

“Los tres tenores” del derecho administrativo en el Externado

Derecho administrativo y derecho privado: interacciones

DISCUSIÓN ENTRE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, SABINO CASSESE Y PIERRE DELVOLVÉ



Andrés Fernando Ospina Garzón
Moderador

Universidad
Externado
de Colombia

“Los tres tenores” del derecho administrativo en el Externado

Derecho administrativo y derecho privado: interacciones

DISCUSIÓN ENTRE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, SABINO CASSESE Y PIERRE DELVOLVÉ



Andrés Fernando Ospina Garzón
Moderador

Universidad
Externado
de Colombia

ANDRÉS FERNANDO
OSPINA GARZÓN

Moderador

**“LOS TRES TENORES”
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
EN EL EXTERNADO**

DISCUSIÓN ENTRE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN,
SABINO CASSESE Y PIERRE DELVOLVÉ

*DERECHO ADMINISTRATIVO Y
DERECHO PRIVADO: INTERACCIONES*

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

"Los tres tenores" del derecho administrativo en el Externado : discusión entre Eberhard Schmidt-Assmann, Sabino Cassese y Pierre Delvolvé : derecho administrativo y derecho privado: interacciones / moderador Andrés Fernando Ospina Garzón ; traducción de Mónica Liliana Ibagón. — Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2015.

51 páginas : fotografías ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587723519

1. Schmidt-Assmann, Eberhard — Crítica e interpretación 2. Schmidt-Assmann, Eberhard — Pensamiento jurídico 3. Cassese, Sabino — Crítica e interpretación 4. Cassese, Sabino — Pensamiento jurídico 5. Delvolvé, Pierre — Crítica e interpretación 6. Delvolvé, Pierre — Pensamiento jurídico 7. Derecho administrativo — Teorías I. Ospina Garzón, Andrés Fernando, moderador II. Ibagón Ibagón, Mónica Liliana, traductora III. Bejarano Guzmán, Ramiro, 1954- IV. Universidad Externado de Colombia.

344

SCDD 15

Catalogación en la fuente — Universidad Externado de Colombia. Biblioteca - EAP

Agosto de 2015

ISBN 978-958-772-351-9

© 2015, ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN (MODERADOR)

© 2015, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2015

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores S.A.S.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de (los) autor (es).

CONTENIDO

Presentación	9
<i>Andrés Fernando Ospina Garzón</i>	
Memorias del seminario	13
Documento guía para la exposición de Eberhard Schmidt-Assmann	43
“Los tres tenores”. Reseña biográfica	45
Algunos ponentes de las XV Jornadas internacionales de derecho administrativo	47

PRESENTACIÓN

El martes 2 de septiembre, a las 4 de la tarde, fueron convocados en el salón G-101 de la Universidad Externado de Colombia los profesores Eberhard Schmidt-Assmann, de Alemania; Pierre Delvolvé, de Francia, y Sabino Cassese, de Italia, para discutir el tema de las interacciones entre el derecho administrativo y el derecho privado, en un seminario abierto al público. La invitación fue aceptada por estudiantes de pregrado, de especializaciones, de maestría y doctorado y por profesores de diferentes departamentos de Derecho del Externado y de otras universidades. Esos momentos mágicos fueron posibles gracias a la iniciativa del profesor Schmidt-Assmann, que invitado a dar una conferencia durante las XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, que comenzarían el día siguiente, quiso tener un contacto directo con los estudiantes para escuchar sus preguntas, responderles y, en sus palabras, aprender también de ellos. El seminario se organizó y se publicitó. El lunes 1.º de septiembre fueron invitados los profesores Cassese y Delvolvé para estar presentes en seminario dirigido por Schmidt-Assmann. De inmediato el profesor Delvolvé respondió con la vivacidad que lo caracteriza “¿Y podemos hablar?”. La idea le pareció magnífica al profesor Schmidt-Assmann, y el profesor Cassese se sumó emocionado. Así surgió el seminario cuya transcripción organizada se incluye en esta separata.

El ambiente general era de emoción por tener reunidos a estos tres grandes, que de inmediato fueron bautizados como “los tres tenores del derecho administrativo”. Las expectativas se superaron y el seminario se desarrolló con profundidad y camaradería (la foto que se incluye en la portada de esta separata da cuenta del ambiente que se vivió). Al final, después de casi tres horas, un aplauso cerrado anunciaba ya que las Jornadas que empezarían el día siguiente serían únicas.

Antes del seminario se distribuyó un esquema de la exposición del profesor Eberhard Schmidt-Assmann, que se incluye en esta separata, después de las memorias del seminario. El documento fue gentilmente traducido al español por la profesora Mónica Liliana Ibagón. Esta publicación transcribe las intervenciones de los tres profesores, pero teniendo en cuenta que se hicieron a partir de la traducción simultánea del alemán, el francés y el inglés (Sabino Cassese quiso hablar en este idioma), al español, fue necesario

realizarle ajustes de lenguaje en aras de la claridad, siempre con la preocupación de no deformar las ideas de los tres profesores.

El moderador de esta discusión quiere agradecer afectuosamente a María Angélica Cuchigay y Janeth Castañeda, quienes coordinaron administrativamente este evento, y a la señorita Elizabeth Lotero, por haber realizado la primera transcripción de las discusiones.

La discusión de “los tres tenores del derecho administrativo” en el Externado fue un momento único, que aunque por sí mismo pasó a la historia, justificaba que de lo dicho disfrutaran muchas más personas en muchos lugares.

ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN

En Bogotá, a 14 de julio de 2015



De izquierda a derecha: Sabino Cassese, Eberhard Schmidt-Assmann y Pierre Delvolvé.
Foto: Adalgiza Barandica.

Andrés Fernando Ospina Garzón: Buenas tardes. La Universidad Externado de Colombia, el Departamento de Derecho Administrativo y las Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo les dan la bienvenida y les agradecen por haber aceptado esta invitación a este seminario de discusión donde abordaremos el tema de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho privado. Tenemos el honor de contar con la presencia de tres grandes del derecho administrativo: Eberhard Schmidt-Assmann es profesor emérito de la Universidad de Heidelberg, en Alemania, y es un destacado exponente del movimiento de reforma del derecho administrativo. El profesor italiano Sabino Cassese es profesor emérito de la Escuela Normal Superior de Pisa y actualmente es magistrado de la Corte Constitucional italiana. También tenemos el gusto enorme de recibir, por tercera vez, en nuestra casa del Externado, a Pierre Delvolvé, quien es profesor emérito de la Universidad de París II, Panthéon-Assas, y actualmente es miembro del Instituto de Francia. Es un privilegio para nosotros contar con los tres. Los profesores Delvolvé y Cassese han querido, generosamente, unirse a la iniciativa del profesor Schmidt-Assmann para lograr este momento único.

En esta tarde, el profesor Schmidt-Assmann nos va hablar de las interacciones o de las relaciones dinámicas entre el derecho administrativo y el derecho privado, un tema clásico, esencial, tradicionalmente abordado a partir de la separación y de la autonomía entre estas dos ramas del derecho. Resultará ciertamente interesante escuchar la posición del profesor Schmidt-Assmann, en la medida en que él encarna un movimiento de reforma en el derecho administrativo, iniciado en Alemania, hace algunos años, con profesores de distintas universidades, que se ha extendido en particular en España, y uno de los postulados de la reforma, en palabras del profesor Schmidt-Assmann, es el espíritu de sistema o el método sistémico del estudio del derecho, y es justamente lo que vamos a escuchar. Luego de la intervención de los tres profesores ustedes tendrán la oportunidad de participar, de formular preguntas al profesor Schmidt-Assmann, al profesor Sabino Cassese y al profesor Pierre Delvolvé. Quiero agradecerles nuevamente por su presencia en este preámbulo de las XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo que empezamos mañana miércoles, en torno de la constitucionalización del derecho administrativo, con la participación

de estos tres "tenores" del derecho administrativo, y de otros importantes profesores colombianos y extranjeros.

Profesor Schmidt-Assmann, le doy la palabra y muchas gracias por estar con nosotros.

Eberhard Schmidt-Assmann: Queridos colegas, queridos estudiantes, nos alegramos mucho de que ustedes hayan podido asistir a esta reunión porque detrás de todo esto hay una idea que quiero explicar. Nosotros tres vinimos con mucho gusto a Colombia y ya mañana vamos a tener unas conferencias más largas y estructuradas en las que ustedes oirán nuestras ideas; entonces, por eso, también valdría la pena que hoy ustedes nos dieran sus ideas acerca de temas que les interesan particularmente. En esta tarde queremos hablar del derecho privado y del derecho público de una forma mucho más íntima, en este pequeño grupo, en el que esperamos, por supuesto, oír también al público. Yo escribí una pequeña presentación que resume las ideas centrales de lo que les voy a hablar y, a pesar de la premura, el profesor Ospina respondió muy amablemente e hizo lo necesario para que ustedes tuvieran este documento. Agradezco a la profesora Ibagón, que tradujo el documento¹. Después de mi presentación, vamos a ver si alguien tiene comentarios, y mis colegas o yo podremos argumentar o interactuar.

Ustedes seguramente ya miraron ese documento; por tanto, aquí no se trata de una presentación inmensa o que cubra muchas cosas, sino un par de aspectos que nos parecen importantes relacionados con este tema tan amplio, y por consiguiente, he querido utilizar un orden sistemático resumido. Gracias al documento, vamos a comunicarnos sobre una base ya conocida para todos. Mi exposición se divide en dos partes: primero voy hablarles de una tesis básica, de los fundamentos de mi postura, de los principios básicos y, después, en una segunda parte, mostraré tres perspectivas de la relación del derecho administrativo frente al derecho privado.

