SABINO CASSESE

DERECHO ADMINISTRATIVO: HISTORIA Y FUTURO

GLOBAL LAW PRESS
EDITORIAL DERECHO GLOBAL

INAP
INSTITUTO NACIONAL DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Título original de la obra italiana parcialmente traducida:
Il diritto amministrativo: storia e prospettive
Giuffrè Editore, 2010
ISBN 88-14-15385-X
© Dott. A. Giuffrè Editorie, S.p.A. Milano, 2010

Serie Blanca
(Libros de Pensamiento)

© Sabino Cassese

© De la traducción: véanse las referencias en cada capítulo
© Coordinación general: Alicia Isabel Saavedra-Bazaga

© 2014: Global Law Press-Editorial Derecho Global
www.globallawpress.org
Sevilla (España)

© 2014: Instituto Nacional de Administración Pública

Diseño y maquetación: Los Papeles del Sitio

ISBN (Global Law Press): 978-84-941426-3-5
ISBN (INAP): 978-84-7351-382-1
ISBN (INAP) ELECTRÓNICO: 978-84-7351-383-8
NIPO: 635-14-058-X
NIPO ELECTRÓNICO: 635-14-059-5

DL: SE-1.946-2014

(Hecho en España)

ÍNDICE GENERAL

NOTA INTRODUCTORIA A LA EDICIÓN ESPAÑOLA 15
PRÓLOGO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA: EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU CIENCIA 17

PRIMERA PARTE
LOS ORÍGENES: FRANCIA Y REINO UNIDO

CAPÍTULO PRIMERO: LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: FRANCIA Y REINO UNIDO 23

I. INTRODUCCIÓN 23
1. El problema. Historia y comparación 23
2. Los rasgos distintivos del Derecho Administrativo 24
3. Las dos vías del Estado moderno en Occidente 27
4. Elementos comunes, divergencias y convergencias 28

II. NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA FRANCIA DEL SIGLO XIX, SUS CARACTERES ORIGINARIOS, LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA 32
1. Derecho Administrativo y Revolución francesa 32
2. Los caracteres originarios del Derecho Administrativo napoleónico 33
3. Los *efforts d'inventaire* 35
4. El liberalismo francés y el modelo inglés 37
5. Tocqueville y el Derecho Administrativo 40
6. Bonapartismos, intervencionismo y *charpente bureaucratique* 42
7. La tercera República y la liberalización del Derecho Administrativo 44
8. La cultura jurídica de la segunda mitad del siglo. Conclusiones 46

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INGLATERRA VICTORIANA 47
1. *The nineteenth century revolution in government* 47
2. *The avalanche of administrative law:* caracteres del Derecho Administrativo inglés 49
3. La insuficiencia de la ciencia jurídica y la reacción de Dicey 54

IV. ENTRE FRANCIA E INGLATERRA. LA RECEPCIÓN DE DICEY EN FRANCIA Y LA FORMACIÓN DE DOS TIPOS IDEALES; LA TRANSFORMACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INGLÉS 57
1. Hauriou 57
2. Los dos tipos ideales: cómo y por qué se forman 60
3. El modelo inglés se transforma 63
4. El «descubrimiento» del Derecho Administrativo inglés y el reconocimiento del *droit administratif* 65
5. *The immense growth in the volume and scope of administrative law* (de la gran crisis a la segunda posguerra) 68

V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI . . 69
1. Los diversos componentes 69
2. *Les bureaux gouvernent*: injerto constitucional y contexto político del Derecho Administrativo francés 70
3. *Le culte de la loi:* el lugar del componente jurídico en la Administración . . . 72
4. *La règle de droit* 73
5. Características del *droit administratif*: *judge-made law* y *droit de privilège* . . . 75
6. El *service public*, *pierre angulaire du droit administratif français*, y su crisis . . . 79
7. Policentrismo, descentralización y diversidad funcional de la Administración francesa 80
8. El *statut de la fonction publique* 83
9. Los privilegios y las obligaciones de la Administración 85
10. El dualismo jurisdiccional y las nuevas formas de justicia 88

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL REINO UNIDO AL INICIO DEL SIGLO XXI 93
1. *Ministerial Responsability y partisan neutrality* de la burocracia 93
2. El papel limitado del elemento jurídico 95
3. De la *rule of law* al reconocimiento del Derecho Administrativo 96
4. Un centro fragmentado y una periferia bajo control central 99
5. Los empleados públicos y los *civil servants* 101
6. Poderes y obligaciones de la Administración Pública 103
7. La *administrative justice* 104
8. La *judicial review of Administration* 106
VII. CONCLUSIONES: ¿CONVERGENCIAS EN CONTEXTOS DIVERSOS O DIFERENCIAS EN CONTEXTOS SEMEJANTES? 110

