

La progresión del Derecho Administrativo*

¿Cuál ha sido el índice de progreso alcanzado por el Derecho Administrativo en el límite de esta segunda mitad de siglo?

A semejante interrogación, aun cuando no formulada explícitamente, responde el escrupuloso análisis de los conceptos definidores que acaban de efectuar los maestros de dos sucesivas generaciones: V. E. Orlando, fundador de la escuela científica italiana y Ch. Eisenmann, crítico de la dogmática juspublicista francesa¹.

Empero, en este mismo hito histórico, también ha podido comprobarse la renovación hasta ahora operada, que ofrece dos ostensibles particularidades. Una, la proliferación del Derecho Administrativo inglés y angloamericano. Otra, el perfeccionamiento de las construcciones jurídicas, que confieren unidad sistemática y valor universal a la doctrina administrativa.

El caso de Inglaterra resulta por demás significativo, pues su régimen tradicional, el "common law", repelía toda concepción administrativa, hasta el extremo de declarar Albert Venn Dicey, en su prestigiosa "Introduction to the Law of the Constitution", editada en 1885, que "El Derecho inglés ignora le Droit Administratif" (dicho en francés). La sorpresa experimentada por los juristas continentales hubo de reflejarse en la larga réplica de Gaston Jèze solemnemente incluida en las páginas de su obra capital ("Les principes généraux du Droit administratif". Girard & Briere. París. 1914), si bien no precise valorar los argumentos, pues el propio Dicey acabó reconociendo espontáneamente, años más tarde, que su proposición era equivocada y en consecuencia, hacia constar que Inglaterra tenía un Derecho Administrativo.

* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho* No. 3, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1955, pp. 17 a 38.

¹ Orlando, Vittorio Emanuele. "In torno ad alcune fasi storiche e critiche del diritto amministrativo in Italia dopo il 1890". Publicado en la "Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico". 1952. págs. 259 y sigs. Eisenmann, Charles. - "Théories fondamentales du Droit administratif". Cours de Doctorat de la Faculté de Droit de París. Ed. Les Cours de Droit. París. 1952.

De esta frustrada polémica, tan inesperadamente decidida, deduce el Profesor René David, con plausible prudencia, que resulta siempre aventurado asimilar instituciones e inclusive vocablos pertenecientes a distintos sistemas de Derecho, y así se hace irreductible, por ejemplo, la “**public policy**”, a orden público; el “**Civil law**”, a Derecho Civil; como quizás el “**Administrative law**”, al Derecho Administrativo². No obstante, con todo el respeto merecido por el eminente comparatista, me atrevo a insinuar si los términos contradictorios de Dicey podrían ser congruentes, refiriéndolos a dos fechas distanciadas, en cuyo intervalo hubieran evolucionado instituciones y conceptos administrativos, de los que hoy ofrece testimonio notorio, la frondosa bibliografía del Derecho Administrativo inglés³. Conste la insinuación, de momento, como mera posibilidad, quedando el examen diferido a los resultados de un posterior replanteamiento.

Considerando ahora la virtualidad de las elaboraciones y reelaboraciones conceptuales del Derecho Administrativo, se llega a comprender que constituyen el trabajo especulativo más acucioso y más fino de la Ciencia jurídica en este último sexenio. Ciertamente que la laboriosidad de la especulación no encuentra siempre el merecido aprecio, pues exige un esfuerzo intelectual superior, eludido por los espíritus simplistas, quienes pretenden aliviarse de él reprochando a la Ciencia del Derecho Administrativo una excesiva teorización. Sin embargo, estos mismos críticos interesados habrán podido seguir la labor que trasciende ya el propio ámbito administrativo para penetrar en el campo del Derecho Privado, como sucede, citándose sólo a vía de ejemplo, con los

² David, René - “Derecho Administrativo y administrative law”. Publicado en “Revista del Instituto del Derecho Comparado”. Barcelona. 1953, No. 1. Págs. 47-60.

³ Sin propósito de dar una referencia bibliográfica se cita, como muestra: Carr, Sir Cecil “Concerning English Administrative Law”. 1941. “Committee on Ministers Powers, Report”. London, 1932. Glad. den, E. W. “The essentials of Public Administration”. 1945. Griffith, J. A. G, and Street H, - “Principes of Administrative Law”, 1952. Gwyer “The powers of public departments to make rules having on administrative law; compil (Frankfurter and Davison). 1935. Jennings - “Courts and Administrative Law: the experience of English housing legislation”. En “Harvard Law Review”. 1935-36. Lasky H. “The growth of administrative discretion” 4 select essays. 1938. Pollard S. W. - “Administrative Tribunals at Work”. 1940. Port. F. J. “Administrative Law” 1929. Robson, William A. “Justice and Administrative Law”. 1951. Schwartz, B. “Law the Executive in Britain: A comparative study”. 1949. Wade and G. G. Philips. “Constitutional Law” part VII “Administrative Law” 1954. Willis, “Three approaches to administrative law: the judicial, the conceptual and the funcional” 4 Selected essays. 1938.

conceptos de “acto-condición” y de “desviación de poder”, que tanto han influido en las nuevas doctrinas de la causa y del abuso de derecho. Aun cuando, es precisamente en la más visible de las realidades jurídicas, el Derecho positivo, donde los refinamientos conceptuales y técnicos han logrado la mejora de las instituciones administrativas, según lo evidencian las nuevas modalidades adoptadas en distintos países por el Procedimiento administrativo y dentro de él, su especie contencioso-administrativa, como de igual manera el importante y tan práctico capítulo de la responsabilidad de la administración⁴.

Ahora bien, semejante rendimiento, que colma el más exigente de los programas, suscita esta pregunta: ¿De qué manera un amasijo de normas, apenas clasificadas con un criterio empírico en los comienzos del siglo XIX, ha llegado a adquirir forma hasta constituir un Derecho Administrativo dotado de calidad científica? Pero la respuesta presupone, a su vez, otra pregunta, ¿A qué Derecho Administrativo se alude?

Existe, en efecto, una pluralidad de sistemas de Derecho correspondientes a diversos países. Por ello ha de advertirse, ante todo, si al hablar de Derecho Administrativo -así de una manera indeterminada- se hace referencia a un sistema jurídico concreto -francés, alemán, inglés- o se trata de una mera abstracción. Extremo éste que no sólo requiere esclarecimiento, sino que comporta interesantes implicaciones.

⁴ Ambos temas han sido expuestos ampliamente en los Cursos de Doctorado de la Facultad de Derecho de París. Ver, Mamade Paul Bastid “Les juridictions administratives et leur competences”, 1953, y Rosseau Charles “Le théorie générale de la responsabilité en Droit Administratif” 1952. En cuanto al desarrollo del Derecho Administrativo en los distintos países tiene su exponente en las más recientes publicaciones sistemáticas. Francia: Duez P. et Debeyre G. “Traité de Droit Administratif” 1952. De Labaudère, André “Traité élémentaire de Droit Administratif”, 5ème éd, 1951. Italia: Gasparri, Pietro “Corso di Diritto amministrativo”. 1953. Giannini “Lezioni di Diritto amministrativo” 1952. Lucifredi “Diritto amministrativo” 1950. Miele, Giovanni “Principi di Diritto amministrativo” 1953. Sandulli, Aldo M., “Manuale di Diritto amministrativo”. 1952, De Valles, Arnaldo, “Elementi di Diritto amministrativo”. 1951. Vignocchi, Gustavo, “Gli accertamenti costitutivi nell Diritto amministrativo”. 1950. Estados Unidos de América: Davis, K. C., “Administrative Law” 1951. Gelhorn Walter and Byse Clark, Administrative Law: Cases and Comments. 1954. Hartz, “Introduction to Administrative Law”. 1950. Schwartz, B. “American Administrative Law” 1950. Gran Bretaña: Griffith J. A. G. and Street H., “Principles of Administrative Law” 1951. Alemania: Giese, Friedrich, “Allgemeines Verwaltungsrecht” 1952. Nebinger, Robert, “Verwaltungsrecht” 1954. Ha de citarse entre las grandes obras la del Profesor uruguayo, Sayagués Laso, Enrique, “Tratado de Derecho Administrativo”, cuyo primer volumen se publicó en 1953.