1 El documento que sirvió de guía a la discusión se transcribe al final de las memorias del seminario.

I. PARTE: FUNDAMENTOS: DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO SON DOS RÉGIMENES DENTRO DE UN ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL UNITARIO

La primera parte se explica a partir de una tesis: el derecho público y el derecho privado son dos componentes del régimen o dos partes del régimen dentro de un ordenamiento constitucional unitario. La tesis no es nada novedosa: un antiguo profesor alemán (Otto von Gierke) sostenía, hace más de un siglo, que el derecho público y el derecho privado son, como él dice, hijos de una misma madre. Permítanme, entonces, hablarles de esta relación entre el derecho privado y el derecho público a partir de dos puntos esenciales: uno primero que conduce a la separación, de las tendencias que llevan a una división, y un segundo punto que precisa coincidencias en la tendencia unitaria. Para entender la primera tendencia, la de división, es necesario partir de la separación entre la sociedad y el Estado. Lógicamente, esta separación no es dogmática, sino afirmada desde el punto de vista histórico, y gracias a la presencia de mis compañeros de panel, ustedes podrán verificar esta misma separación en distintas latitudes: ideas comunes pero con diferencias en el derecho. A pesar de los orígenes lejanos en el tiempo de la separación entre Estado y sociedad, dicha diferenciación también se encuentra presente en las constituciones modernas. Por ejemplo: en la Ley Fundamental de Bonn, alemana, se afirma que la administración de los estados federados (los *länder*) se encuentra sometida a los derechos fundamentales y que debe tener una legitimación democrática. Me tomé el trabajo de mirar la Constitución colombiana y encuentro coincidencias en cuanto a la separación entre Estado y sociedad. Se trata de un principio de separación asimétrico que se puede expresar de la siguiente manera: los individuos obran con una libertad básica, un derecho fundamental que, en principio, no está sometido a obligaciones, mientras que la Administración está sometida a las competencias conferidas por el derecho constitucional. Por esta diferenciación, los actos de la Administración requieren ser motivados, mientras que las actuaciones de los particulares no. De la misma manera, los particulares disponen, en derecho alemán, de una autonomía contractual, mientras que la Administración no tiene autonomía contractual. En la Constitución colombiana existe una serie de normas que dibujan esa separación entre sociedad y Estado, por medio de libertades y derechos de

los particulares y explicaciones de las competencias, cargas y límites para la Administración. La separación es asimétrica.

Desde el punto de vista tradicional, la separación entre la sociedad y el Estado parece obligar a separar el derecho privado del derecho público. Ahora bien, existe una contratendencia que se expresa mediante la idea de constitucionalización: tanto el derecho privado como el derecho público se encuentran inmersos en una misma Constitución, que es la Constitución del Estado. En la perspectiva clásica, el derecho público es el derecho de la Administración y no el derecho privado. Pero incluso también el derecho privado está obligado o vinculado a la Constitución y al diseño de esta.

Tradicionalmente se creía que el derecho privado era de orden legal, a lo largo de grandes codificaciones. Sin embargo, la constitucionalización del derecho privado ha permitido sostener que los derechos fundamentales no son solo exigibles respecto del Estado, frente al cual es necesario poner en práctica su poder de protección de los particulares, sino también respecto de los particulares, en sus diferentes relaciones. También, una parte importante de los deberes del Estado los cumple por medio del derecho privado.

Aún hoy hay quienes explican el derecho privado como si fuera un ordenamiento autónomo, dejando de lado que este también se encuentra vinculado por la Constitución. Consideran, equivocadamente, que el derecho privado administra de manera distinta los conflictos entre las personas, como lo haría el derecho público. Esta es la visión clásica, tradicional. Gracias a la constitucionalización del derecho, el derecho privado se encuentra cada vez más comprometido con el Estado y la sociedad. De la misma manera, el derecho público se involucra cada vez más en las relaciones privadas, por ejemplo, en la protección de los vecinos, la protección de los consumidores, y de esta manera podría sostenerse que el derecho público protege también intereses privados de los particulares o de la Administración. El derecho privado también se orienta hacia el bienestar común y protege de manera contundente los derechos individuales.

Hasta aquí hemos puesto en duda la separación entre el Estado y la sociedad, entre el derecho privado y el derecho público, ya que ambos forman parte de una Constitución común. Estas relaciones necesarias y permanentes entre el derecho público y el privado permiten combinaciones variadas que inducen a afirmar que ambos pretenden llevar a cabo intereses conjuntos. Sin embargo, esto no significa que pueda afirmarse la existencia de un solo

derecho que supere o ignore las diferencias entre los dos. La diferenciación es necesaria; como afirma la máxima romana *qui bene distinguit, bene iudicat*, resulta útil ver las diferencias entre el derecho privado y el derecho público. Pero ello no significa ausencia de relaciones, en justas proporciones. Dichas relaciones deben estudiarse, elaborarse, paso a paso, para determinar las consecuencias que aparejan. De esto hablaré en la segunda parte.

II. PARTE: TRES PERSPECTIVAS DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PRIVADO

1. La perspectiva tradicional: empecemos por estudiar la perspectiva tradicional, al menos en los libros alemanes: de acuerdo con estos textos, es necesario diferenciar si un determinado supuesto de hecho pertenece al derecho privado o al derecho público. ¿Cuál es el derecho que desempeña un papel en la definición del problema jurídico?

En esta perspectiva tradicional, las fronteras están bien demarcadas y la administración, a partir de las cláusulas legales correspondientes, corresponde al derecho público, mientras que las cláusulas legales civiles son las de los particulares. Esta diferencia sería útil para los jueces, pero sobre todo para nuestros estudiantes, aunque la diferencia no correspondía con la realidad. Supongamos que alguien presenta una queja sobre algo que le ocurrió y tiene que ver con el derecho de propiedad; dicha queja la va a presentar ante los jueces para que la resuelvan, y el proceso pertenecería a la ley civil porque se trata de un asunto que enfrenta a vecinos. Pero cuando el vecino es la Administración, en ejercicio de una tarea pública, suponemos que el litigio pertenece al derecho público.

Desde esta perspectiva tradicional, los problemas prácticos deben solucionarse a partir de tres pasos: el primero apunta a saber adónde queremos llegar, desde un punto de vista general. El segundo se refiere a la calificación jurídica del litigio, saber si es un litigio de derecho público o de derecho privado. El tercero considera las partes del litigio, ya que se cree que todo lo que tiene que ver con la Administración es derecho público. Ahora bien, tras una ardua discusión, en derecho alemán se concluyó que no bastaba con que la Administración fuera parte de un litigio para que este se identificara como de derecho público; también hay una parte importante de la actividad de la Administración regida por el Derecho privado. Hay casos en los que

resulta relativamente fácil identificar las leyes con las que se va a decidir el asunto, es decir, las normas aplicables, para saber si pertenecen al derecho público o al derecho privado. Por ejemplo, cuando se trata de un asunto de las autoridades de policía administrativa o de finanzas públicas o de medio ambiente, es un asunto de derecho público. Pero en un caso como el que planteé, de un conflicto entre vecinos, pensemos, por las emisiones que uno de ellos hace a la atmósfera o por la indebida deposición de las basuras, la solución no es tan simple, porque hay asuntos de derecho público en un conflicto entre privados. En este caso se suele aplicar una especie de *test* para determinar el derecho con fundamento en el cual se decidirá el asunto. Esta hipótesis permite ver que el derecho público no es, en realidad, el derecho exclusivo de la Administración y, en realidad, es algo que incumbe a todos.

Ni siquiera la existencia de jurisdicciones especializadas en cierto campo del derecho es un criterio fiable para determinar las normas aplicables, de derecho público o de derecho privado. Las distintas jurisdicciones, y su idea de pertenecer a un determinado derecho, son más el resultado de la tradición judicial y no hay que olvidar que cada derecho tiene sus propias tradiciones. El asunto no se resuelve entonces con la determinación del juez competente: los tribunales civiles también deciden apoyados en el derecho público. El punto definitivo, en esta perspectiva tradicional, tiene que ver, si volvemos al ejemplo del litigio entre vecinos por los problemas que genera la emisión de gases o la deposición de basuras, con que uno de ellos realiza una labor especial, una tarea pública. Incluso con la deposición de basuras el organismo público estaría cumpliendo obligaciones públicas y, por tanto, debería regirse el litigio por el derecho público. La solución no es pacífica porque suponemos una superposición entre los dos derechos. Entonces, en este tema clásico, parece necesario estudiar una perspectiva sistémica.

2. La perspectiva sistémica: partamos de una frase que no me gusta mucho pero que se encuentra, con demasiada frecuencia, al menos en derecho alemán, en los textos de derecho administrativo, según la cual este es derecho público. Eso no es cierto. Debería afirmarse que gran parte del derecho administrativo pertenece al derecho público, pero existen situaciones, al menos en derecho alemán, en las que la Administración utiliza el derecho privado. Esta es una afirmación factual o de hecho. Voy a darles algunos ejemplos: piénsese en las relaciones laborales de los trabajadores

públicos, en los empleados en el servicio público, los empleados públicos, en las empresas públicas o los que trabajan en las tareas públicas o en las concesiones públicas. Siempre el concepto de lo público puede llevar a pensar que se rigen siempre por el derecho público, en razón de la asimilación ligera entre lo público y el derecho público. En realidad, no todo lo que se refiere a lo público es derecho público. De esta manera es necesario señalar la existencia de una Administración de derecho privado. Me imagino que hay constituciones que no permiten esto, pero la Constitución alemana no es tan estrecha, tan estricta, y permite afirmar que la Administración no siempre utiliza el derecho público. Hay campos muy amplios y muy importantes en los que la Administración desempeña un papel en la sociedad por medio del derecho privado.

A mí me parece correcto que, gracias a esta posibilidad, la Administración pueda cooperar o participar en el ámbito privado, por ejemplo, mediante asociaciones y que estas actividades no queden excluidas del derecho, aunque se trate del derecho privado; pero bueno, la conveniencia de aplicar el derecho privado a ciertas actividades administrativas la podremos discutir más tarde, si ustedes lo quieren.

Ahora bien, desde el punto de vista de la Constitución, los derechos significan un límite a la actividad administrativa. En los casos en los que la Administración utiliza canales propios del derecho privado, parece tener una mayor flexibilidad, una mayor libertad, y esta especie de huida hacia el derecho privado podría percibirse como un intento de escaparse del respeto de postulados de derecho público. Sin embargo, incluso en esos casos lo que se impone es una combinación: es cierto que la Administración utiliza el derecho privado para celebrar contratos, pero hay elementos centrales de la relación contractual, sobre todo los que se refieren a los derechos fundamentales, que son regidos por el derecho público. La ley limita el contenido del contrato. De esta manera es posible sostener que por el influjo de la Constitución, los derechos fundamentales valen para la Administración, para toda ella y no solamente para algunas de sus partes o de sus actividades, en lo que tiene que ver con las tareas públicas o inclusive en las actividades más privadas de la Administración. Piénsese en los casos en los que la Administración dirige o maneja una empresa privada. Ni siquiera en estos casos ella tiene la misma libertad que tienen los particulares, ya que la constitucionalización impide que por esta vía se escape de sus fines. Así, ya es posible hablar de

algo hasta ahora inconcebible: el derecho privado administrativo, y no se trata simplemente del respeto de las normas imperativas o de orden público que incluso limitan la actividad de los privados, sino de un conjunto normativo que, gracias a la constitucionalización, le impone cargas especiales a la Administración, aun en los casos en los que se rige por el derecho privado. A esta postura se la critica por una falsa idea de pérdida de identidad del derecho administrativo.