CAPÍTULO SEGUNDO: TOCQUEVILLE Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO . 117

CAPÍTULO TERCERO: «UNE DES FORMES DE L'ETAT NOUVEAU DU MONDE». REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS . 129

CAPÍTULO CUARTO: ALBERT VENN DICEY Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO 143
I. *«THERE EXISTS IN ENGLAND NO TRUE 'DROIT ADMINISTRATIF'»*: UN TEMA CON MUCHAS VARIACIONES 143
II. *«THE LAW OF THE CONSTITUTION»*: EL IMPERIO DE LA LEY Y DE LOS JUECES . . . 153
III. *«THE LAW OF THE CONSTITUTION»*: LAS IDEAS DE DICEY SOBRE LOS JURISTAS, EL DERECHO Y LAS CONSTITUCIONES INGLESA Y FRANCESA 157
IV. LAS OTRAS OBRAS DE ALBERT VENN DICEY: EL MÉTODO Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL ESTUDIO DE LA HISTORIA INGLESA, ANTIGUA Y RECIENTE 162
V. LOS DEBERES Y HABERES DE DICEY 169
VI. ¿PERO DICEY TENÍA RAZÓN? LAS REACCIONES SUSCITADAS POR SU OBRA. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA INGLATERRA VICTORIANA 189

CAPÍTULO QUINTO: EL FUTURO DEL MODELO FRANCÉS DE DERECHO PÚBLICO EN EUROPA 211
I. EL MODELO FRANCÉS DE DERECHO PÚBLICO EN EL MARCO EUROPEO: LOS INTERROGANTES FUNDAMENTALES 211
II. EL MODELO HISTÓRICO FRANCÉS DE DERECHO PÚBLICO 211
III. «LAS DOS VÍAS DEL ESTADO EN OCCIDENTE» (VOLTAIRE) 213
IV. EL MODELO FRANCÉS INTEGRADO 214
V. EL FUTURO DEL MODELO FRANCÉS INTEGRADO 215

SEGUNDA PARTE
DERECHO Y CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ITALIA

CAPÍTULO SEXTO: PRÓLOGO AL TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO 221

CAPÍTULO SÉPTIMO: MASSIMO SEVERO GIANNINI 225
I. LA VIDA 225
II. LA ASCENDENCIA CULTURAL 226

III. LA CONTRIBUCIÓN DE GIANNINI 228
IV. LAS OBRAS 230
V. EL LEGADO DE GIANNINI 231

CAPÍTULO OCTAVO: LA AUSENCIA DE ORESTES Y LA FURIA DE LAS EUMÉNIDES: LA AVENTURA INTELECTUAL DE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN 235

I. LA FASE INICIAL: ROMAGNOSI Y VON STEIN 235
II. EL GIRO ORLANDIANO Y EL DIVORCIO DEL DERECHO 236
III. CONTINUIDAD Y CAMBIO EN EL PRIMER CUARTO DEL SIGLO XX 236
IV. LAS DUDAS DE LOS JURISTAS DE LOS AÑOS CUARENTA 237
V. LA RECUPERACIÓN A MITAD DE SIGLO: ROMA, MILÁN Y BOLONIA 238
VI. CULTURA UNIVERSITARIA Y EXTRAUNIVERSITARIA EN LOS AÑOS SESENTA Y SETENTA 239
VII. LA CRISIS INTELECTUAL DE LA CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN FUERA DE ITALIA 240
VIII. LA CRÍTICA A LA FORMACIÓN JURÍDICA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS 241
IX. PARA CONCLUIR 243

TERCERA PARTE
LA COMPONENTE EUROPEA

CAPÍTULO NOVENO: ¿PRESENTA CARACTERÍSTICAS ORIGINALES EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO? 247

I. *DAWN RAIDS* 247
II. LOS TRES COMPONENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO Y SUS RELACIONES CON LOS DERECHOS ESTATALES 249
III. FIGURAS DE ORGANIZACIÓN 251
IV. MODOS DE FUNCIONAMIENTO 254
V. PRINCIPIOS 258
VI. ¿QUÉ HAY DE NUEVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO? 260