Desde luego, todo sistema de Derecho se presenta, “*primum facies*”, como un Ordenamiento unitario de normas obligatorias. En suma, constituye lo que se conoce con el nombre de “reglas normativas” o norma jurídica propiamente dicha.

Sin embargo, el análisis hace percibir, tras semejante aspecto, una obra elaborante que se ha servido de complejos elementos; a saber, de datos, categorías, conceptos y recursos operativos o técnicos. En esto consisten las denominadas “reglas constructivas o de construcción”.

Es precisamente la coincidencia de las reglas constructivas -más o menos perfectas- con las reglas normativas, lo que determina las variadas instituciones jurídicas en los distintos sistemas de Derecho.

Mas, como quiera que las reglas constructivas tienen el carácter de generalidad correspondiente a la Ciencia, se convierten en el vehículo más eficaz para conseguir la universalización, cuanto menos relativa, de las instituciones jurídicas. Así, “una elaboración científica del Derecho reduce a unidad absoluta de conceptos, la materia, tan diseminada y variada, de las normas históricas” (Stammler).

La acción conjugada de ambas normas, promueve el desenvolvimiento institucional, que, siguiendo sus fases evolutivas, adquiere desigual nivel en los sistemas de Derecho de los diversos países. Con ello se produce una especie de filogénesis jurídica, en virtud de la cual las instituciones se desarrollan pasando sucesivamente, en distintos tiempos, por las mismas o parecidas fases morfológicas.

He aquí por tanto un método excelente de captación del Derecho Administrativo, para destacar las disparidades o coincidencias de sus instituciones. Empero, precisa tener en cuenta que, aun cuando la comprobación revele, en un momento dado, instituciones heterogéneas e inclusive originales correspondientes a distintos lugares -experiencia horizontal en el espacio- también existe una verificación de las fases de desarrollo o experiencia histórica, en el corte vertical del tiempo.

El Derecho Administrativo amplía así su ángulo de captación, abarcando, a la vez, las privativas reglas normativas de cada uno de los diversos países y las normas constructivas, generales y comunes a todos ellos, con lo que cabría, en puridad hablar en un caso de Derecho Administrativo científico -en mayor o menor grado- y en otro, de Ciencia del Derecho Administrativo.

Todas estas aportaciones han de integrar, a manera de partidas, un balance figurado para establecer el índice de progreso del Derecho Administrativo, en la distancia que media entre un punto inicial y un punto terminal.

I. LOS ORÍGENES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

a).- El ordenamiento positivo y la doctrina

El Derecho Administrativo es una formación moderna, “*ius novum*” (Hauriou), en contraste con el “*antiquus more*”, por aparecer configurado como una secuela del régimen constitucional, dado que solamente en él se cumple el triple axioma que posibilita su existencia. Uno, el principio de legalidad, que hace de la ley o de la regla de Derecho -“*rule of Right*”- la condición de cualquier acto estatal. Segundo, el principio de separación de Poderes, convertido en principio de distinción de funciones, en virtud del cual corresponde a cada uno de los órganos del Estado: el cometido prescrito por una regla atributiva de competencia. Tercero, el principio de la integridad de los derechos subjetivos cuyo eventual menoscabo exige una reparación inmediata, sea en forma de restablecimiento o de indemnización.

Mas, si bien tales premisas constituyen el supuesto necesario de todo sistema de Derecho Administrativo, éste no ha tenido una manifestación uniforme ni menos aún coetánea, siendo en Francia donde se ha desarrollado de una manera tan completa y con ritmo tan acelerado que aun constituye un verdadero paradigma. Ya lo hace observar Otto Mayer cuando indica que, “en Francia todas las nuevas ideas del Derecho Público, se formulan y ponen en ejecución bruscamente, y para servirnos de una comparación diremos que ellas siempre aparecen inmediatamente como plantas del todo desarrolladas”. (“*Deutsches Verwaltungsrecht*”. Leipsig. 1895-96. T. I. pág. 70).

No obstante, aun en Francia misma la integración de un sistema de Derecho Administrativo se ha operado a través de largos períodos.

El punto de arranque del régimen jurídico de la Administración -o sea “*la notion de régime administratif*”- se encuentra en la famosa ley 16-24 de agosto de 1790, que, en términos conminatorios, propugna la separación entre las funciones administrativas y judiciales “*Les fonctions*

judiciares sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, a peine de forfaiture, troubler de quelque maniere que ce soit les operations des corps administratifs (...)”⁵.

A este resultado había de conducir la rigurosa observancia del principio de separación de poderes, por cuanto, proclamada su independencia recíproca, no cabía mediatizarlos, de cualquier manera que fuera, con interferencia alguna. Pero el principio de legalidad imponía que éste quedara en todo caso salvaguardado con iguales garantías, por lo cual, deduciendo la consecuencia lógica, se desdobra la función jurisdiccional, afirmándose una jurisdicción administrativa paralela a la jurisdicción judicial. De tal manera, el acto judicial y el acto administrativo adquieren, siquiera sea en principio, una misma calidad jurídica.

Desde entonces la jurisdicción administrativa constituirá el mecanismo regulador del Derecho Administrativo y el incentivo más poderoso de su desenvolvimiento. Es lo que sucede con el venerable Consejo de Estado que, durante la primera etapa de su actuación, de 1800 a 1872, ejerce la denominada “jurisdicción retenida”⁶. Mas, con ello, el sistema resultaba notoriamente imperfecto por cuanto el Poder Ejecutivo “retenía” aún la jurisdicción administrativa, acumulando así actividades heterogéneas. La técnica jurídica distinguía, en efecto, dos funciones de diferente especie: una, destinada a aplicar la ley (administración), en tanto que el cometido de la otra era revisar la legalidad de esta aplicación (jurisdicción). Lógicamente procedía pues, separar los órganos administrativos de los órganos jurisdiccionales, que es lo dispuesto por la ley de 24 de mayo de 1872, con la cual se consuma la independencia orgánica y funcional de la Administración activa y de la Administración Contenciosa. A partir de esta fecha, el Consejo de Estado tiene atribuida la jurisdicción contencioso administrativa que ejerce, de pleno derecho, en nombre del pueblo francés. He aquí como del principio político de

⁵ Ley 16-24 agosto 1790. Tit. II, art. 13. Reproducida literalmente en los textos de la Constitución de 3 de setiembre 1791, art. 13. Ley 16 fructidor año III, Constitución 5 fructidor año III, art. 203. Ley 21 fructidor año III, art. 27.