3. La perspectiva científica de dirección o control: la tercera perspectiva es la científica, relativa a la dirección o el control. Esta es la que más me interesa. Se trata de saber cómo podemos utilizar estas dos partes del orden jurídico para optimizar y mejorar la actividad pública, las tareas públicas. La pregunta tradicional consiste en saber qué está permitido y qué está prohibido por el derecho, y nos lleva a preguntar qué se necesita para poder administrar de la manera más eficiente posible o cómo interpretamos el derecho administrativo. Por ejemplo, podemos pensar que la parte tributaria pertenece al derecho público y eso es suficiente. No obstante, podemos discutir cómo se puede complementar con el derecho privado, es decir, cómo pueden trabajar conjuntamente, actuando como un orden jurídico, conscientes de que un lado no lo puede todo y se necesitan las colaboraciones recíprocas.

Esta perspectiva útil para el derecho administrativo es importante para el legislador, para la misma Administración, al momento de configurar sus relaciones, y para los asesores jurídicos. Todos deben pensar frente a determinado problema: ¿cómo se puede afrontar de la mejor forma? Quiero darles un ejemplo: en el contexto del derecho del medio ambiente, la supervigilancia de las grandes industrias que emiten elementos nocivos al medio ambiente puede realizarse por medio del derecho administrativo típico. La pregunta fundamental radica en saber qué instrumentos de vigilancia y control son adecuados para cumplir esta función, qué mediciones o inspecciones son válidas respecto de estas empresas privadas. Pero ocurre que es posible que el derecho administrativo policivo típico no sea efectivo. ¿Por qué? Porque hay tanta información y tan compleja que la Administración ni siquiera alcanza a procesarla de manera adecuada. Por esto se discute la conveniencia de recurrir a medios del derecho privado, tales como los castigos o sanciones por estas emisiones contaminantes, propios de este derecho. Estos instru-

mentos podrían ayudarle a la Administración, que cuenta con su derecho policivo típico.

Esta apertura inquieta a los legisladores y a los asesores de la Administración. Ellos se preguntan si esta opción tiene algún límite, porque no es posible que la Administración tenga derecho a todo, tenga absoluta libertad, y el juez debe tener algo que decir al respecto. En este punto debo precisar tres aspectos: primero, debe garantizarse la prohibición, es decir, la posibilidad del legislador de establecer límites, la esencia misma de la limitación de las actividades por el derecho. En este aspecto, uno podría preguntarse legítimamente ¿bajo qué título debo considerar a la Administración en estas circunstancias? ¿Quién la va a controlar? ¿Es socio o compañero o parte de un contrato que se celebró con un tercero? El segundo punto tiene que ver con la protección o cobertura del derecho, que se divide en la cobertura del derecho administrativo y la del civil, ya que la Administración no puede, de ninguna manera, ser plenamente independiente. Como nosotros somos juristas que venimos de la academia, nos imaginamos esos instrumentos teóricamente, pero en la práctica cada uno de ellos debe tener una función específica. Un tercer y último punto que quiero subrayar es que cuando participa la Administración en diversos aspectos, con particulares o sin ellos, es necesario que haya control para que se pueda garantizar la legitimidad democrática de la intervención pública. Es el control el instrumento de legitimación tanto en las actividades clásicas, por ejemplo de policía, como en los convenios que celebra con los particulares. En todas las actividades, la Administración tiene unos deberes, debe orientarse a satisfacer unos fines y tiene la obligación de informar, incluso cuando debe ceñirse a un contrato que celebró conjuntamente con un particular, por ejemplo con una aseguradora o con una empresa industrial. Así, es posible afirmar que el control debe llegar a todos los aspectos de la actividad pública, sin que importe si la rige el derecho administrativo público o el derecho administrativo privado; la legitimidad democrática es, entonces, un imperativo actual que, señoras y señores, queridos colegas, quería subrayar hoy. A todos, muchas gracias.

Sabino Cassese: Me dijeron que podía hablar en italiano, pero prefiero hablar en inglés porque quizás, de esta manera, haya más personas que puedan entenderme sin necesidad de traducción.

Yo quería hacerle una pregunta al profesor Schmidt-Assmann sobre la base de dos casos que quiero mencionarle: el primer caso tiene que ver con Kazajistán. ¿Ustedes saben dónde está Kazajistán? Bueno, fue en un tiempo parte de Rusia, pero ya no. Hace un par de años, el gobierno de Kazajistán estableció una compañía privada cuyas acciones o participaciones eran en su totalidad de él. Se trataba de una organización privada que tuvo la "buena idea" de importar residuos nucleares a su país, por supuesto por razones lucrativas. Una organización de defensa del medio ambiente en Kazajistán se encontraba muy preocupada por esa importación de desperdicios nucleares, que podría poner en riesgo la salud de la gente. Entonces les solicitó a siete cortes distintas que forzara a la empresa a hacer públicos los estudios de factibilidad que había preparado para la importación de desechos nucleares. Las cortes nacionales, naturalmente, lo negaron. Ahora el turno era para un comité de cumplimiento establecido por el Convenio de Aarhus (sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente). El comité del Convenio de Aarhus debía establecer si la empresa debía considerarse un organismo público o una entidad privada. Si era un órgano privado, no tenía ninguna obligación de suministrar los estudios de factibilidad, pero si era público, debía suministrar dicha información.

Permítame pasar ahora al segundo ejemplo, que tiene ver con Italia, y de nuevo con una compañía de acciones conjuntas, tanto privadas como públicas donde el Estado es dueño del setenta por ciento (70%), es decir, de la gran mayoría de las acciones. Se trata de una compañía privada productora de petróleo. Es una empresa pública que comercia y compite en los mercados con compañías privadas. Ahora bien, la Corte de Cuentas, el organismo encargado de verificar y controlar las entidades públicas y la utilización del dinero de los fondos públicos, sostuvo, a pesar del régimen jurídico y de su participación en el mercado como empresa, que por estar bajo la responsabilidad del Estado, esta empresa era responsable ante ella por el manejo del dinero público. En otras palabras: afirmó que se trataba de un organismo público. En su momento, el director de esta empresa pública argumentaba que la decisión era errada, que se trataba de una organización privada, que no tenía nada que ver con lo público, porque su ropaje institucional y su forma de actuación eran las propias de una organización privada. Sostuvo, además, que era consciente de que la empresa había sido creada por el Estado, pero

para competir en el mercado, con organizaciones privadas y, por tanto, su responsabilidad se regía por el Código Civil italiano y no por las normas del Estado. Afirmaba que no podía responder de las dos formas, sino solo una vez y de una de las dos maneras, como organismo público o como privado. Ustedes pueden ver, con estos dos casos, dos tendencias: por un lado está el derecho o la ley privada, que está entrando en el ámbito del derecho público ¿Por qué? Porque el gobierno de Kazajistán y el de Italia habían estado utilizando una constitución privada para un fin público. Por otro lado, se evidencia la ley o el derecho público que trata de entrar al derecho privado. Tanto la empresa de Kazajistán como la italiana estaban tocando intereses del derecho público, con el fin de ejecutar una regulación y un control adicional sobre un organismo creado por el Estado, pero bajo el Código Civil. Entonces, estos dos ejemplos, en mi opinión, nos dan una idea muy clara de que aún es posible establecer una línea divisora muy clara entre lo público y lo privado, porque si bien hay, por decirlo así, una zona gris, no muy definida, ni blanca ni negra, todavía se puede, en todo caso, dividirla en dos y determinar si esta parte de lo gris va para lo público o para lo privado.

Y si ahora quieren saber la conclusión a la que llegó el comité de quejas del Convenio de Aarhus, les cuento: afirmó que debía considerarse como un órgano público, de acuerdo con el Convenio. Así, en el ámbito internacional, a pesar de ser considerada como una empresa privada por el derecho interno de Kazajistán, debía tenerse como una entidad pública. Por el contrario, en el segundo caso, la reacción italiana consistió en afirmar que se trataba de un organismo privado, ya que el Gobierno decidió utilizar el Código Civil. Entonces si uno dice, por ejemplo, yo quiero seguir las guías y pautas del Código Civil, hay que seguir las pautas de ese código hasta el final y no se puede introducir ningún tipo de manipulación o manejo de este ordenamiento diciendo que este señor o esta persona era el gerente o era el administrador de esta empresa y que tenía una responsabilidad adicional por el capital público. Entonces mi pregunta o mi duda es que hay muchas ambigüedades, no solo de carácter nacional; puse estos dos ejemplos para mostrarles a ustedes que esto no solamente atañe a Italia o a Francia o Alemania o a otros países, sino que también trasciende más allá del Estado. Entonces voy a terminar diciendo que cuando la Unión Europea tiene este tipo de problemas, prefiere crear, en la ley europea, un nuevo concepto. Por ejemplo, ustedes pueden saber que para firmar un contrato público tenemos el

mismo tipo de regulación en toda Europa, pero ¿qué es un contrato público? Es un contrato en el que se han puesto de acuerdo entidades públicas entre sí o con un particular pero que se le pueda considerar como una entidad pública, de acuerdo con la ley nacional, digamos, por ejemplo, la ley italiana, la francesa, la alemana, la portuguesa, etcétera. El concepto de público cambia de un país a otro; entonces, la conclusión final de la Unión Europea, de la ley europea, es que tenemos que introducir otro concepto que considere al organismo privado como público, siempre y cuando esté bajo el control del Gobierno. El concepto de la Unión Europea entonces invita a no tener más en cuenta si es público o es privado, dejar a un lado el concepto de línea divisoria entre lo público y lo privado; más bien vayan a la realidad, a la vida real, para determinar quién es la persona que tiene el control de la situación: si la persona que tiene el control es el Gobierno, la entidad es pública; si no, pues es privada. Sin embargo, ¡hay tantas ambigüedades!