CAPÍTULO DÉCIMO: DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO Y DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL: ¿SEÑORÍO O INTEGRACIÓN? 265

I. UNA FALSA DISTINCIÓN Y UNA ALTERNATIVA SIMPLIFICADORA 265
II. LAS FORMAS DE RELACIÓN: MODELO ÚNICO Y PLURALIDAD DE MODELOS . . . 266
III. LAS FORMAS DE RELACIÓN ORGANIZATIVA 267
IV. LAS FORMAS DE RELACIÓN PROCESAL 268
V. LAS FORMAS DE RELACIÓN ENTRE LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES 269
VI. ¿VARIABLES INDEPENDIENTES? 270
VII. ¿Y LA INTEGRACIÓN? 270

CAPÍTULO UNDÉCIMO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EUROPEO 273

I. INTRODUCCIÓN: LOS «SISTEMAS COMUNES» 273
II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMPOSICIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCEDIMIENTOS 277
III. SEPARACIÓN Y COMPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO SEGÚN LOS JUECES . 283
IV. UN DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN 288

CUARTA PARTE
COMPARACIÓN Y CONVERGENCIA

CAPÍTULO DUODÉCIMO: DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO: *SEPARATE BUT EQUAL?* 293

I. ¿DESPEDIDA DEL DERECHO PÚBLICO? 293

II. PROCEDIMIENTO Y PROCESO: JUSTICIA EN LA ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN 295

III. «*DUALISME JURISDICTIONNEL» VS.* MONISMO JUDICIAL 297

IV. ¿POR QUÉ LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES CONVERGEN? . 299

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO: MÁS ALLÁ DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA . . 303

I. LA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COMPARACIÓN 303

II. PRIMACÍA Y PRÉSTAMO INTERESTATAL 305

III. AJUSTE Y CAMBIO 308

QUINTA PARTE
LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO: DE LOS USOS Y ABUSOS DE LA JURISPRUDENCIA (Y DE SUS LÍMITES) EN EL DERECHO PÚBLICO 313

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO: LA VOLUNTAD DEL PUEBLO Y LA FUERZA DEL DERECHO: TRIBUNALES CONSTITUCIONALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA 319

I. ¿LA VOLUNTAD DEL PUEBLO O LA FUERZA DEL DERECHO? 319

II. «LOS TRIBUNALES SON UN REFLEJO DE LA OPINIÓN PÚBLICA» 321

III. ULISES Y LAS SIRENAS 323

IV. LA TRAGEDIA DE PROMETEO 324

V. DEMOCRACIA Y JUSTICIA 325

VI. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES 326

1. ¿Quiénes son los jueces constitucionales? 326
2. Un poder instersticial 327
3. Cuestiones policéntricas 329
4. Juicio y fallos 330
5. ¿Las sentencias de los jueces constitucionales son «finales»? 330
6. Estrategias judiciales 331

SEXTA PARTE
CRISIS Y TRANSFORMACIÓN

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO: EN BUSCA DEL SANTO GRIAL. A PROPÓSITO DE LA *REVISTA DIRITTO PUBBLICO* 337

I. LOS PROGRAMAS DE LAS REVISTAS DE DERECHO PÚBLICO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS 337

II. EL «MÉTODO JURÍDICO» 339

III. EL «PRINCIPIO DE LEGALIDAD» 342

IV. EL «ESTADO DE DERECHO» 344

V. LAS REVISTAS Y LAS INSTITUCIONES DE NUESTRA ÉPOCA 346

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO: CRISIS Y TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 349

PREÁMBULO 349

I. LA VINCULACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO AL ESTADO, A LA LEY Y A LOS JUECES 349

II. LA CRISIS DEL ESTADO 351

III. DERECHO ADMINISTRATIVO Y LEY 354

IV. LOS JUECES Y LA ADMINISTRACIÓN 355

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO: LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DESDE EL SIGLO XIX AL XXI 359

I. DERECHO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 359

II. LA IDEA DE TRANSFORMACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO 360

III. *UNSER VERWALTUNGSRECHT IST EIN JUNGES RECHT* (NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO ES UN DERECHO JOVEN) 362

IV. LOS RASGOS ORIGINARIOS 363

V. LA SITUACIÓN ACTUAL 365

VI. RASGOS, PARADOJAS Y CONSECUENCIAS DE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 369

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO: TENDENCIAS Y PROBLEMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 373