⁶ El Consejo de Estado se creó como un Cuerpo consultivo, si bien con atribuciones “para resolver las diferencias que a él se llevaran en materia administrativa” (Constitución del año VIII, Arts. 52 y 53), El acuerdo recaído no tenía más que carácter de dictamen, pues la decisión formal correspondía al Jefe del Poder Ejecutivo (el Primer Cónsul y después el Emperador). De aquí el nombre de “jurisdicción retenida”.

separación de poderes se pasó al concepto técnico de separación de funciones.

Faltaba una última etapa; la que cierra el ciclo en 13 de diciembre de 1889, cuando el propio Consejo de Estado se arroga el conocimiento de todas las causas en materia administrativa, sin que su competencia estuviese expresamente prevista en un texto legal. (Arrête Cardot).

Ahora bien; a medida que iba consolidándose el régimen administrativo -“**le régime administratif**”-, ¿Cómo procedía la especulación jurídica?

La empresa de crear “**ex novo**” un sistema de Derecho Administrativo implicaba reducir a unidad elementos diversos; a saber, las reglas normativas, incesantemente incrementadas, y las normas constructivas que había de suministrar la Ciencia jurídica.

No le faltaron adalides al incipiente Derecho Administrativo, algunos tan esclarecidos como Joseph-Marie de Gérando (1772-1842), el primer profesor de la asignatura en la Escuela de Derecho de París; su sucesor en ella Louis Antoine Macarel (1790-1851); el Consejero de Estado Louis Marie Cormenin (1788-1868), sin olvidar al insigne Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), filósofo, penalista y precursor de la concepción científica según lo proclama V. E. Orlando⁷.

Paradójicamente es Romagnosi, un italiano y no un francés, el primer tratadista, con su única obra de tema administrativo “**Principi fondamentali di diritto amministrativo**”, editada en Parma en 1814. Macarel publica en 1818 los “**Eléments de jurisprudence administrative**”, a la que sigue en 1822, “**Questions de Droit administratif**”, de Cormenin, y por último, De Gérando hace aparecer las difundidas “**Institutes de Droit administratif**”, cuatro volúmenes, impresos en 1829 y reeditados, con la adición de otro volumen, en 1842⁸.

Este poderoso quadriunvirato intelectual acometió la ingente empresa de formular la doctrina del naciente Derecho Administrativo. No obstante, el cúmulo de dificultades oscurecieron sus atisbos, a veces

⁷ Tommasini, “La nozione del diritto amministrativo nell'opera di G. D. Romagnosi” Parma. 1897, Cagli, “G. D. Romagnosi: la vita, i tempi le opere”. Roma, 1915.

⁸ Macarel, “Cours d'Administration et de Droit Administratif”. París. 1844. Cormenin, “Traité de Droit Administratif”, París, 1840. 2 volúmenes.

clarividentes, quedando su formidable esfuerzo preterido y hasta injustamente olvidado⁹.

El programa de realizaciones había de comprender, en efecto, desde un comienzo, objetivos tan arduos como los de afirmar la autonomía del Derecho Administrativo y seleccionar para ello las apropiadas técnicas instrumentales.

La materia, carente aún de forma unitaria, procedía, en parte, de las nuevas reglas correspondientes al **"régime administratif"** y además de algunos capítulos transferidos del Derecho Civil, por ejemplo, cuantos se refirieran al dominio público, a las servidumbres públicas y a las propiedades especiales. Sin embargo, la tarea, más que concretarse a inventariar el material, exigía darle precisamente sentido, encajándolo en un sistema con características propias, capaces de acreditar su autonomía. Empero, para lograrlo era, necesario, ante todo, independizarse de la dogmática del Derecho Privado, el cual, a este respecto, representaba una especie de Derecho matriz, idénticamente a lo que ha venido sucediendo en Inglaterra, hasta hace poco, con el **common law**.

La misma denominación distintiva logra premiosamente imponerse, y no ha de producir sorpresa alguna que la ley 22 ventoso del año XII, al reorganizar la enseñanza jurídica, asignara a la naciente sistematización el estafalario título de **"Droit civil dans ses rapports avec l'administration"**¹⁰.

⁹ En Francia comienza la revisión de la obra de los precursores del Derecho Administrativo. Ver, De Laubadère, René, "Les fondateurs du Droit Administratif: Cormenin". Ed. Librairie générale de D. et de J. París. 1941. Berlia Georges, "Les fondateurs du Droit Administratif: Gérando" Ed. Librairie g. de D. et de J. París. 1942. Una interesante referencia a De Gérando se encuentra en la obra de Duverger, Maurice, "L'affectation des immeubles domaniaux aux services publics". París: 1941.

¹⁰ La enseñanza del Derecho Administrativo en la Universidad de París experimenta las más curiosas incidencias, en relación con el auge de la política liberal. Así, después de la episódica ley 22 Ventoso del año XII, un gobierno moderado introduce, por Ordenanza Real de 24 marzo 1819, la materia denominada "Derecho público positivo y Derecho Administrativo", de la cual se designa titular a De Gérando. Otra Real Ordenanza, de 6 de setiembre 1822, emanada de un Gobierno reaccionario, suprime las cátedras de Derecho de Gentes y de Derecho Administrativo, a pretexto de que los estudiantes han de recibir preferentemente conocimientos positivos y usuales". La Ordenanza de 19 de junio de 1828 restablece la cátedra, tan especiosamente eliminada, que en lo sucesivo llevará el nombre de "Droit Administratif français", encargándola nuevamente a De Gérando, cuyos sucesores han sido: Macarel (1898-1851), Vautrin (1852-1885), Michel (1887-1897), Berthélémy (1898-1933), Achille Mestre, Gaston Jèze y en la actualidad Waline. (Berlia, obra citada, pág. 40). Mi estimado colega, Dr. J. M. Hernandez Ron describe las diferentes etapas docentes del Derecho administrativo

La iniciativa de los tratadistas aducía nociones específicas, ya desde entonces incorporadas al lenguaje administrativo, mas, sin conseguir precisarlas como conceptos técnicamente contruidos ni conferirles siquiera la deseable univocidad. Tal es la suerte de los términos “l'intérêt social” o “intérêt général”, contrapuesto a “intéréts particuliers” o “intéréts privés”. Lo mismo cabe decir de la expresión “puissance. publique”.

Así, cuando De Gérando pretende precisar el objeto de la administración, indica tan sólo que es: “la potencia pública en el cometido de regir los intereses sociales, pero sin interferir ninguno de los intereses privados (...) que vela, observa, alivia, protege, estimula, recompensa y dispone más bien que decide,” conclusión superlativamente ingenua. Tampoco resulta más acertado Macarel al decir que “el Derecho Administrativo se compone de las leyes de interés público”.

Semejante penuria doctrinal explica que el Derecho Civil hubiera de erigirse en patrón modélico, incorporándose sus primorosas figuras y construcciones, por el procedimiento de calco, al rudimentario sistema de Derecho Administrativo, adherencias que aún ahora tanto lamenta Gaston Jèze, cuando reprocha que se mantengan “estas expresiones de contrato administrativo, de mandato de derecho público, de tutela administrativa, de derechos de potencia pública, de propiedad pública (...) puesto que, a problemas enteramente diferentes de los de Derecho Civil corresponden y deben corresponder teorías diferentes de las de Derecho Privado” (prólogo de la obra citada).