Pierre Delvolvé: Bueno, después de haber escuchado estas dos exposiciones y para contestar a las preguntas del profesor Cassese, en forma paradójica —y le pido que me disculpe tanto en el uno como el otro—, tenemos una confirmación de que sí existe una diferencia entre el derecho público y el derecho privado, incluso en los ejemplos pertinentes que usted presenta. Bueno, para volver a las definiciones elementales, las que se les dan a los estudiantes en el primer año, derecho público es el que determina el estatus de los poderes públicos, de su relación con sus administrados; derecho privado es el que determina el estatuto de los particulares y de sus relaciones entre sí. Reconozco que esto es elemental, pero se podría matizar, precisamente después de haber escuchado los análisis que presentaron hace un rato los dos profesores. Para precisar esta distinción no debemos centrarnos en el asunto de la repartición de competencias entre diferentes jurisdicciones administrativas y jurisdicciones judiciales, creyendo que las administrativas aplican el derecho administrativo y las judiciales, el derecho privado, puesto que en realidad, con la evolución de la jurisprudencia sucede que a veces los tribunales judiciales (ordinarios) conocen de cuestiones públicas y viceversa, con mucha más razón en los sistemas como el de Colombia y el de Francia, en los que la repartición global de las competencias en la jurisdicción administrativa es casi total. En otros países, como Italia, por ejemplo, y específicamente en Alemania, la competencia de las jurisdiccio-

nes administrativas es más limitada que en Francia; entonces, el asunto de la repartición de asuntos entre diferentes jurisdicciones nos podría llevar al viejo debate entre derecho privado y derecho público. Ahora bien, debe reconocerse que hay elementos parecidos, similitudes entre las nociones del derecho público y las nociones del derecho privado: ¿qué es un acto jurídico?, ¿qué es un contrato?, ¿cuál es la responsabilidad, es decir, qué es una obligación? Todas son nociones que se desarrollaron dentro del marco del derecho civil, derecho privado, pero que encontramos también en el derecho administrativo. Así, antes de definir el acto administrativo, hay que reconocer que este acto responde a esta noción común y debemos reconocer también, y el profesor Schmidt-Assmann lo dijo al principio de su presentación, no hay oposición radical entre una norma de derecho público y las del derecho privado, como si estuvieran separadas en forma rigurosa, ya que ambas están dentro de un orden constitucional común a las dos. También hay que reconocer que es posible que el poder público, la Administración, recurra a normas del derecho privado. En Alemania, sobre todo en Asia (en Francia también existe la posibilidad), para que la Administración recurra a contratos de derecho privado de venta, por ejemplo, el de compraventa, o en algunos servicios, por ejemplo, en los comerciales, los agentes no son de derecho público, sino de derecho privado.

Para prolongar un poco el análisis del profesor Cassese, ustedes saben que el derecho público utiliza la fórmula de la sociedad comercial, empresa pública, pero adoptando algunas formas del derecho privado, con capitales, como ocurre en el caso de Kazajistán, donde el capital de la empresa es completamente público, o en el caso italiano, donde el capital público es del setenta por ciento (70%) y la empresa pertenece al derecho público, a pesar de que emprende actividades en el campo de la industria. Quiero subrayar que la calificación ya no es tan importante; por ejemplo: el reconocimiento de las libertades o derechos fundamentales de los ciudadanos se desarrolla cada vez más en el derecho privado, como también en el derecho público, y en esto no hay diferencias esenciales. La libertad religiosa, por ejemplo, debe defenderse del poder público y también de las personas privadas que pueden vulnerarla. Tenemos ejemplos recientes en Francia, y el caso es conocido: la autoridad pública se oponía a que las mujeres musulmanas llevaran velo al colegio. A partir de diferentes consideraciones se llegó a la solución de la primacía de ciertos valores.

A partir de lo dicho puedo afirmar que hay ciertos asuntos que son competencia fundamentalmente del derecho público, y pienso sobre todo en asuntos tan importantes como la defensa del medio ambiente. En el problema que plantea el profesor Schmit-Assmann, del conflicto entre vecinos, es un asunto de derecho privado si la causa se refiere al ruido que hace la máquina de cortar el césped en el jardín, pero es de derecho público cuando se trata de la contaminación que genera la actividad del vecino. Piénsese, por ejemplo, que el humo de las fábricas perturba también a los que rodean la fábrica, a los vecinos. Cuando el problema es de orden público, de seguridad de personas y de bienes, es un asunto de sanidad, y ustedes perdonenme si me refiero al derecho francés, que plantea la trilogía de la función de la policía, que es en esencia pública, exclusivamente pública, y que no puede ponerse en manos de privados, y es el papel del derecho público garantizar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas, es decir, el orden público en todos sus elementos.

Quisiera ir más lejos: la protección de los derechos y las libertades, la libertad de reunión, de asociación, la libertad de conciencia, por ejemplo. Importa no solo en las relaciones entre particulares que se garantice esta libertad, sino que la deben garantizar las autoridades públicas, que tienen prerrogativas de derecho público. Naturalmente, el profesor italiano lo dijo hace un rato: hay unas empresas que son públicas porque tienen un capital público, pero son privadas porque tienen la misma constitución de una sociedad privada. Si las compañías tienen accionistas privados, se les aplicará el derecho privado; los asalariados también serán sometidos al derecho privado y lo mismo los contratos de compraventa, por ejemplo. Pero en cuanto al resto, y esto ocurre en los dos ejemplos que nos dio usted, señor juez constitucional, es el derecho público el que reaparece. En la actividad de la sociedad en Kazajistán, como se trata de asuntos de seguridad, es decir, de policía, volvemos a encontrar los poderes públicos en su función de control, y esto solo se puede ejercer por medio del derecho público.

Es necesario diferenciar entonces la actividad normal de la empresa, su objeto social, que es una actividad de derecho privado, y la actividad que en cambio es competencia del derecho público. La misma observación puede hacerse respecto del control que se ejerce sobre una sociedad: cuando por ejemplo el Estado tiene el setenta por ciento (70%) del capital, son autoridades públicas las que realizan ese control. Hay ciertos aspectos de la responsabi-

lidad de la sociedad o de sus agentes que se regirán por el derecho privado, pero habrá otra parte que, al tratarse de actividades públicas, es normal que entidades públicas de control ejerzan inspección al respecto. Por ejemplo, nosotros en Francia tenemos una norma que dispone expresamente que la Corte de Cuentas (equivalente a la Contraloría colombiana) ejerce su control sobre estas sociedades de capital mixto.

Quiero cerrar con lo siguiente: las directivas definen los contratos públicos mediante elementos que van más allá de las definiciones que establecen los diferentes Estados: Italia, Alemania, Francia, Gran Bretaña, etcétera. La única condición para que se trate de contratos públicos es que una de las partes sea una entidad pública, y de una u otra manera esos contratos tienen una regulación de derecho público, a pesar de que en el derecho interno se considere que su regulación es el derecho privado. Es el derecho público el que está en la causa del contrato; la celebración del contrato se somete a normas de derecho público y esto no es derecho privado, sino derecho público, a pesar de los matices que puedan atribuirle en cada país.

Andrés Fernando Ospina Garzón: Hemos escuchado a los tres profesores con coincidencias y diferencias de pensamiento. El profesor Delvolvé subraya que a pesar de los matices, que pone de presente el profesor Cassese, sigue siendo posible diferenciar el derecho público y el derecho privado. El profesor Schmidt-Assmann nos lleva a pensar incluso en un derecho administrativo que comprende también el derecho privado aplicable a la Administración. El tema no está cerrado. Por eso creo que ustedes pueden enriquecer el debate y seguramente aportar para la discusión, gracias a las preguntas que formulen a estos tres grandes del derecho administrativo. Nuestras tres traductoras nos colaborarán para transmitir los interrogantes a los profesores.

Mónica Sofia Safar²: Buenas tardes, mi pregunta es muy sencilla. A partir de las valiosas intervenciones que ustedes han hecho hoy, yo quisiera saber su opinión respecto de la siguiente pregunta: ¿será que la mezcla o interacción entre el derecho público y el derecho privado no se justifica, hoy en

2 Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo.

día, más por el hecho de querer poner al Estado en un papel de consumidor más activo en la economía y hacerlo parte de ese tráfico económico, como un agente que compra más y vende servicios, que por cualquiera otra razón, relativa a derechos o a alguna otra teoría que lo explique? Lo digo porque en los ejemplos y en la mayoría de los casos que ustedes comentaron se referían mucho al caso de empresas que son de propiedad estatal, pero que participan en la economía como sociedades comerciales, algo que nosotros, en Colombia, también manejamos. No se trata de la actividad del Estado como autoridad o como regulador, sino como actor del tráfico económico, que compra y vende. Entonces, quisiera saber si es ese nuevo papel del Estado el que justifica esa interacción tan marcada que tenemos hoy en día entre el derecho público y derecho privado. Muchas gracias.

Eberhard Schmidt-Assmann: Bueno, el Estado no solamente puede actuar por medio de su autoridad, sino que en una sociedad compleja, en la que hay tantas tareas sociales, que son responsabilidad de Estado, también debe actuar mediante otros instrumentos para cumplir sus responsabilidades. Ese es el caso de las empresas o sociedades públicas o industriales: actúan dentro de un orden constitucional para asegurar responsabilidades públicas. Así, el Estado tiene tanto empresas de derecho privado como de derecho público. Y me parece adecuado que el Estado tenga participación en los dos modelos. Sin embargo, surge inmediatamente una pregunta: ¿cómo se van a organizar estas empresas? Nosotros en Alemania vemos muy bien la diferencia entre las empresas públicas y construimos dos grupos: por un lado están las empresas que tienen un capital ciento por ciento público, y las otras las llamamos empresas mixtas, en las que el Estado participa solo en cierta medida. Ahora bien, respecto de los ejemplos que planteó el profesor Casesse, en el derecho alemán una empresa de capital ciento por ciento público no puede acudir al derecho civil. En el caso de las empresas mixtas, tampoco quiere decir que no tengan nada que ver con el derecho público, ya que hay ciertas exigencias, obligaciones que son propias del derecho público. En este caso es la Administración pública la que actúa y se organiza en las formas del derecho privado. La delimitación se vuelve difícil cuando el Estado participa en tan solo el cincuenta por ciento o el cuarenta por ciento. En estos casos se debe tener en cuenta no solo el porcentaje de participación accionaria pública, sino también la naturaleza de las actividades que realiza en concreto la

empresa, si asume tareas especiales propias del derecho público; a pesar de su capital, tendrá normas de derecho público que la cobijarán. Por esto es posible afirmar que la aplicación del derecho privado y del derecho público no es absoluta o en bloque, sino que se trata de empresas que se rigen en parte por uno y en parte por el otro derecho, fundamentalmente en lo que se refiere a las tareas públicas que asume.

Andrés Fernando Ospina Garzón: ¿Alguien quiere formular otra pregunta? ¿O el profesor Delvolvé quiere agregar algo?

