo de la clase y, segundo, la utilidad del derecho comparado en mis cursos cuyo objeto no es la comparación.

2. MIS CURSOS DE DERECHO COMPARADO

A pesar de no ser un comparatista de tiempo completo, la Universidad Externado de Colombia me ha permitido, en cuatro contextos, llevar a cabo cursos de derecho comparado. El Externado respeta la libertad de cátedra, reconocida constitucionalmente. El primero no era inicialmente un curso de derecho comparado, pero terminó siéndolo;

¹ El tema lo expliqué en el libro de mi autoría *De la Jurisdicción administrativa, a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, ¿Un viaje de ida y vuelta?*, publicado por la Universidad Externado de Colombia en el año 2009.

² El derecho colombiano es derecho americano, ya que Colombia hace parte del continente americano o, acaso, ¿aceptarían los europeos que nosotros reserváramos el adjetivo europeo a cierto país del continente?

el segundo y el tercero resultaron de una comparación terminada; el cuarto nació con el objetivo de comparar.

El primero de ellos se llama Introducción a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la especialización de derecho contencioso administrativo. Se trata de un curso que existe desde el inicio mismo del programa de formación continua. En sus primeros años, el titular de la cátedra era un magistrado de tribunal administrativo, con bastante experiencia, que explicaba a los alumnos la estructura de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, el número de magistrados, las calidades exigidas para ser ocupar este cargo, los asuntos que conocía cada sección del Consejo de Estado, etcétera. Era un curso ciertamente útil para los estudiantes, pero que no pasaba de ser descriptivo-explicativo. El curso tuvo un giro radical cuando fue asumido por el actual director del Departamento de Derecho Administrativo, Alberto Montaña Plata, quien consideró que la mejor manera de introducir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no era dibujarla, sino justificarla. Por esta razón, Alberto realizó el primero y más importante esfuerzo teórico que se ha hecho en Colombia para explicar la razón de ser de nuestro sistema de control judicial y lo convirtió en un libro que se convirtió en el texto de la materia, que empezó a ser distribuido a los estudiantes. Tiempo después, escribí el libro ya citado *¿Un viaje de ida y vuelta?* en el que asumo una manera distinta de explicar y justificar, a la vez, nuestro sistema de control judicial de la administración: el histórico comparado. Fue el mismo Alberto Montaña quien luego de leer mi libro quiso generosamente compartir su curso conmigo, el que alternamos desde entonces. En el curso de Introducción a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, pretendo que los estudiantes entiendan que nuestro sistema de control judicial solamente se explica en razón de determinadas circunstancias históricas, así como de influencias foráneas, cada una cargada de historia. El viaje de ida y vuelta comienza en Francia, hace escala en España, llega a Colombia y plantea la manera como, de regreso, nuestro sistema podría influenciar los sistemas de los que recibió alguna influencia. En cada una de esas etapas me esfuerzo por explicar las razones que en su momento moldearon el sistema y las influencias que recibió. La contraportada del libro plantea que el viaje de la conquista española hacia América fue de ida y vuelta y que, por lo tanto, mutuamente no seríamos los mismos, si no nos hubiéramos recíprocamente descubierto. En este curso, el derecho comparado cumple una función explicativa y justificativa. Se trata del método de observación de las pinturas impresionistas: alejarse para ver mejor.

El segundo curso nació del derecho comparado ya que es fruto de la realización de mi tesis doctoral sobre *La actividad contenciosa de la administración en derecho francés y derecho colombiano*. Se trató de un ejercicio de derecho comparado que demostró que la resolución de litigios por parte de las autoridades administrativa no es una función ni jurisdiccional, ni cuasi jurisdiccional, sino plenamente administrativa, que no contraría ni la separación de poderes, ni las garantías fundamentales de los administrados y, por el contrario, es un instrumento esencial para el cumplimiento de los fines estatales. Se trata no solamente de la actividad arbitral de la administración, en términos españoles, sino de una categoría mucho más amplia que teoriza y explica todas las hipótesis de esta