Ha de transcurrir mucho tiempo, exactamente hasta 1873, para que el Tribunal de Conflictos reconozca la autonomía del sistema, al declarar que la administración “tiene sus reglas especiales, distintas de los principios que se encuentran establecidos en el Código Civil para regular las relaciones entre particulares” (Arrête Blanco), solución que Marcel Walline considera “la piedra angular de todo el Derecho Administrativo” (*Tratíé élémentaire de Droit administratif* Sirey. 3ème éd. París, 1950).

En otro aspecto no lograron mejor fortuna las técnicas utilizadas. La caótica balumba de materia administrativa tenía que asimilarse, si es permitida la metáfora, reducida a categorías, a su vez clasificadas.

Cormenin describe la situación, haciendo observar que, “la legislación administrativa no es más que un amontonamiento incoherente de artículos donde todo se encuentra confundido, lo que es un principio y lo que es solamente reglamentario, lo transitorio y lo definitivo, lo que atañe a las cosas y lo que es propio de las personas. Las leyes se comentan sin explicarse y la recopilación, donde se han aglomerado -“**pêle-mêle**”- caprichosamente, es como un vasto arsenal que proporciona armas a todos los contendientes, a todos los intereses y a todos los sofismas”. El propio Cormenin propone un método un tanto escolástico, consistente en “agrupar las especies, elevándolas por generalización al rango de axiomas y deducir de éstos las consecuencias jurisprudenciales, logrando así, como en las matemáticas, la regla y la prueba” (“**Questions de Droit administratif**”. T. I. p. XIV y XVI).

Pero, aún siendo acuciador el apremio, los tratadistas no llegan a superar los procedimientos primarios de clasificación, algunos de los cuales, como sucede con el “**Traité générale de Droit administratif appliqué**” de Dufour, adoptan, ¡nada menos!, que el orden alfabético. Es la “era divulgadora”, según la adjetiva Hauriou, en el transcurso de la cual, el Derecho Administrativo reduce su doctrina al comentario de los textos legales, malamente ordenados y aún peor comentados con consideraciones extrajurídicas de naturaleza filosófica, política o sociológica.

Cierto, que la contrapartida, que prima en definitiva, está representada por la brillantísima obra del Consejo de Estado, en cuyos acuerdos (“arrêtes”), han de buscarse las mejores construcciones teóricas; hasta la aparición del gran renovador Eduard Louis-Julién Lafarrière (1841-1901), “el primero en Francia que introduce orden y método, siendo también quien más eficazmente influye en la formación y en el desenvolvimiento del Derecho Administrativo” (Jèze. Obra citada.) Ahora, que la responsabilidad y el mérito pertenecen ya a otra generación.

b. La recepción del Derecho Administrativo francés

Desde sus comienzos, la experiencia administrativa francesa va siendo adoptada por distintos países. Si es permisible emplear en un mismo sentido vocablos que aluden a situaciones históricas literalmente definidas, cabría asegurar que se trata de algo equivalente a una “recepción” de

Derecho extranjero, aun cuando las circunstancias dadas difieran de aquellas en que se produjo la incorporación del Derecho romano a los sistemas de Derecho nacional. Sin embargo, no deja de operarse un fenómeno que, en puridad gramatical, constituye también una auténtica "recepción".

Los tratadistas de Derecho Comparado hablan así de "la recepción del Derecho francés" para describir la difusión del Código Civil, "asegurada, en parte *ratione imperii*, en parte *imperio rationis*" (P. Arminjon. B. Nolde M. Wolf. "Traité de Droit Comparé". Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. 1950. T. I. pág. 136).

Análogamente le sucede al Derecho Administrativo francés, si bien con dos importantes variantes. Primeramente, no tiene lugar tanto en lo literal de los textos como en lo virtual del sistema mismo y de sus instituciones. Además, se trata de una recepción prematura pues ocurre en su fase incipiente, si bien, una vez insertada la estructura, ésta prosigue las sucesivas evoluciones.

Lo cierto es que, de una manera parecida a lo que acontece con el Código Napoleón, "le régime administratif français" influye los sistemas de Derecho Administrativo de Bélgica, Italia, España, Portugal, Alemania, Austria y con incidencias directas o indirectas más lejanas, en Polonia, Rumania, Grecia; es decir, prácticamente en toda la unidad continental europea. Por esto advierte Otto Mayer que: "la comunidad de espíritu de la familia de naciones europeas no se manifiesta quizá en ninguna parte tan bien como en la historia común de sus ideas sobre el Derecho Público" (Obra citada, pág. 69).

Semejante recepción se produce de diferentes maneras, si bien, a la larga, con análogos efectos.

Ante todo, existe la recepción "*ratione imperii*", que mejor podría calificarse de "transportación", la cual comprende a los países sometidos al dominio, o cuanto menos, a la hegemonía francesa, como Bélgica, Luxemburgo, igualmente que los Estados italianos de Piamonte, Dos Sicilias y Ducado de Parma.

La otra recepción se opera "*imperio rationis*", caso éste de los demás Estados italianos, el Lombardo-Veneto y Toscana, así como también España, Portugal, Estados alemanes, Austria y, con mayor o

menor pureza e intensidad, los restantes países continentales, incluíbles, pese a sus diferentes modalidades jurídicas, en el mismo grupo francés.

El caso de Alemania, por la heterogeneidad de cultura -contrapuesta a la latina- resulta aleccionador para percatarse de la fuerza de penetración de un régimen jurídico allí verdaderamente extraño en la estricta acepción de la palabra, aun cuando Otto Mayer, con frase exacta, pero no exenta de ironía, asegure que “los alemanes desempeñamos, sobre todo frente a Francia, el papel del que imita y recibe; si debemos estarles siempre agradecidos es ya otro asunto”. (Obra citada, pág. 69).

El régimen administrativo no se implantó en Alemania revolucionariamente y las etapas evolutivas se van sucediendo con lentitud. Así, a comienzos del siglo XIX no existía aún Derecho Administrativo y “las normas conforme a las cuales los funcionarios habían de regir la administración constituían órdenes de servicio y no preceptos jurídicos” (Gönnér. **“Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses”**. Berlín, 1804, II, págs. 1, 44, 59 y **“Deutsches Staatsrecht”**. Berlín, 1804, págs. 328 y 550).

Poco a poco va imponiéndose la tendencia de vincular la administración pública a reglas fijas, y merced a la ficción de considerar al Fisco como una persona de Derecho Privado cabía obtener, por vía de indemnización, la reparación de los derechos lesionados, con lo cual, aquél constituía, según un dicho ingenioso, “el paño de lágrimas del Estado” (Bornhak). Avances graduales, hasta llegar a reconocer explícitamente que “a las obligaciones de los súbditos, fundadas en las relaciones de dependencia, corresponden, por otra parte, los derechos de los súbditos como tales. El soberano no sólo tiene derechos, sino también obligaciones” (Carl von Pfizer. **Über die Grenzen zwischen Verwaltung und Civil-Justiz**. 1928. pág. 18).

He aquí la aplicación concreta de la idea de Estado de Derecho o Estado regido por el Derecho (**“Rechtstaat”**), que no es exclusivamente alemana, pues como indica Otto Mayer, “nos es común en sus elementos esenciales con las naciones hermanas que han pasado por los mismos sucesivos desenvolvimientos, principalmente con la nación francesa, a la cual, a pesar de todo, el destino nos ha vinculado por la comunidad de espíritu” (Obra citada, pág. 83).