Pierre Delvolvé: Bueno, para continuar con las precisiones hechas por mi colega alemán, su pregunta tiene dos aspectos. Cuando usted habla del nuevo papel del Estado como comprador y vendedor, hay que tener cuidado; el Estado siempre ha sido un comprador y un vendedor, sobre todo un comprador de armas, de obras civiles, edificaciones, carreteras, y sabemos muy bien que pretende con estas actividades “relanzar la economía”, según lo dijo nuestro presidente. El problema consiste en saber si esas compras son una actividad importante; la compra es naturalmente una actividad que tiene gran influencia en la economía, pero también puede hacerse mediante otros mecanismos como las actividades industriales y comerciales. Esa forma de intervención se desarrolló mucho en Francia, con la constitución de sociedades en la posguerra, y los ejemplos alemanes e italianos también se dieron en Francia. Ahora bien, la jurisprudencia acepta que cuando las personas públicas ejercen una actividad comercial, sean sometidas al derecho privado ¿Por qué? Porque no dejan de estar también sometidas al derecho público. Me explico: si estos servicios son industriales y comerciales, son servicios públicos y están, por consiguiente, sometidos a reglas de derecho público tales como la continuidad del servicio público, incluso durante la huelga con garantías de servicio mínimo, la igualdad entre sexos en los servicios públicos, etcétera.

El legislador quiso castigar al Estado, en cierta medida, cuando prestaba estas actividades privadas, despojándolo del grueso de prerrogativas. Pero el núcleo del régimen sigue siendo el derecho público, que rige la esencia de las actividades de servicio público, incluso en esas actividades de derecho privado. En esta medida estoy de acuerdo en que existen interacciones

entre derecho público y derecho privado en las actividades industriales y comerciales del Estado.

Héctor Santaella³: Muy buenas tardes. En primer lugar quiero agradecer a los tres profesores por estar acá, con nosotros, y a Andrés por organizar esta maravillosa tarde. Un concierto a tres voces de "los tres tenores" del derecho administrativo. Creo que esta conferencia tenía que haberse hecho en el auditorio, que está pensado para estos grandes actos y para grandes conciertos. Ahora sí: el profesor Schmidt-Assmann, al final de su intervención, decía que era necesario tener siempre presente la necesidad de garantizar la legitimidad democrática de las actuaciones de la Administración pública, con independencia de su forma de actuación, y lo presentaba en esos términos generales. En concreto, ¿a qué vías o formas de legitimación usted se refiere? ¿Se trata de la simple denominación de un director del órgano de parte de un poder público legitimador? ¿De la elección popular del ejecutivo? ¿A procedimientos? ¿A conocimientos especializados? En concreto, ¿qué vías de legitimación tiene usted en mente cuando formula esa exigencia?

Eberhard Schmidt-Assmann: Yo veo la diferencia clara en una legitimación democrática de dos modelos: por una parte, me refiero a la Administración normal, clásica, la burocracia de los ministerios, los Estados, los gobiernos, las agencias. Respecto de este grupo, la legitimidad se logra por la necesidad de votar para su elección o que sea nombrado por una persona que ha sido sometida a votación. En este grupo, la legitimidad democrática no presenta mayores inconvenientes. Por otra parte, está otro modelo frente al cual es lógico cuestionarse: ¿cómo es posible implementar un modelo democrático, por ejemplo de compromiso de reportar al Parlamento o de participación equitativa o de transparencia respecto de actividades que no responden al concepto clásico de las autoridades públicas? Quiero darles un ejemplo para hacerlo más claro: la determinación de normas técnicas es una actividad que normalmente pertenece a los particulares, empresas dedicadas o expertas en esto. Pero el Estado se sirve de los resultados de las normas técnicas de los particulares para, por ejemplo, definir normas de seguridad en el dere-

3 Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo.

cho público. Ahí hay un problema de legitimidad democrática, ya que estas empresas u organizaciones privadas actúan completamente libres. Parece entonces que fuera el Estado el que debiera ejercer un control previo a la utilización de las normas técnicas elaboradas por los particulares. La legitimidad democrática, en este caso, se refiere a controles ejercidos, a garantías, a responsabilidad del Estado por su utilización. El Estado debe verificar que la adopción de dichas normas técnicas haya sido completamente transparente y acepte la controversia, la participación y sugerencias de distintos sectores y que sean entendibles para la comunidad en general, con las reservas de la técnica. Estas sugerencias son entonces legitimadores democráticos. La legitimidad democrática tiene entonces dos modelos distintos. En el segundo, son fundamentales la transparencia, el control, la responsabilidad y, por qué no, la votación. Es necesario hacer una combinación a conveniencia en manos de la Administración, que debe actuar inteligentemente para involucrar a esos particulares en la necesidad de legitimidad democrática.

Ronald Pacheco⁴: Buenas tardes. Profesor Schmidt-Assmann, usted al comienzo de su presentación habló del derecho público y del derecho privado como partes de un mismo régimen. Tengo una duda: desde el punto de vista de la teoría general de sistemas, se entiende que un sistema existe cuando se diferencia de su entorno y dentro del mismo sistema puede haber subsistemas que van adquiriendo su identidad por diferenciarse, por los niveles de complejidad que habría dentro del mismo sistema; entonces, si decimos que el derecho público y el derecho privado son parte de un sistema, ¿no cree usted que el adjetivo de público o privado debería desaparecer, desde el punto de vista de la teoría general de sistemas? O si realmente son subsistemas diferenciados, entonces ¿cómo se resolvería la interacción tan fuerte que acabamos de ver en la exposición y que se concretó con los ejemplos que plantearon a continuación?

Schmidt-Assmann: Bueno, lo que dije en términos generales es que hay un orden de derecho y un orden constitucional, dentro de un concepto que podríamos denominar derecho gubernamental; pero habría que discutir una

4 Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo.

forma como todos los órdenes del derecho se pueden unir o al menos organizar adecuadamente. Hay diferencias entre el derecho público y el derecho privado, porque al privado le dejamos la mayor parte de la actividad privada, pero también se hacen negociaciones y contratos en el derecho público. En la perspectiva clásica que nos explicó el profesor Delvolvé, el Estado está obligado a organizar y fijar límites a la actividad privada, mediante prohibiciones. Para mí, el derecho administrativo tiene una doble función: por una parte, activar la Administración y, por otra, contener a la Administración para evitar que restrinja inadecuada o excesivamente la actividad privada, en las relaciones entre particulares. Pero atención porque esos límites también los fija el derecho civil. Esto quiere decir que son el derecho público y el derecho privado los que, conjuntamente, pretenden organizar un orden social. En otras palabras: lo que considero importante es tenerlos juntos y, a pesar de que sea posible diferenciarlos, existen muchos atajos o puentes de comunicación, y es el jurista el que debe definir esta zona gris y precisar unas estructuras muy claras para el funcionamiento del sistema.

Thales Morais da Costa⁵: Bueno, voy a intentar hablar en español. Mi pregunta se relaciona con la idea de distinción y separación entre derecho público y derecho privado, que depende de cada sistema jurídico; es una separación que no es la misma si consideramos más de un sistema jurídico. Voy a poner el ejemplo del derecho brasileño, de donde yo vengo, y del derecho colombiano: si hacemos una comparación entre los códigos civiles de Brasil y de Colombia, podemos ver que hay diversas materias que el Código colombiano reglamenta que el Código Civil brasileño no. Por ejemplo, en materia de bienes de uso público, el Código brasileño dice todo lo que respecta a los bienes de uso público, algo que forma parte del derecho público. También el Código colombiano tiene varias disposiciones sobre los bienes de uso público; por ejemplo: el artículo 988 del Código Civil colombiano es una norma sobre la seguridad de los peatones que pasan frente a un previo que está en ruina, y uno podría decir es derecho privado. Muchos años después del Código colombiano de 1873, en 1970, un decreto colombiano establece que es competencia del alcalde ordenar la demolición de los predios en rui-

5 Doctorando en la Universidad de París I, Panthéon-Sorbonne.

na para evitar problemas de seguridad a los peatones, y uno puede decir es derecho público. ¿Podríamos sostener que las regulaciones del Código Civil brasileño y del colombiano ya eran derecho público? Se trata de cuestiones intrínsecamente relacionadas con el carácter nacional del derecho. No es posible establecer una regla general sobre los dos sistemas y aún menos una regla general aplicable para el derecho francés, alemán o italiano; es una cuestión puramente nacional.

Eberhard Schmidt-Assmann: Bueno, me parece que eso está muy claro y yo lo dije al principio. Aquí tiene tres representantes distintos de la tradición de derecho continental y con diferencias a pesar de la tradición. Usted nos acaba de poner un ejemplo del vecindario de países, y eso que usted explica es típico de cómo se puede organizar. Y yo puse el ejemplo de los problemas de vecinos porque ahí es posible considerarlos según el derecho privado o según el derecho público. El derecho público acepta las disposiciones del Código Civil, pero le confiamos al alcalde la responsabilidad de ejecutarla. En el ejemplo que usted pone también se ven esas zonas grises, porque si bien se trata de la propiedad (el edificio), cuando nos preocupamos por los transeúntes, parece que esto fuera derecho público, y por eso confiamos la función a autoridades públicas. Lo interesante es que las normas básicas pueden ser iguales, pero quizás los mecanismos para implementarlas sí pueden ser distintos. Eso depende de los intereses en juego.

Sabino Cassese: Mi reacción a su pregunta es muy simple y muy sencilla: si lo público y lo privado, si esta división la establece la ley, y como la ley generalmente la adopta cada país, entonces es cierto lo que usted dice: que cada Estado establece esta línea divisoria. Esto es muy simple, pero hay dos problemas y quiero darles dos ejemplos: tomen el caso de la asignación en Internet de números, dominios e íconos. Es una empresa privada la que realiza esto, pero miren bien los estatutos y encontrarán todo un conjunto de ley administrativa y pública. ¿Por qué? Porque todos los principios que regulan la materia, en los Estados Unidos, son de derecho público. Es decir, es una actividad privada pero sujeta a las regulaciones del derecho público. El segundo ejemplo: yo me acuerdo del título de un libro que escribió Jhon Alison, que es un profesor en la Universidad de Cambridge: *El derecho pú-*

*blico y privado: una división continental, una división de continentes*⁶. Miren ustedes que fue un gran profesor de derecho público-constitucional y estaba en contra de la idea que uno puede tener de un solo país y dos grupos o dos órganos reguladores. Observen también que Dicey, en su libro publicado 1885⁷, nunca mencionó el derecho administrativo en inglés; siempre se negó a utilizar la expresión *administrative law* o derecho administrativo, y prefería utilizar la expresión *Droit administratif*, en francés. Para él, la ley era una sola para todos, y los franceses, con su locura, con sus ideas medio raras de tener dos entidades reguladoras o dos entidades de ley, solo habían distorsionado la realidad. El argumento de Dicey era básico: que la Constitución era la norma fundamental de todo el sistema. Esto lo digo porque uno también debe considerar el elemento histórico y cultural que envuelve estos conceptos. Entonces mi respuesta a su pregunta es que sí tiene razón, que esto es histórico, que se vincula a la ley positiva y que debe también tener en cuenta que hay instituciones privadas que usan el derecho público.