I. UN DERECHO EN TRANSFORMACIÓN 373

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO MÁS ALLÁ DEL ESTADO 374

III. CONVERGENCIAS Y NUEVAS DIVERGENCIAS 377

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SE ADUEÑA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL 378

V. LA INESTABLE FRONTERA CON EL DERECHO PRIVADO 380

VI. LA «REVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS» 381

VII. ¿UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO? 383

CAPÍTULO VIGÉSIMO: LA SONRISA DEL GATO, O DE LOS MÉTODOS DE ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO 385

I. PROBLEMAS SIN SOLUCIÓN 385

II. EL MÉTODO TRADICIONAL DE LOS JURISTAS 388

III. RUPTURAS Y CONTINUIDADES 391

IV. LAS ENSEÑANZAS DE LOS ESTUDIOS NO JURÍDICOS DEL DERECHO 394

V. ¿Y LA TRADICIÓN? 396

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO:«LE DROIT TOUT PUISSANT ET UNIQUE DE LA SOCIÉTÉ». PARADOJAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 399

I. UN MOSAICO DE CONTRADICCIONES 399

II. POR QUÉ EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y NO EL DERECHO PÚBLICO . . . 400

III. LA HISTORIA 402

1. Una vida corta y un crecimiento tumultuoso 402

2. Los tres polos del Derecho Administrativo 403

3. Una incierta dudosa ubicación en el seno del ordenamiento jurídico 404

4. Diferentes maneras de entender el Derecho Administrativo 406

IV. CUATRO TENSIONES SIN RESOLVER 407
1. Política y Administración 407
2. Público y privado 409
3. Estatal y universal 413
4. Nacional y transnacional 416
V. PARA UNA NUEVA INTEGRACIÓN 417

CAPÍTULO VIGÉSIMO SEGUNDO: EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ITALIANO 421

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN SENTIDO OBJETIVO: UN DERECHO DE TODA LA SOCIEDAD 421
II. UN DERECHO CONSAGRADO Y ESTABLECIDO MEDIANTE NORMAS, PERO NO ORDENADO POR EL LEGISLADOR 423
III. UN BINOMIO JURÍDICO 424
IV. LA CONDICIÓN INTELECTUAL: LAS TRADICIONES PERDIDAS 425
V. LA CRISIS DE LA UNIDAD DEL DERECHO PÚBLICO 427
VI. INESTABILIDAD INSTITUCIONAL Y PROVISIONALIDAD SISTEMÁTICA 428
VII. AÑOS DE EXPERIMENTACIÓN: PROGRESOS Y EXIGENCIAS NO SATISFECHAS 429

CAPÍTULO VIGÉSIMO TERCERO: LA HISTORIA, NECESARIA COMPAÑERA DEL DERECHO 433

CAPÍTULO VIGÉSIMO CUARTO: EL DEVENIR DEL DERECHO: DERECHO Y EVOLUCIÓN 443

CAPÍTULO VIGÉSIMO QUINTO: NUEVOS CAMINOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO: UN MANIFIESTO 447

I. DERECHO ADMINISTRATIVO EN TRANSICIÓN 447
II. CONTINUIDAD Y CAMBIO 448
III. MÁS ALLÁ DEL ESTADO 449
IV. MÁS ALLÁ DE LA DEMOCRACIA 451
V. PRIVADO *VS.* PÚBLICO 452
VI. LA «MÁQUINA ADMINISTRATIVA» 453
VII. EL PODER EJECUTIVO, ENTRE LA POLÍTICA Y LA SOCIEDAD 454
VIII. DE LA BIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD 455
IX. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD 456
X. EL FIN DE LA ERA DE LAS REVOLUCIONES 457
XI. DE UNA ECONOMÍA ABIERTA A LA COMUNICACIÓN ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS 458
XII. PLURALISMO METODOLÓGICO 459

NOTA INTRODUCTORIA A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

La presente obra, publicada en la Serie Blanca *o de pensamiento, recopila lo más granado y selecto de los últimos trabajos de uno de los más relevantes juristas de nuestro tiempo, el profesor Sabino Cassese, hoy magistrado de la* Corte Costituzionale *italiana. Se trata de una selección, realizada de consuno con el propio autor, de trabajos publicados en diversos países e idiomas, que, por más de un concepto, representa en su conjunto una obra nueva, única y distinta, y no sólo por su actualización para la edición española, sino por presentar reunidos los capítulos más relevantes de su libro* Il diritto amministrativo: storia e prospettive *(Giuffrè Editore, Milán, 2010), y artículos posteriores publicados en diversas colecciones y revistas.*