Finalmente, desde 1863 comienzan a implantarse en Baden, Prusia, Saxe, etc., los Tribunales Contencioso administrativos, independientes a

veces de la Administración activa y de los Tribunales de justicia, con lo que, "las normas administrativas adquieren fuerza vinculatoria bilateral" (Ihering. "Der Zweck im Recht" T. I. pág. 344).

Por cierto, que ha de llamarse la atención sobre la circunstancia de que se implantara en Alemania desde 1863 la modalidad de la jurisdicción delegada -ejercida por propio derecho con independencia de la Administración activa y de los Tribunales ordinarios- cuando en Francia no se estableció definitivamente, como se ha dicho, hasta 1872, pero habiendo tenido allí vigencia temporal de 1849 a 1852. Ello comprueba, o cuanto menos sugiere, que algunas instituciones jurídicas se van desarrollando con una cierta regularidad de resultado, cualquiera que sea la rapidez o el retraso de sus diversas fases.

La misma tendencia se advierte, en otros términos, en el proceso evolutivo de la jurisdicción contencioso administrativa en Bélgica e Italia.

El sistema contencioso administrativo francés, en su forma primitiva, fue conservado por Bélgica, con algunas modificaciones, hasta que se establece la unidad jurisdiccional en la Constitución de 1831 (arts. 92, 93, 106, 107). Varias fueron las medidas sucedáneas para colmar la laguna. Pero, en general, la solución se consideraba satisfactoria, en virtud de las peculiaridades del régimen administrativo belga, diferenciado en tantos aspectos del francés -sobre todo siendo descentralizado- y con el convencimiento de que los Tribunales ordinarios podrían corregir, en su caso, las incorrecciones administrativas si éstas lesionaran los derechos de los administrados.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ejercía una influencia evidente, cuando había que hacer pronunciamientos sobre materias esencialmente administrativas, por ejemplo, las referidas a la responsabilidad de la administración, diferidas a los Tribunales ordinarios.

No existía ni podía existir, por otra parte -y la falta era advertida y lamentada- un auténtico recurso de anulación por exceso de poder. Desde 1912, los tratadistas, y entre ellos Maurice Vauthier, reprochan las imperfecciones de la técnica jurídica derivadas del régimen de unidad jurisdiccional, notando particularmente que, los principios del Derecho Civil no resultaban adecuados para aplicarlos a las relaciones de orden administrativo. Es decir, postulando la autonomía del Derecho Administrativo que el Tribunal de Conflictos francés había prescrito el año 1873, en el famoso **arrête Blanco**.

En 1930 se presenta ya un proyecto legislativo para restablecer la jurisdicción contencioso administrativa, con las modernas modalidades, recordándose en el debate que, "la elaboración del recurso por exceso de poder es una de las creaciones más destacadas del Derecho Administrativo francés, debiéndose su creación a la obra del Consejo de Estado", hasta que la ley 23 de diciembre de 1946 encomienda también a un Consejo de Estado el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa con poder para estatuir sobre los recursos de anulación por exceso de poder contra los actos y reglamentos de las autoridades administrativas, comprendiendo los Decretos del Rey. (Art. 9).

El otro caso concierne a Italia. Desde la ocupación napoleónica se había instituido en distintos Estados italianos la jurisdicción administrativa, en su modalidad de jurisdicción retenida, quedando así organizada en Nápoles (1817), Estados Pontificios (1835), Sicilia (1838) y Piamonte (1842). Constituido el Reino de Italia, se procede después de varios reajustes, a la unificación jurisdiccional, dispuesta por la ley de 20 de marzo de 1865, que sigue el precedente belga, con lo cual queda también prácticamente abolida la jurisdicción contencioso administrativa. Un poderoso movimiento de rehabilitación se perfila, desde el primer instante, teniendo conductores tan autorizados como Silvio Spaventa y Francesco Crispi. Paulatinamente se va articulando, en todas sus piezas, la jurisdicción contencioso administrativa, pasando por las fases progresivas que marcan las leyes de 31 de marzo de 1889 y sus sucesivas ampliaciones de 1890 y 1907. La forma definitiva se encuentra codificada en el texto de 26 de junio de 1924, cuyos principios inspiradores adquieren rango constitucional en la Constitución vigente de 1948 (arts. 24, 103 y 113).

No es esta la oportunidad para confrontar los sistemas francés e italiano, entre los cuales se advierten más bien diferencias de matiz que de concepto. Bastará indicar que, el tipo de jurisdicción llamada de legitimidad -"legittimitá" y no legalidad- es asimilable al *contentieux d'annulation*, si bien requiera la preexistencia de un interés legítimo individualizado, distinguido cuidadosamente por la técnica jurídica italiana del derecho subjetivo (Constitución art. 13 y Texto codificado art. 26). En cambio, el tipo de jurisdicción de oportunidad -"*di merito*"- que es atributiva, por requerir una expresa competencia, se aproxima al recurso francés de plena jurisdicción, comportando idénticos efectos. En cuanto al exceso de poder, como medio de ejercitar el recurso de legitimidad, es tan próximo a la noción francesa que pueden considerarse una misma cosa.

De esta manera se perfila el área jurídica del continente europeo donde se ha operado la recepción del Derecho Administrativo francés, hasta el punto de designarse usualmente las realizaciones de sus respectivos regímenes administrativos con el nombre de "solución francesa".

En Alemania, la Constitución de 1919, preveía una Alta Corte Administrativa ("*Reichsverwaltungsgericht*"), configurada según el modelo francés, con múltiples órganos jurisdiccionales subalternos, entre los cuales figuraban los de orden fiscal ("*Reichsfinanzhof*") y económico ("*Reichswirtschaftsgericht*"). Después del paréntesis nacional socialista, los primeros Tribunales Administrativos reaparecen a partir de 1945, reorganizados en las zonas de ocupación, y la Ley fundamental para la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 indica que "serán creadas Cortes Superiores federales en materia de derecho administrativo y fiscal" (art. 96).

Por lo demás, el sistema vigente en los diferentes *Länder*, establece "la acción en anulación de actos administrativos" ("*Aufhebungsklage*"), de una manera aproximada al recurso por abuso de poder, tal como ha sido clásicamente elaborado por la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado francés; y concretamente, la Ordenanza de Baden, de 30 de marzo de 1947, dispone que, la jurisdicción contencioso administrativa "estatuará sobre los recursos de anulación entablados contra los actos administrativos de cualquier clase, sean de orden general o especial, en tanto que, en perjuicio del recurrente, hayan violado una ley o se originen en un abuso o un exceso de poder", fórmula referida a la teoría francesa de *excés de pouvoir et de violation de la loi*.

En los países escandinavos, Dinamarca, Suecia y Noruega, se comprueba, en la propia clave de bóveda del Derecho Administrativo, que es la jurisdicción contencioso administrativa, la irradiante influencia francesa que se extiende, en el próximo oriente, hasta Grecia, Turquía, el Líbano y Egipto¹¹.

¹¹ La más reciente bibliografía, para seguir el proceso evolutivo de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra en estos estudios: Bélgica: Vauthier, Maurice, "Précis du droit Administratif de la Belgique. Ed Larcier S A. Bruxelles, 1950, T. II. Página 661. Vauthier et Moreau. "Etude sur l'influence exercé en Belgique par le Conseil d'Etat francais". Livre jubilaire du Conseil d'Etat. París. 1952 págs. 481.491 Italia: Letini, Arturo. "La giustizia amministrativa" Società Editrice Libreria, Milano 1948. Lessona, Silvio, "La giustizia amministrativa", 2a ed Univcrsitá Editrice.