Pierre Delvolvé: Estamos asistiendo a un debate que se debería tocar en una sala de música, no porque seamos miembros de una orquesta, sino por la belleza del tema y de lo que estamos hablando. Su pregunta es muy interesante, muy sutil, en cuanto habla de la comparación entre las diferentes disposiciones del derecho brasileño y del derecho colombiano. Yo ya lo dije, pero lo repito: la pertenencia de una regla al derecho privado o al derecho público no depende del juez que la sanciona ni de su pertenencia a un código específico. Naturalmente en el Código Civil encontramos esencialmente disposiciones de derecho civil que rigen las relaciones entre los particulares, pero no se puede excluir que en un código que dependa principalmente de las diferentes ramas del derecho se encuentren disposiciones que dependen de otra rama del derecho. Usted dio el ejemplo perfecto: cuando el alcalde ordena la demolición de ese inmueble por una prerrogativa prevista en el Código Civil, utiliza prerrogativas del derecho público. En el Código Civil

6 JOHN ALLISON, *A continental distinction in the common law: a historical and comparative perspective on english public law*, revised pbk. Edition, Oxford, Oxford University Press, 2000.

7 ALBERT DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 1.^a ed., Londres, Macmillan and Co., 1885.

francés también se encontraban, bueno, se cambiaron un poquito con las reformas al Código, pero había definiciones que hablaban de los ríos, de las carreteras y, aunque no eran muy exactas, pertenecían al derecho público. Hoy en el Código Civil hay disposiciones que les impiden a las personas públicas acudir al arbitraje para resolver un caso específico. Voy a darles otro ejemplo que a veces genera gritos de la gente, pero bueno, como yo también grito, no me importa: el derecho de la competencia entre empresas parece ser derecho privado, ya que si hay alguna materia que sea competencia de las relaciones de derecho privado, será la relación entre empresas. Sin embargo, en el Código de Comercio se introdujo una serie de disposiciones relativas al control de la competencia, de parte de una autoridad administrativa independiente. La autoridad administrativa ejerce poderes de control, de inspección, y puede incluso darles órdenes a las empresas, por ejemplo, de detener o deshacer una operación comercial, autorizar o rechazar concentración empresarial, y puede aplicar sanciones administrativas, que son demandables ante la jurisdicción administrativa. Esto quiere decir que una autoridad administrativa aplica disposiciones comerciales por medio de sanciones que controla el juez administrativo, lo que quiere decir que el Código de Comercio tiene aspectos de derecho privado y de derecho público, y estas sanciones le dan objeto a un contencioso administrativo. Esto se explica porque en la competencia hay un orden público involucrado, un orden público económico, un orden público en las relaciones entre las empresas. Véase que en estos casos el juez administrativo (aunque sea un juez de la jurisdicción judicial) juzga esos actos administrativos apoyado en el Código de Comercio, lo que demuestra que la separación entre derecho público y privado no corresponde a la competencia de una u otra jurisdicción, sino a la materia o al interés. Para garantizar ese orden público económico regulado por el Código de Comercio, existe un poder de policía ejercido por la autoridad administrativa de la competencia.

Juan Gustavo Corvalán⁸: Bueno, yo tengo una pregunta para el profesor Schmidt-Assmann: dado que en la actualidad la Administración pública y el Estado asumen la intervención y la tutela de un montón de aspectos que antes quizás estaban librados al derecho privado, la pregunta es: ¿cómo limitar las

8 Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

prerrogativas del poder público cuando van en contra de los derechos de los ciudadanos? Porque quizás so pretexto de aplicar el derecho público en un montón de aspectos, quizás los ciudadanos vean limitados sus derechos por un exceso en el uso de prerrogativas a favor de la Administración pública.

Pierre Delvolvé: Su pregunta se refiere no solamente a la Administración, sino al control de las disposiciones gracias a las cuales el Estado y las otras personas públicas se insertan en actividades privadas. Bueno, a veces se trata de disposiciones de orden legislativo, y el control de estas disposiciones lo ejerce la Corte Constitucional, gracias a mecanismos específicos. En Francia tenemos un control de la constitucionalidad de las leyes, mejorado a partir de 2008. Hay que tener en cuenta que la intervención del Estado en la economía es una materia que solo puede ser objeto de disposiciones legislativas. Entonces en esa materia, el juez constitucional confronta la ley con la Constitución, en concreto con derechos constitucionales que deben proteger las autoridades administrativas.

Sigo con lo que dijo el profesor Cassese cuando hablaba de la negativa británica a la existencia del derecho administrativo: ellos no niegan que la Administración deba someterse al derecho, a las normas; pero la diferencia se ve en los mecanismos de control establecidos por el legislador, que pueden ser jurisdicciones administrativas o judiciales y, sea cual fuere el sistema, debe propender a la protección de las personas por medio del derecho público o del derecho privado.

Mónica Liliana Ibagón⁹: Esta es una pregunta para el profesor Schmidt-Assmann. De acuerdo con su teoría y con la teoría del profesor Walter Krebs y de Ariane Berger, es claro que la autonomía de los privados es la idea fundamental que soporta el sistema del derecho de los contratos privados y también es claro que la Administración no tiene autonomía privada porque actúa con fundamento en competencias. Mi pregunta es, y aquí sigo con la teoría de Berger, que yo también sostengo en la tesis: ¿la autonomía de los privados sería el criterio que nos serviría para determinar cuándo un precepto de derecho privado se aplica a los contratos de derecho público o

9 Docente investigadora del Departamento de Derecho Administrativo.

a los contratos administrativos públicos, en la teoría alemana? ¿Y cuándo podemos determinar que un precepto es expresión de autonomía privada y cuándo no? Por ejemplo: en cuanto a la interpretación de los contratos, el parágrafo 133 del Código Civil alemán establece que para la interpretación de los contratos se tiene que investigar la declaración de voluntad y se tiene que investigar cuál es la voluntad real de la parte contractual. Como el parágrafo 133 parte del supuesto de la declaración de voluntad y la Administración no tiene voluntad, entonces simplemente el parágrafo 133 del BGB no se aplica a la Administración y no se aplica a los contratos estatales de derecho público. Entonces, si uno abstrae, podría llegar a la conclusión de que cuando yo tenga un precepto de derecho privado en el que un supuesto de hecho sea la voluntad, inmediatamente ese precepto no sería aplicable a los contratos administrativos de derecho público porque la Administración no tiene voluntad. ¿Usted qué opina de esto? ¿Usted tiene otra idea u otro criterio con el cual podemos diferenciar cuándo un precepto es expresión de autonomía privada o no?

Schmidt-Assmann: Naturalmente podría uno decir, como usted afirma, que cuando se trata de voluntad es derecho privado y no público. Eso está claro. Ahora a mí me parece que las cosas son distintas: la Administración no tiene nada que ver con la autonomía privada, no la maneja, no la tiene. Ahí tiene uno que ser preciso: por ejemplo, cuando el contrato público permite la voluntad, la autonomía privada, el derecho público debería definirla muy bien. En otras palabras, la voluntad debería tener una definición por el derecho público.

Carolina Espitia¹⁰: Bueno, para mí el derecho administrativo puede ser efectivamente un derecho que oscila entre el derecho privado y el derecho público. Podríamos pensar que puede ser derecho privado cuando se refiere a actividades comerciales del Estado y derecho público cuando se refiere a tareas exclusivas del Estado o potestades exorbitantes. Pero acá me surgen dos inquietudes: ¿cómo se haría para identificar cuándo se habla de un derecho administrativo privado o cómo se puede hacer para identificar que nos

10 Monitora del Departamento de Derecho Administrativo.

encontramos frente a este escenario? Y ¿no deberíamos superar la distinción formal entre derecho público y derecho privado para identificar cuándo nos encontramos frente a prerrogativas del poder público, para efectivamente poder hablar de un derecho administrativo?

Eberhard Schmidt-Assmann: Bueno, en cuanto a este péndulo, ante esta oscilación yo tengo mis ideas, porque oscilar quiere decir 'golpe, inseguridad'. Podemos decir que el derecho administrativo en gran parte es público, pero también tiene su parte privada. Habría que mirar en dónde están los puntos de corte, y eso puede variar. Usted tiene toda la razón cuando afirma que eso es flexible, pero los puntos de corte o líneas divisorias se encuentran presentes. Es de lo que yo hablé en mi primer punto, relativo a las fronteras: los límites clásicos permiten establecer si la Administración maneja el derecho público o el derecho privado. En realidad es necesario ver que la Administración tiene obligaciones frente al sistema jurídico, de control y responsabilidad. Sin embargo, la pregunta es cuándo la Administración va hacia la parte de derecho privado. Primero habría que determinarse dónde está la diferencia. Eso también lo mencioné y entonces tendría uno que mirar con mucho cuidado si existen casos en donde la Administración tiene tareas privadas, con mezcla de públicas. También hay que determinar si, por el contrario, la Administración está actuando como un particular, realizando compras privadas y ventas privadas. En este caso la mezcla entre derecho público y privado es menor, pero también existe ya que el compromiso es menor, pero en todo caso está ahí.