función administrativa contenciosa. Otra vez, fruto de la generosidad intelectual del Director del Departamento de Derecho Administrativo, se abrió un seminario de función administrativa contenciosa en la Maestría en Derecho Administrativo el que, en este año, se dictará por tercera ocasión. La comparación resulta útil porque pone de presente cómo, por razones históricas distintas y, en contextos políticos diferentes, tanto el derecho francés, como el colombiano, ocultan primero la actividad contenciosa de la administración, para abrirle luego espacio de manera lenta, pero cada vez mayor. El curso realiza propuestas no solo de reformas normativas, sino de prácticas contenciosas en el uso de las competencias administrativas. El tercer curso también resultó de esta comparación y condujo a una reforma en el programa educativo de la especialización en derecho contencioso administrativo. Se trató de incluir, como primera materia del programa, una asignatura de Teoría del Contencioso Administrativo en la que, gracias a la comparación, se rompe el concepto tradicional de contencioso administrativo, asimilado a asuntos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para abrir paso a conceptos como los de contencioso administrativo no jurisdiccional y de contencioso administrativo jurisdiccional, de jurisdicción ordinaria, impensables sin el recurso al derecho comparado.

El cuarto curso de derecho comparado ya nació en sí mismo con el objetivo de comparar. Pero la dificultad fue mayor. Se trató de ofrecer a los estudiantes del Doctorado en Derecho del Externado, un seminario optativo de Derecho administrativo comparado alemán, francés y colombiano. Se trató de una experiencia pedagógica excepcional ya que resultó de la asociación con la profesora Mónica Liliana Ibagón quien realizó estudios doctorales en Alemania. La preparación del curso a cuatro manos y dos voces nos demandó bastante trabajo: debimos acordarnos sobre los temas a comparar, el método de la comparación y la forma de presentar los resultados a los estudiantes. Quedaba un riesgo: que ningún estudiante del doctorado escogiera nuestro seminario y el esfuerzo fuera relativamente inútil, porque en todo caso aprendí bastante del derecho alemán. Sin embargo, el seminario fue escogido por varios estudiantes y lo llevamos a cabo. En este caso, la utilidad del derecho comparado se potencializó ya que, a más de las coincidencias y divergencias, encontramos problemas en común que fueron resueltos en un sistema y en otro no, o cuya solución ha dado mejores resultados.

En todos estos casos, la comparación pareciera ser el objeto mismo del curso, aunque en realidad el derecho comparado mostró nuevas perspectivas, nuevas maneras de solucionar los problemas que afronta el derecho y permitió entender mejor nuestro propio derecho, a la luz de la comparación. Pero el derecho comparado también ha sido un instrumento en clases en las que su utilización es más puntual, para resolver problemas concretos que determinado asunto plantea.

3. EL DERECHO COMPARADO EN MIS CURSOS

Se trata de cátedras que no tienen una vocación por sí mismas para la comparación, ya que persiguen la explicación del derecho positivo colombiano para un auditorio que

busca profundizar en el estudio del derecho, para aplicarlo en su trabajo cotidiano. Los estudiantes de este tipo de programas educativos acuden a la Universidad una vez ya han obtenido el grado y, en la gran mayoría de los casos, se encuentran ejerciendo el derecho, algunos con bastantes años de experiencia en la consultoría, la abogacía e incluso la judicatura. Buscan actualización, profundización, mayores conocimientos y por esto vuelven a la Academia. A primera vista no se trata del auditorio más receptivo frente al derecho comparado y, por el contrario, suele tener una prevención hacia el mismo por considerarlo inútil, en tanto que inaplicable a los problemas que podría enfrentar en su cotidianidad. Es precisamente en este tipo de cursos en los que el recurso al derecho comparado debe ser adecuado a las necesidades. No obstante, es justamente en estos contextos en los que el derecho comparado puede dar frutos más tangibles. Con algunos ejemplos explicaré en qué momento y con qué finalidad acudo al derecho comparado.

En el curso de procedimientos administrativos, el derecho comparado lo utilizo, entre otros, en dos aspectos puntuales. En primer lugar, se trata de explicar la institución del silencio administrativo en la que bien podría pensarse que basta con precisar el término para que se configure, así como el efecto otorgado por la ley al silencio, es decir, cuándo es positivo o surte efectos de aceptación y cuándo es negativo o de rechazo. Sin embargo, el derecho comparado en el aula confronta a los estudiantes frente a lo que podrían considerar una evidencia, al explicar algunos sistemas, como el español, en los que la regla general es el silencio administrativo positivo o, el francés, el que aparentemente ha transitado recientemente en el mismo sentido, pero con bastantes condiciones y excepciones. La explicación de las razones históricas que condujeron al derecho francés, a finales del siglo XIX, a crear el sistema de la decisión implícita de rechazo ponen de presente que, desprovistos de los mismos problemas que los condujeron a ellos a instaurar la ficción, pareciera que Colombia no necesitaba realizar dicha importación, hoy en día conflictiva. También recorro al derecho comparado para explicar la razón de ser de nuestra vía gubernativa, la que sin las referencias al derecho español y la comparación entre los dos sistemas, queda convertida en una descripción plana, sin perspectivas³. Les recuerdo a los estudiantes que la Ley 1437 de 2011 abandonó en Colombia la expresión vía gubernativa, sin al menos haber entendido la razón de ser de la expresión.