Es en este sentido que se afirma la recepción del Derecho Administrativo francés y con ella, una concepción uniforme del Derecho Administrativo mismo.

II.- LA CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

a).- El problema metodológico

Es a partir de 1865 cuando, merced al planteamiento original de Karl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823-1891), comienza a elaborarse en Alemania una doctrina del Derecho Público -mejor Derecho del Estado, "Staatsrecht"- con pretensiones científicas, "investigándolo y exponiéndolo desde un punto de vista exclusivamente jurídico"¹².

Mas, para hacer posible una concepción científica del Derecho Público había que comenzar resolviendo previamente el problema del método, intento de Paul Laband (1838-1911) con la "Begriffsjurisprudenz", término que podría traducirse, de una manera más expresiva que literal, por "Derecho conceptual", pues trata de reducir el contenido de la norma a conceptos puros, excluyendo nociones éticas, políticas, sociológicas e históricas, a fin de "definir el Derecho con el criterio de la pura forma". Semejante método procede por sucesivas generalizaciones, y así, partiendo del Derecho positivo, mediante el análisis y la síntesis lógico-formal, llega a establecer conceptos jurídicos, pasando de éstos a las instituciones jurídicas y en fin, a la formulación del

Firenze. 1945, Giacobelli Giacomo "La giustizia amministrativa". Ed, Gisalpino. Milano Varese 1950. Ettore Charles, "Le controle juridictionnel de l'Administration en Italie". Revue du D. P. et de la S. P. 1951. págs. 998-1035 República de Alemania. Forsthoff, "Lehrbuch des Verwaltungsrecht". Berlin und Munchen. 1950. Schunck. "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit". Berlin. 1950 Turquía: Siddik Sami Onar, "Des rapports et des ressemblances existant entre les Conseils d'Etat turc et francais" Livre J du C d'E p. 555-574. Egipto: Abel Razzak Ahmed el Sanhoury Pacha "Le Conseil d'Etat Egyptien et le Conceil d'Etat francais. Idem p. 575-583 Libano: Choucri Cardahi, "La juridiction administrative au Liban et son evolution". Idem págs. 585-593. Francia: Grazier Francois, "Essai de présentation des ouvertures du recours pour excés de pouvoir en 1950", Etudes et Documents. Conseil d'Etat Paris 1951. p. 77.

¹² Gerber. "Grundzüge eines Systemes des deutschen Staatsrechts". Leipzig 1865. (3a. ed. 1880).

sistema. "Abstraer, distinguir, subdistinguir; clasificar, desmenuzando después los conceptos, para alcanzar, con el análisis lógico, las categorías generales y en fin los dogmas jurídicos supremos que constituyen, según algunos, el alfabeto del Derecho"¹³.

¿Cómo ésta nueva manera de concebir el Derecho Público podía afectar al desenvolvimiento de su rama administrativa?

Ya se ha descrito anteriormente la situación del Derecho Administrativo en su fase inicial que cubre el lapso denominado por Hauriou, "era divulgadora".

En tal estado, el Derecho Administrativo no tiene más que un cometido descriptivo; es decir, se limita a indicar cuál es la materia propia del mismo y, a lo sumo, mostrar como son sus conexiones. De aquí, que quepa entonces calificarla de **Derecho Administrativo en su fase expositiva**.

El segundo periodo tiene su exponente en la obra de Édouard-Louis-Julien Lafarriere, "**Traité de la jurisdiction administrative**" publicada en 1886, que marca, en la Europa continental, el tránsito a otra concepción. En efecto, la simple exposición se convierte en problema y el problema requiere el concurso de un método para conseguir las soluciones. Por tanto, el Derecho Administrativo se enriquece con una problemática y con técnicas de construcción jurídica. Es lo que demuestran el concepto de Estado-potencia-pública, contrapuesto al de Estado-persona jurídica, y sus correlativas derivaciones de actos de autoridad y actos de gestión. Aun cuando ningún ejemplo es comparable al que ofrece la maravillosa construcción técnica del recurso contencioso administrativo, cuya estructura se mantiene aún en sus líneas generales.

No obstante, las construcciones jurídicas son solamente parciales, por concretarse a determinados temas. De donde resulta que únicamente cabe considerar con ello **un Derecho Administrativo en su fase temática**.

Empero, para llegar a una concepción científica del Derecho Administrativo, queda por resolver el problema central, que consiste en definir su esencia misma, determinando **qué es el Derecho Administrativo**, condición necesaria para darle la coherencia unitaria de

¹³ Prefacio de la segunda edición de la obra de Laband, "Das Staatsrecht des deutschen Reich". Tubinga. 1911.

un sistema; es decir, falta configurarlo como un **Derecho Administrativo en su fase sistemática**.

El empeño en darle a todo el Derecho Público una formulación científica, con el imprescindible concurso del método, irradia de Alemania a Italia y más tarde a Francia.

Las mismas preocupaciones metodológicas fueron compartidas, desde el comienzo de sus investigaciones, por Vittorio Emanuele Orlando (1860-1951), el fundador de la escuela científica del Derecho Administrativo italiano. Sus primeras prelecciones, en la Universidad de Módena en 1885, y en la Universidad de Palermo en 1889, se consagraron así a establecer, **"I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto Pubblico"**, aplicados en su **"Trattato de Diritto Amministrativo"**, que señala la fecha crucial de 1890: "La definitiva reconstrucción de la Ciencia -afirma Orlando- ha de partir de la definición misma. De esta manera, la pureza jurídica exige, mediante procedimientos analíticos y metódicos que obliguen a pensar jurídicamente, comenzar separando el Derecho Administrativo, exclusivamente jurídico, de las reglas de conveniencia propias de la Ciencia de la Administración (Orlando. **"Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione"**, en **"Archivio giuridico"**. Vol. XXXVIII. Bologna. 1887).

De otra parte, las dificultades legadas por los tratadistas anteriores a 1890 obligan a extremar la actitud crítica. No cabía, en efecto, determinar un Derecho Administrativo científico, presuponiendo la figura subjetiva de la Administración con el cometido de ejecutar leyes administrativas (Macarel), lo cual a más de constituir una tautología, elude la definición.

No era tampoco suficiente ni exacto, identificar la Administración con el Poder ejecutivo, haciendo del Derecho Constitucional el acápite del Derecho Administrativo. La separación entre ambos ha de ser radical.

El programa de Orlando consiste en derivar de la experiencia del Estado, mediante el proceso de abstracción característico de la Ciencia jurídica, los distintos momentos de su proceso, destacando así su **forma de ser** o Constitución y sus funciones operativas (**"funzioni dell'agire"**) o Administración. Entonces el Derecho Administrativo aparece como "el sistema de principios jurídicos que regulan la actividad del Estado para el cumplimiento de sus fines", conclusión que tiene su origen en un concepto teleológico ya utilizado por Romagnosi en 1814 y por Manna en

1840. El primero, hablaba de propósitos finalistas referidos a “intereses públicos”, el otro, a “la conservación del Derecho”.