Nicolás Perrone¹¹: Quiero devolverme a un punto que refirió el profesor Cassese sobre la ambigüedad, y quiero hablar de un área donde el debate entre privado y público, esto es, esta ambigüedad entre privado y público fue muy importante, si bien no es de derecho administrativo puro, sí que tiene que ver mucho con este debate: se trata del derecho laboral. A finales del siglo XIX y principios del XX estaba en boga el debate sobre si el derecho laboral era puramente privado y, entonces, la relación entre el empleador y el empleado estaba asumida por lo que sería la autonomía de la voluntad o

¹¹ Docente investigador del Departamento de Derecho Económico.

si, eventualmente, era algo donde empezaba a tener importancia el derecho público y, entonces, la relación entre empleado y el empleador no era solo derecho privado. Obviamente esto era cuestión de ambigüedad, pero también de los intereses en juego. Entonces yo me pregunto si esa ambigüedad debe ser resuelta por el legislador o por los jueces, como se preguntaba el profesor Cassese. ¿Serán jueces internacionales o los jueces italianos los encargados? ¿Y gracias a qué criterios se puede resolver esta ambigüedad actual? Se trata, como decía una colega, del papel del Estado, o en este momento posliberal en el que no estamos debatiendo el papel del Estado sino el papel del mercado, y el derecho administrativo significa la vuelta del Estado. Me gustaría conocer su opinión al respecto, gracias.

Sabino Cassese: Hay dos preguntas en una sola, de hecho. Por un lado, está la relación entre la ambigüedad que determina el carácter o la naturaleza histórica del cambio entre lo público y lo privado; público y privado no están en la misma situación con el tiempo. Le voy a dar un ejemplo que tiene que ver con Italia y que continúa con su ejemplo y tiene que ver con la relación laboral de función pública: inicialmente fue privada, después se volvió pública y en algunos países, hoy por hoy, se está volviendo otra vez privada. Ahora los profesores de derecho administrativo, en Italia, no enseñan ya el empleo público, por ejemplo, porque es materia de los privatistas. Las cortes administrativas tampoco deciden sobre casos relacionados con el trabajo de la gente que labora para el Estado. ¿Por qué? Porque esos casos ya se les han entregado a las cortes de derecho civil. Entonces hay ciclos privados y ciclos públicos, de tal manera que esto es un lado de la historia de esa ambigüedad. El problema con la ambigüedad es que quizás volvamos a la pregunta anterior: ¿por qué el Estado utilizaría el derecho privado o los medios o los instrumentos del derecho privado? ¿Cuál es la razón para que el Estado pueda utilizar, por ejemplo, la expropiación para tomar productos o tierras? Pero el Estado también puede comprar, no solo tomar. Entonces hay dos formas, diría yo, de manejar ese problema: si se necesita tierra para misiones del Gobierno, uno puede utilizar o lo uno o lo otro. Sin embargo, el problema es que va a utilizar el derecho privado, ese instrumento porque es más fácil, más simple, más sencillo; y si es más sencillo, más fácil, ¿por qué hacer las cosas difíciles? Esa es la pregunta más importante de esto; es toda una contradicción: si su política dice que deben utilizar el derecho

privado, por ejemplo en el regateo de compra y venta o si quieren utilizar una compañía privada con el objetivo de simplificar las cosas, administrar y manejar más rápidamente el interés del público, entonces ¿por qué introducir nuevos controles con el fin de complicar más las cosas, hacer complejo algo que era fácil, lo que era sencillo? Ahí hay entonces una contradicción entre dos políticas distintas, y de estas contradicciones surgieron muchas de las ambigüedades de esta diferenciación entre lo público y lo privado.

Pierre Delvolvé: Hace un rato el profesor Cassese explicó muy bien y con razón la ambigüedad de la distinción entre derecho público y derecho privado. El legislador en Francia, desde 1936 específicamente, adoptó cada vez más disposiciones obligatorias para los empleadores, protectoras para los asalariados. Pero no porque las disposiciones sean obligatorias entre personas privadas estas disposiciones son de derecho público. Siguen siendo disposiciones de derecho privado, que rigen las relaciones de derecho privado. Pongamos un ejemplo distinto: el contrato de venta de un inmueble está rodeado, en Francia, de garantías que ha puesto en marcha el legislador para proteger de otra forma lo que llamamos el derecho al consumo de parte de los privados. En este campo existe una obligación de información, de plazo de reflexión para decidir si se compra o no, etcétera. Esto incluyó un nuevo marco al contrato del que vende un inmueble, en un caso, o el contrato del que vende bienes de consumo, pero no transformó la naturaleza del contrato de venta de un inmueble ni la esencia del contrato de venta de bienes de consumo, que siguen siendo reglas de derecho privado que se imponen en las relaciones de derecho privado. En cuanto al derecho laboral, el profesor Cassese también lo subrayó: es cierto que este es uno de los casos que tiene una fluctuación, unos ciclos. En Francia, por ejemplo, tendremos un cambio en las próximas semanas para aligerar el Código del Trabajo, pero esto no cambia en nada la naturaleza de las relaciones entre los asalariados y los patronos, que son siempre relaciones de derecho privado. Hay un único aspecto de derecho público y se refiere al control que se le confía a una autoridad administrativa para verificar el respeto de las normas de derecho público. En Francia es una función de la Inspección del Trabajo actuar cuando han sido despedidos algunos asalariados, los que llamamos asalariados protegidos. En este caso esta es una decisión administrativa, es parte del derecho administrativo y pertenece a la jurisdicción administrativa.

Alexánder Sánchez Pérez¹²: Muchas gracias, profesor Schmidt-Assmann, por su conferencia, y a los profesores Delvolvé y Cassese. Hemos estado realmente encantados con estas exposiciones. Le agradecemos igualmente a Andrés por la organización de esta conferencia. La pregunta es muy corta: el profesor Schmidt-Assmann, en uno de sus artículos, que es la doctrina de las formas jurídicas, habla del Estado cooperativo, de la concertación. Vemos que las relaciones en la Administración son completamente formalizadas y usted habla de avanzar hacia estados informales, de la relativización de estos estados formales. A mí me preocupaba en esos puntos de estados informales una palabra que usted mencionó al finalizar su conferencia: el tema de las normas técnicas. Si bien es cierto, la informalización dentro de la Administración, es decir, la actuación completamente distinta de la formal, de las relaciones tradicionales con los administrados, porque muchas veces son relaciones inexpressivas, frías, secas, es una gran ventaja, pero cuando esas normas técnicas, expresión de la informalización, por ejemplo manuales para incendios o indicadores de coeficientes del medio ambiente para no contaminar, las establece el sector privado porque hay una norma de habilitación, ¿no hablaríamos mejor de una privatización del derecho administrativo?

Eberhard Schmidt-Assmann: Ese concepto de privatización es difícil porque es sumamente amplio. Pero yo creo que podríamos llegar a un acuerdo relativamente rápido: lo que se prescribe es que estas organizaciones privadas, particulares que hacen esas normas, que son asumidas por la parte pública, también tienen que ir de acuerdo con un procedimiento establecido por el derecho. Hoy nosotros tenemos el concepto llamado “derecho procesal privado”, para que las personas privadas o los organismos privados actúen de acuerdo con este derecho procesal; que cumplan con las formas más elementales del derecho público. Se trata de lo que dije antes: la transparencia, la pluralidad y el ser abierto al control. Estoy de acuerdo con usted en que tenemos dificultad para denominar o calificar esta parte. Tenemos un derecho procedimental, que está codificado y que es público, pero también tenemos un derecho procesal de derecho privado o de comportamientos para las entidades o para unidades que aplican el derecho privado y que están por

12 Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo.

fuera de la Administración. Entonces es tarea de la Administración pública verificar que los privados que elaboran estas normas técnicas cumplan con el derecho procesal privado, inspirado en lo público. No creo entonces que se pueda hablar de privatización, sino de procedimientos privados vigilados por autoridades públicas e inspirados en el derecho público.

Andrés Fernando Ospina Garzón: El tiempo se agotó, lamentablemente. No podría permitirme una conclusión después de haber oído a "los tres tenores del derecho administrativo". Simplemente quiero hacer una comparación y una reflexión: la Organización de las Naciones Unidas se creó con este sistema de traductores simultáneos para evitar la guerra. Hoy quiero agradecer a nuestras extraordinarias traductoras porque nos ayudan, no a evitar la guerra, sino a hacer avanzar el derecho, a enriquecer el debate. Gracias al derecho comparado, gracias a la participación de todos ustedes, a sus preguntas, vivimos un momento único, un momento que pasará a la historia y que felizmente lo vivimos en el Externado.

Ahora una reflexión: el profesor Cassese escribió *Historia del pensamiento moderno*, el profesor Schmidt-Assmann escribió en *Innovación y reforma en el derecho administrativo* y el profesor Delvolvé acaba de publicar la última edición de su obra *El derecho administrativo*, cuya primera frase es: "El derecho administrativo ha cambiado". Creo que muchos de nosotros, a nuestra edad, quisiéramos tener la juventud de las ideas de estos "tres tenores". Los tres son inspiradores.

Muchas gracias a ustedes por su participación, por sus preguntas, y muchas gracias a los tres profesores. Mañana nos encontramos para inaugurar las XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo.

DOCUMENTO GUÍA PARA LA EXPOSICIÓN DE EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL DERECHO PRIVADO

Eberhard Schmidt-Assmann. Traducción de Mónica Liliana Ibagón

I. FUNDAMENTOS: DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO SON DOS “PARTES DEL RÉGIMEN” DENTRO DE UN ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL UNITARIO

El punto de partida es la separación entre la sociedad y el Estado. La diferenciación de libertad de derecho fundamental de los individuos, por un lado, y las competencias conferidas a la Administración por el derecho constitucional, por otro lado. Los actos de la Administración requieren motivación; las actuaciones de los privados no. La Administración no tiene libertad contractual.

También el derecho privado está vinculado por la Constitución y depende de la legislación estatal. Los derechos fundamentales son obligaciones de protección del Estado frente a daños de terceros privados: protección de los vecinos, protección de los consumidores, protección de datos.

II. TRES PERSPECTIVAS DE LA RELACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE AL DERECHO PRIVADO

I. LA PERSPECTIVA TRADICIONAL

¿Pertenece un supuesto de hecho al derecho privado o al derecho público? Es importante ante todo a causa de las diferentes vías judiciales. “Teoría de los intereses”, la “teoría de la subordinación”. Por ejemplo, problemas en las omisiones y otros actos reales de la Administración.

2. LA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA

El derecho administrativo es en gran parte derecho público, pero en una parte importante también es derecho privado (relaciones laborales públicas, empresas públicas, adjudicaciones públicas).

La doctrina de la "libertad de elección" de la Administración y de "derecho administrativo privado". Derecho administrativo es un tema no solo de los tribunales administrativos, sino también de los tribunales civiles. La falsa idea de una "pérdida de identidad" del derecho administrativo.

3. LA PERSPECTIVA CIENTÍFICA DE DIRECCIÓN O CONTROL

Las instituciones del derecho público o privado como "instrumentos". La pregunta de los equivalentes funcionales, por ejemplo, entre el control de derecho público sobre las medianas empresas y el derecho de responsabilidad de derecho privado. La idea de "ordenamientos de cobertura" y de la "autorregulación regulada".