En el curso de control judicial de la administración también recorro al derecho comparado, en determinados asuntos. También precisaré algunos ejemplos. Así, para explicar el sistema colombiano de acciones hago un recuento histórico comparativo con el derecho francés ya que gran parte de los problemas de nuestro sistema se derivan de la ley 167 de 1941, la que en la exposición misma de motivos explicó que la intención del legislador era la de instaurar, en Colombia, un sistema francés de acciones para el control judicial de la administración. El derecho comparado demuestra, en este caso, la falta de rigor en la importación y explica el origen del descuadernamiento de nuestro sistema que para corregir los errores históricos, maquilló las acciones, al simplemente

³ Con BENAVIDES, J.M., escribí un artículo consultable en línea que incluye elementos comparados y se titula “La justificación de los recursos administrativos”.

borrar la palabra acción y buscó así, ingenuamente, unificar las acciones. El derecho comparado también resulta útil para explicar cómo las distintas causales de nulidad del acto administrativo fueron deducidas por la jurisprudencia francesa a partir del concepto unitario de exceso del poder. La comparación con el derecho español me permite, finalmente, demostrar por qué en Colombia, más allá del nombre, no es cierto que tengamos una acción de lesividad, ya que nuestro sistema dista materialmente, en este tema, del español.

En el curso de derecho administrativo sancionatorio⁴, materia tan poco estudiada en Colombia y tan llena de vacíos y reductos de arbitrariedad, la comparación resulta el mejor instrumento para poner en evidencia que existen mejores maneras de poner en movimiento el *ius puniendi* estatal, por medio de formas administrativas. En esta materia, la referencia a los cambios impuestos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los Estados miembros, permite vislumbrar tendencias en la protección eficaz de los administrados, al tiempo que se logra el equilibrio con la eficacia y eficiencia administrativas.

En todos estos cursos en las que me valgo del derecho comparado, a pesar de la vocación profesional práctica de los estudiantes y no meramente académica, el método de estudio comparado lo justifico en la idea que tengo del especialista o magister en derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia: una persona que no solamente sabe, sino que comprende la razón de ser de las instituciones, que interioriza la lógica y los principios de los sistemas jurídicos, que asume en su manera de ser la duda como método y que está preparado para afrontar, sin miedo, las reformas normativas que con bastante frecuencia se introducen en nuestro ordenamiento jurídico. Gracias al derecho comparado, los estudiantes graduados de nuestros programas reciben unos conocimientos que no caducan y, por lo tanto, sus diplomas no pierden vigencia o expiran con el paso del tiempo. Formamos estudiantes críticos, en capacidad de proponer cambios normativos y mejores prácticas y capaces de entender los movimientos bruscos y tantas veces insensatos de nuestra normatividad. Como lo diría Jèze en su momento, formamos juristas, mucho más que legistas.

Termino con una pregunta de uno de mis estudiantes de metodología de la investigación jurídica: ¿Cuál es el mejor método de derecho comparado? No existe, en abstracto. El mejor método para comparar es el que cumpla de la mejor manera los objetivos que justifican la comparación y, para esto, no hay uno solo. No obstante, mi preferencia es por el comparado histórico, porque no solo plantea las diferencias y similitudes, sino explica el por qué de ellas. ¿Acaso el psicoanálisis no es un buen método para solucionar los traumas y catalizar frustraciones?

⁴ Otra precisión terminológica me lleva a no utilizar la expresión derecho administrativo sancionador, como por ejemplo es utilizada por el profesor NIETO, Alejandro, ya que derecho administrativo sancionador significaría, erróneamente, que es el derecho administrativo el que sanciona y no la administración. Al tratarse del estudio del régimen jurídico de la potestad de sanción de la administración, se trata del derecho administrativo sancionatorio.

4. BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES, JOSÉ LUIS, “La justificación de los recursos administrativos”, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3293/3068>, 2012

NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, 2012, 9788430954766