Orlando, sesenta y dos años más tarde, defiende su concepción finalista, en virtud de la calidad jurídica del concepto de fin o finalidad: aduciendo, para demostrarlo, la estructura del negocio jurídico, en la cual, la causa y el fin son factores desprendidos del sentido de las propias palabras. Lo mismo acontece en la teoría de la institución, de Hauriou y de Santi Romano, así como en las construcciones de la Escuela de la Jurisprudencia de los intereses; e inclusive, el propio Derecho Administrativo hace intervenir los conceptos de causa y fin en el nexo que se afirma en el famoso recurso de desviación de poder.

Este criterio teleológico, a pesar de ser tan objetable, hace posible una concepción sistemática del Derecho Administrativo. No es así extraño que constituya el eje de la escuela de administrativistas italianos, que cuenta entre los más conspicuos a Orestes Ranelletti y Santi Romano, y continúe proyectando un tenue reflejo en la más reciente generación de Guido Zanobini, Francesco d'Alessio y Cino Vitta.

El empalme de la especulación jurídica entre Alemania y Francia, ha sido siempre la egregia Universidad de Strasbourg -donde estudió Goethe- sucesivamente alemana y francesa en la pertenencia política, pero en todos los casos acuciosa en su cometido intelectual que no reconoce diferencias de nacionalidad. Es con este espíritu que, en 1886, Otto Mayer (1864-1924), escribe, siendo aún profesor de aquella Universidad, su “Teoría del Derecho Administrativo francés” (“*Theorie des französischen Verwaltungsrechts*”), que años más tarde tendrá una réplica alemana en su “Derecho Administrativo alemán” (“*Deutsches Verwaltungsrecht*”. Leipzig, 1895-96).

El impacto de la doctrina alemana, se advierte inmediatamente en Francia, siquiera sea con las meras citas de los grandes tratadistas. Pero, si de lo superficial se pasa al contenido queda evidenciado que los planteamientos son comunes, a veces para suscitar polémicas fecundas e inclusive sugerir anticipaciones de puntos de vista que después sostendrá la Ciencia jurídica germánica, como hace Duguit con su concepción monista del Derecho -unidad del Derecho Público y Privado- y la negación de los derechos subjetivos, fundamento del sistema de Hans Kelsen.

Desde la fecha crucial de 1890, no puede explicarse el desarrollo de la Ciencia del Derecho Público francés sin el concurso de la doctrina alemana, como así mismo sucede a la inversa.

Este es el significado que tiene la labor emprendida por Adhémar Esmein (1848-1913), en sus difundidísimos **“Eléments de Droit Constitutionnel”** (1896), Maurice Hauriou (1859-1929) en su **“Précis de Droit Administratif”** (1892), **“Principes de Droit Public”** (1910), **“La théorie de l’institution”** (1910), **“L’Ordre social, la Justice et le Droit”** (1927), sin olvidar su gran obra de comentarista de la jurisprudencia administrativa, **“Notes d’arrêts sur décisions du Conseil d’Etat et du Tribunal de Conflits”**, que comprende 370 casos, de 1892 a 1929, y cuyo mejor elogio se ha hecho al decir de ella que no se sabe quién habla por quién, Leon Duguit (1859-1928) en **“Etudes de Droit Public”** (1901), **“Les transformations du Droit public”** (1913), y sobre todo, su extraordinario **“Traité de Droit Constitutionnel”** (1920). León Michoud (1856-1916) en **“La théorie de la personnalité morale”** (1906-1909). Carré de Malberg (1875-1933) y su espléndida **“Contribution a une théorie générale de l’Etat”** (1922). Es decir, todos cuantos han sentado los principios orientadores de la ciencia del Derecho Público francés y de su rama tan frondosa del Derecho Administrativo.

El problema del método jurídico tuvo en Francia una brillante solución, en la nunca bastante elogiada obra de François Geny (1861-1930), **“Science et technique en droit privé positif”** (1922), cuya aplicación al Derecho Administrativo subraya su hijo Bernard Gény, en el reciente estudio, **“De la méthode et de la technique du droit privé positif à celles du droit administratif”**, que a su vez encuentra completado por Roger Latournière en su magistral **“Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d’Etat”** (ambos publicados en **“Livre jubilaire du Conseil d’Etat”**. Sirey, 1952, págs. 277-293 y 177-275). He aquí de qué manera la universalidad de la Ciencia ha hecho universal la doctrina del Derecho Administrativo científico.

b.- Criterios actuales de la Ciencia del Derecho Administrativo

El objeto del Derecho Administrativo se encuentra siempre implícito en su definición. De aquí que ésta constituya el primero y más destacado de sus problemas. Aun cuando no se trata, tan sólo, de la fórmula definidora,

apreciada en su valor literal, antes bien sirviendo funcionalmente para delimitar el propio contenido. Según se defina, pues el Derecho Administrativo se predetermina no solamente la solución de sus problemas parciales sino la totalidad de su misma sistemática, Por tanto, las diferentes concepciones se manifiestan en las correlativas definiciones.

El Derecho Administrativo se refiere, como es notorio, a una pluralidad de reglas normativas. Mas ¿con qué criterio agruparlas homogéneamente para conferirles unidad sistemática?.

Es el profesor Einsenmann quien consigue hacer un exacto planteamiento del problema “¿Qué reglas -observa- han de considerarse como integrantes del Derecho Administrativo y cuáles, por el contrario, deben considerarse que no le pertenecen? Admitase que las reglas R1, R2, R3, son reglas de Derecho Administrativo; esto implica evidentemente que se da una definición del Derecho Administrativo, -es decir, una característica de sus reglas- que conviene igualmente a todas las reglas de los grupos R1, R2, R3, y no, por ejemplo, tan sólo a R1. Si, al contrario, se admite que únicamente las reglas de los grupos R1 y R2, son reglas del Derecho Administrativo, es también evidente que no debe darse una tal definición del Derecho Administrativo cuyos elementos constitutivos se encuentran asimismo comprendidos en las reglas de los grupos R3 y R4 (Eisenmann. “*Théories fondamentales du Droit Adminstratif*” Cours de Doctorat de l'Université de París. 1952).

1.- Apogeo y crisis de la noción de servicio público

Un concepto, indudablemente acertado como el de servicio público, ha permitido simplificar de una manera excesivamente fácil la definición de Derecho Administrativo. Este, según tal criterio, es el que tiene por contenido los servicios públicos. Si bien el simplismo aparente de esta fórmula comporta implicaciones que acarrearán su propia crisis.

Es de sobra conocida la amplitud con que Duguit idea una concepción de conjunto, sustituyendo el clásico concepto de soberanía por el de servicio público, con lo cual éste se convierte en “la noción fundamental del Derecho Público moderno” (“*Les transformations du Droit public*”. XVIII). Los gobernantes, no ejercen entonces el gobierno como un derecho, sino que su obligación es asegurar, a beneficio de los gobernados y de la colectividad entera, los servicios públicos.

La denominada “**école de Bordeaux**”, por inspirarse en el magisterio de Duguit, ha hecho de una tan generalizada noción el eje de sus construcciones jurídicas y así Gastón Jèze la lleva al Derecho Administrativo que, conforme a su definición, “comprende reglas especiales relativas al funcionamiento de los servicios públicos” (Jèze. -“**Les Principes Généraux du Droit Administratif**”. 3eme, éd. Librairie generale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1925-30. T. I. pág. 1).