Esta perspectiva es ante todo para la legislación, para la Administración configuradora y para la asesoría jurídica. ¿Hay reglas jurídicas para la escogencia de los instrumentos? El significado de los mandatos de claridad jurídica y de proporcionalidad; ningún mandato de la "libertad de contradicción", pero una prohibición de arbitrariedad. La obligación de garantía de un "nivel de legitimación y control" suficientes.

Pierre Delvolvé

Titulado del Instituto de Ciencias Políticas de París (Science-Po). Doctor en Derecho-Doctorado de Estado. Profesor emérito en la Universidad de París II Panthéon-Assas (Francia). Profesor titular de Derecho Público (*concours d'agrégation*). Su tesis doctoral trata del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Fue profesor en la Universidad de Beyrouth, en la de Toulouse y, finalmente, en la Universidad de París II-Panthéon-Assas. Fue director del Máster 2 en Derecho de la Economía. Dirigió la Escuela Doctoral de la Universidad de París II y presidió el concurso de acceso a la carrera profesoral (*agrégation*). Es codirector de la *Revue française de droit administratif* y miembro de la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas (Académie française).

Es autor de importantes obras de derecho administrativo, como por ejemplo el *Droit administratif*, en coautoría con Georges Vedel; *Le droit administratif français*, *Traité du droit des contrats administratifs*, con André de Laubadère y Frank Moderne; es coautor de *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (G. A. J. A.).

Sabino Cassese

Se graduó en 1956, en Pisa, donde fue alumno de la Escuela Jurídica Scuola Normale Superiore. Es doctor *honoris causa* de la Universidad de Aix-en-Provence, Córdoba (Argentina), París II, Castilla-La Mancha, Atenas, Macerata y del Instituto Universitario Europeo de Florencia. Ha sido profesor en las universidades de Urbino, Nápoles, Roma, Nueva York, París y Nantes.

Exjuez de la Corte Constitucional italiana y profesor emérito de Historia y Teoría del Estado en la Scuola Normale Superiore de Pisa; Gobernanza Global en la Maestría en Asuntos Públicos del Instituto de Estudios Políticos Science-Po, en París, y de "Dimensiones globales de la democracia y el imperio de la ley", en la Maestría en Relaciones Públicas Internacionales de la Escuela de Gobierno de la Universidad Luiss de Roma.

Fue ministro de la Función Pública del Gobierno número 50 de la República Italiana, dirigido por Carlo Azeglio Ciampi. Ha escrito numerosos libros

y artículos, tanto en Italia como en el extranjero. Entre sus publicaciones podemos citar: *La nueva constitución económica*, 5.^a ed., Roma, Laterza, 2012; *La base del derecho administrativo*, Milán, Garzanti, 2000; *Tratado de derecho administrativo*, 2.^a ed., Milán, Giuffrè, 2003; *La construction du droit administratif en France et au Royaume-Uni*, París, Montchrestien, 2000; *Retrato de Italia*, New Haven, Yale University Press, 2001; *La crisis del Estado*, New Haven, Yale University Press, 2002; *El espacio jurídico global*, New Haven, Yale University Press, 2003; *Instituciones de derecho administrativo*, Milán, Giuffrè, 2009; y *Más allá del Estado*, New Haven, Yale University Press, 2006.

Eberhard Schmidt-Assmann

Profesor emérito de la Universidad de Heidelberg (Alemania). Estudió Derecho y Filosofía Clásica en la Universidad de Göttingen (Alemania) y en la de Ginebra (Suiza). Doctor en Derecho de Estado de la Universidad de Göttingen. En 1966 presentó su trabajo relativo al concepto de Constitución en la teoría alemana. Su tesis doctoral gira en torno de los precursores de un pensamiento hermenéutico en la Constitución.

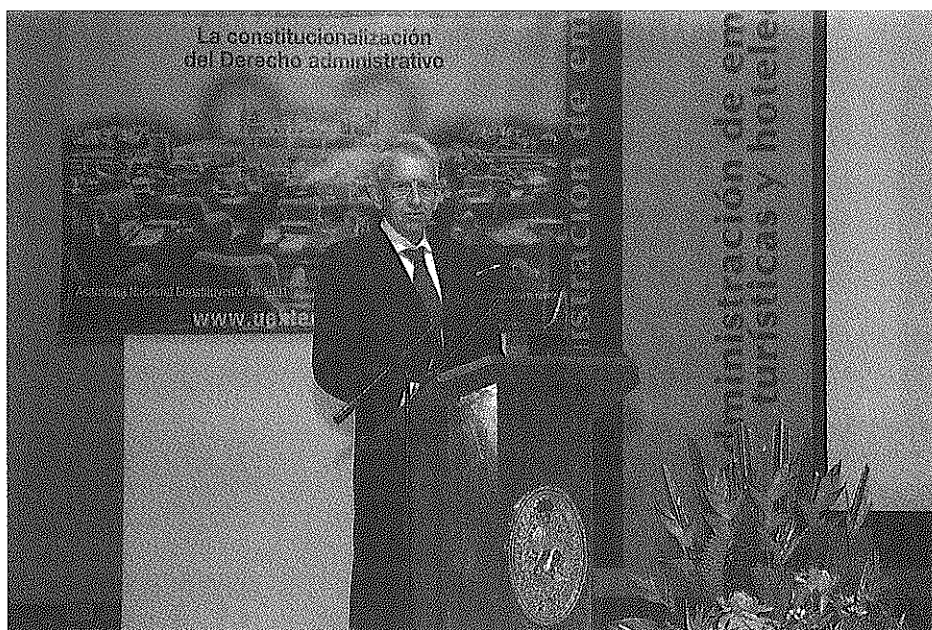
Fue miembro del Consejo de Ciencias (1993-1999). Desde 1995 es miembro de la Academia de Berlín-Brandeburgo de Ciencias. Ha sido juez del Tribunal Administrativo Superior del Norte-Westfalia y del Tribunal Administrativo de Baden-Wuerttemberg. La Universidad de Atenas le otorgó en 1999 el doctorado *honoris causa*. Desde 2006 es director del Instituto de Investigación del Instituto Protestante ev-HARD en Heidelberg.

Encabeza el movimiento de reforma del derecho administrativo en Alemania. Es autor, entre otras muchas obras, de *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, traducida al castellano.

**ALGUNOS PONENTES DE LAS XV JORNADAS
INTERNACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO**



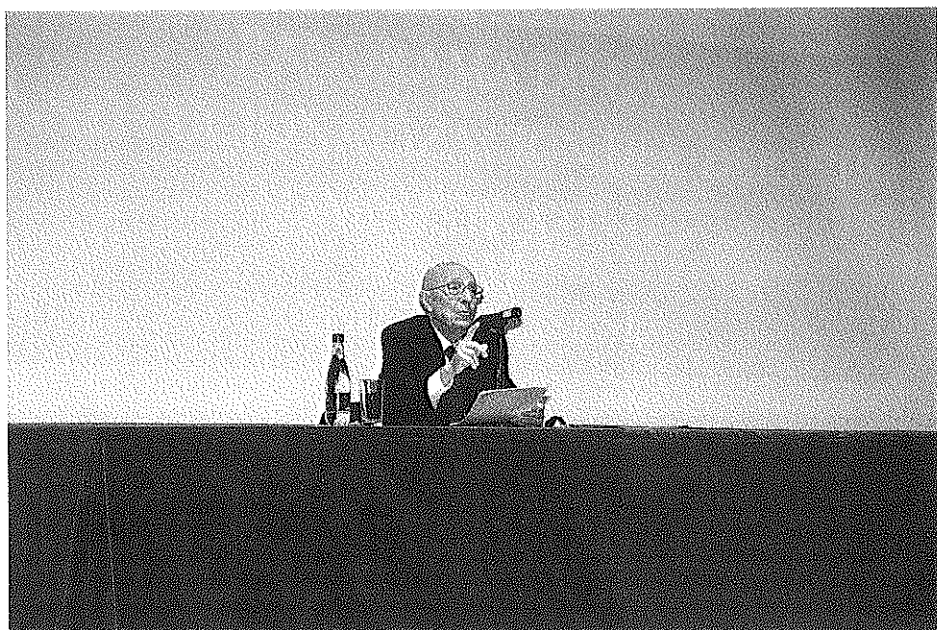
De izquierda a derecha: Allan Brewer Carías (Venezuela), Julián Pimiento, Juan Gustavo Corvalán (Argentina), Mónica Ibagón, Consuelo Sarria, Pierre Delvolvé (Francia), Sabino Cassese, Diana Ucrania Galleta (Italia), Eberhard Schmidt-Assmann (Alemania), Alberto Montaña, Andrés Ospina, Paula Robledo y Jorge Iván Rincón. Foto: Adalgiza Barandica.



Eberhard Schmidt-Assmann durante las Jornadas internacionales de derecho administrativo. Foto: Adalgiza Barandica.



Pierre Delvolvé durante las Jornadas internacionales de derecho administrativo.
Foto: Adalgiza Barandica.



Sabino Cassese durante las Jornadas internacionales de derecho administrativo.
Foto: Adalgiza Barandica.



Eberhard Schmidt-Assmann, Juan Carlos Henao, Pierre Delvolvé y Consuelo Sarria Olcos durante las Jornadas internacionales de derecho administrativo. Foto: Adalgiza Barandica.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 2015

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 11.5 puntos
y se imprimió sobre papel Propalbond de 70 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

¿El derecho administrativo es el derecho de la Administración? ¿Por qué y bajo qué supuestos la Administración Pública se rige por normas y esquemas del derecho privado? ¿Podemos hablar de derecho privado administrativo? ¿Los particulares, en sus relaciones civiles y comerciales, son ajenos al derecho público? ¿Estamos asistiendo a la superación de las diferencias entre el derecho público y el derecho privado?

Reunidos en un salón de la Universidad Externado, previo a las XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Eberhard Schmidt-Assmann (Alemania), Pierre Delvolvé (Francia) y Sabino Cassese (Italia), discutieron durante más de dos horas alrededor del tema "Derecho administrativo y derecho privado: interacciones". Los asistentes formularon sus preguntas y el debate se tomó interesante.

Tener reunidos en un salón a estos tres maestros interactuando con profesores y alumnos del Externado fue un privilegio. No en vano se ganaron, ese día, el título de "Los tres tenores" del derecho administrativo.