Ahora bien, como sucedáneo de la soberanía, el servicio público se confunde con la totalidad indiscriminada de las funciones estatales. La jurisdicción en materia civil y penal y el cometido de los Tribunales habrían de considerarse servicios públicos, entrando en el ámbito del Derecho Administrativo; consecuencia que tratadistas posteriores, como Rolland, tratan de eludir, excluyendo expresamente, a vía de excepción, “los asegurados por los Tribunales de Justicia”.

Pero, la noción de servicio público incluye otro equivoco. Se le concibe, ante todo, como una actividad asumida o acción asegurada, pero también puede referirse a un aparato de órganos o de agentes. Por ejemplo, el Servicio de Aduanas. De donde se desprende un doble significado; servicio-actividad y servicio-institución, lo que obliga, en cada caso, a esclarecer el adecuado sentido.

Ahora, que la clave de la definición la contiene “la especialidad de las reglas” con lo que el servicio público será tal si se encuentra sujeto a un régimen especial (“**procédé de Droit Public**”). Servicio público, es así equivalente a regulación por el Derecho Público, con lo cual habrá que distinguir “servicios públicos propiamente dichos” y “gestiones administrativas del Derecho Privado”. A pesar de ello, Jèze reconoce que el servicio público puede, asimismo, regirse por procedimientos derivados del Derecho Privado (adquisiciones de bienes, contratación de personal... etc.), pues se trata en todo caso de “un procedimiento técnico para la satisfacción de necesidades de interés general, sea mediante servicios públicos propiamente dichos (sujetos al Ordenamiento jurídico del Derecho Público) o gestiones administrativas (reguladas por el Derecho Privado).

La falta de una determinación conceptual de la administración o actividad administrativa- hace imposible distinguir los servicios estatales indiferenciados de los específicos servicios administrativos, y, como si fuera poco, la heterogeneidad de las reglas aplicables no permiten conferir

unidad jurídica a la noción de servicio público, ni siquiera propia al Derecho Administrativo pues éste comprende dos grupos de reglas sin ningún carácter común.

2.- El viraje de los tratadistas franceses

La noción de servicio público, aun cuando incorporada definitivamente a la doctrina administrativa no sirve ya de criterio definidor del Derecho Administrativo en los tratadistas más modernos, entre ellos Marcel Waline (*"Traité élémentaire de Droit administratif"* 6ème éd. Sirey. París. 1950).

El Derecho Administrativo lo define M. Waline como "conjunto de reglas que precisan en qué condiciones las personas administrativas adquieren derechos e imponen obligaciones a los administrados, por órgano de sus agentes, en el interés de la satisfacción de las necesidades públicas".

Con ello se alude, ante todo, como punto de referencia, a la Administración, siquiera se la considere subjetivamente como "organización de agentes administrativos", rehabilitando así los conceptos de sujeto y de relación jurídica.

Tampoco apela André Laubadère a la noción de servicio público para definir el Derecho Administrativo, aun cuando haga su apología en el Prefacio de su última obra (*"Traité élémentaire de Droit Administratif"*. Ed. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1953): "Que esta noción se haya hecho más difícil de captar, que su cometido se haya aminorado y en todo caso transformado, que sea imposible y aun inútil de ver en ella la clave de todos los problemas y el alma de todas las teorías del Derecho Administrativo, resulta más que evidente. Mas la idea de servicio público ha de ser aún retenida como fundamental".

En todo caso, Laubadère extrema la prudencia y reconoce que "la definición comporta una cierta relatividad o imprecisión e inclusive, en ciertos aspectos, una arbitrariedad". Por ello recurre al procedimiento enumerativo, incluyendo estos conceptos: a) La organización administrativa; b) La actividad administrativa, según una casuística, c) Los medios de acción, d) El régimen jurisdiccional administrativo.

Pero tanto, para Waline como para Laubadère, el Derecho Administrativo tiene como característica distintiva, ser un Derecho especial “particularista” y “autónomo”.

3.- La tesis de M. Eisenmann

La existencia de un Derecho Administrativo está subordinada a la existencia de una Administración pública, en el sentido de organización y conjunto de órganos. Esta es un elemento del aparato étático, distinguible de los demás, como el Parlamento, los Tribunales y el Gobierno.

La Administración-institución se convierte en el objeto de la definición misma del Derecho Administrativo. De donde se deduce que, “todos los problemas jurídicos que conciernen a la Administración y toda regla referida a un problema a ella referido son contenidos propios del Derecho Administrativo, sin que se tenga en cuenta la especialidad o no especialidad de las reglas, pertenezcan así al Derecho Privado o a otras ramas del Derecho Público”. Entendiendo por reglas válidas para la Administración “aquéllas que tienen por sujeto activo o pasivo -de derechos o de obligaciones- a cualquier agente administrativo o al conjunto que constituye la Administración”. (Obra citada, pág. 132).

Una definición del Derecho Administrativo se concretaría así en esta fórmula tan sobria: “conjunto de reglas jurídicas que, en cualquier medida, sean válidas para la Administración”. En suma, es el Derecho de la Administración.

Ello obliga a distinguir dos grandes grupos de reglas; las que regulan la organización y las que se refieren a los cometidos de la actividad administrativa, sin que quepa calificar las unas por las otras.

La opción ha de decidirse por el aparato administrativo, pues entonces concuerda la experiencia histórica con la experiencia científica. “Esta disciplina, en efecto, no se ha edificado jamás -al menos en Francia- sobre la piedra de la administración-actividad, sino sobre la piedra de la administración-institución, o aparato administrativo”.

De otra parte, la Administración no es determinable por la índole de una función que le sea propia. Sin embargo, ésta llega a calificarse, en su calidad específica de función administrativa, una vez determinada la Administración-institución, afirmando que es una ejecución de la ley, con

dos notas distintivas, las cuales la diferencian de la función judicial. Primeramente, por la manera de ejercitarla, en consecuencia al estatuto peculiar de los agentes de la administración; en segundo lugar, por la carencia de un procedimiento de tipo jurisdiccional.

El último punto a esclarecer es el del Derecho aplicable. ¿Ha de aplicar la Administración exclusivamente un Derecho especial, calificativo del régimen administrativo, según pretende Jèze y ha sostenido hasta hace poco la jurisprudencia? Tal es la tesis monista.

A pesar de ello, desde el año 1921, la decisión del Tribunal de Conflictos, conocida con el nombre de “*arrête bac d'Eloka*” ha hecho reconsiderar la generalidad de la doctrina. En efecto; ha sido preciso reconocer que existen servicios públicos -como en este caso el de transporte de mercancías- que se desenvuelven por un procedimiento de Derecho Privado. En virtud de ello las consecuencias son diferentes, pues los contratos pertenecerán “al Derecho común” y las responsabilidades derivadas se regirán también por las reglas del Derecho Privado.

De esta manera ha de replantearse nuevamente la cuestión de los dominios del Derecho Público y del Derecho Privado en el régimen jurídico de la actividad administrativa.

He aquí, a grandes rasgos, el perfil que señala la evolución de un sistema de Derecho Administrativo, de tan rico contenido doctrinal, que ha dado lugar a una Ciencia del Derecho Administrativo con valor de universalidad, sin romper el equilibrio entre la especulación teórica y las resultancias prácticas, pues teoría y práctica se han unificado merced a que la doctrina, como en el mito de Anteo, se robustece precisamente manteniendo su contacto con la realidad jurídica.