La atenta lectura de los capítulos que la componen se sucede con presteza y fascinación. Nos movemos en un nivel inusual. Con un vasto conocimiento de las ramas del Derecho, de las ciencias afines y de la práctica, su obra nos transporta a la más alta teoría. Como acontece con los grandes pintores, ha visto lo que otros no ven, se ha adelantado a su tiempo, ha abierto caminos que aún han de transitarse. Como se puede decir de los maestros, muy pocos son los que ven y descubren, y muchos los que cuentan y trabajan lo que esos pocos han descubierto. Y es que la niebla –dice, desafiante, Oscar Wilde– no había existido hasta que no la pintó el pincel extraviado del pintor impresionista.

Profundo conocedor de los filones del pensamiento jurídico clásico y contemporáneo, testigo directo de grandes hitos históricos, y avanzado descubridor de nuevos horizontes, aúna historia, dimensión comparada y futuro. La tensión contenida durante la lectura de estas páginas corre paralela a la amenidad y a la sugerente invitación a explorar nuevos enfoques y territorios, para sumirnos finalmente en el silencio, en la búsqueda de ese necesario silencio creador, presupuesto para la reflexión sobre la encrucijada en que se encuentra el Derecho Administrativo. Como afirma Sabino Cassese, si el Derecho Administrativo se encuentra en crisis, acaso sea más por el adjetivo que por el sustantivo, puesto que el Derecho rodea más que nunca a la Administración, añadiendo que «si hay crisis, no es tanto una crisis del ordenamiento, como una crisis intelectual, de capacidad de análisis de la ciencia jurídica» (p. 355). Y en otro momento: «El Derecho Administrativo se presenta (hoy) como un mosaico de contradicciones que hacen dudar incluso de su identidad (lo llamamos 'Administrativo' pero es el verdadero Derecho de la sociedad)» (p. 397).

Nuestro autor escribe de M. S. Giannini lo que también de él se puede en justicia decir sin temor a equívocos: ha estado, y está, «como pocos, vinculado a la tradición y a las innovaciones de su tiempo» (p. 231).

No resta, en fin, sino agradecer tanto a la editorial Giuffrè Editore, *como a las restantes revistas y colecciones, su disponibilidad y apertura para la publicación de esta obra en español, así como el apoyo del INAP (Instituto Nacional de Administración Pública), por su coedición con* Global Law Press, *un proyecto académico internacional comprometido con las transformaciones actuales del Derecho Administrativo a nivel nacional, regional y global. Este libro se encuentra en deuda con el amplio equipo de traductores y revisores que han participado (la traducción jurídica es una labor científica con dificultades intrínsecas sin paralelo) y con la coordinación general ejercida eficazmente por Alicia Saavedra-Bazaga, del* European University Institute *de Florencia.*

Javier Barnes
Sevilla, octubre de 2014

PRÓLOGO DEL AUTOR A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU CIENCIA

Los escritos recopilados en este volumen se refieren tanto a la evolución del Derecho Administrativo, como a la de su ciencia.

Por lo que hace al primero, el cambio fundamental se encuentra en la ruptura del ligamen o conexión entre el Estado y el Derecho Administrativo. El Derecho europeo ha crecido y la esfera del Derecho global se halla en expansión. Este último es, en su mayor parte, Derecho Administrativo, pues gira en torno a instituciones centrales que habitualmente estudia el Derecho Administrativo: procedimiento, relaciones entre entes y órganos, empleo público, justicia administrativa.

El error más frecuente consiste en considerar el Derecho global como un Derecho al margen o contra el Estado. La realidad es muy otra, pues lo que propicia es la imbricación del Estado en la red global. Gracias a esta red, el Estado traspasa fronteras que antes no podía franquear. Sufre condicionamientos, pero así consigue imponerse a otros Estados. No se trata de un sistema multinivel, como se escribe con frecuencia, ya que sólo los que siguen un planteamiento escolástico y academicista ven aquí la existencia de varios niveles. Por el contrario, se da mezcla de Derecho estatal y de Derecho ultraestatal, en un conjunto que no se divide ni se separa en niveles. Sólo los estudiosos de los ordenamientos compuestos llegan a distinguir la novedad del sistema.

El Derecho global es un Derecho mestizo, estatal y no estatal a un tiempo. La distinción público-privado en esta área desaparece o reaparece con otros ropajes. En el ámbito ultraestatal conviven relevantes complejos administrativos (al menos 2.000 regímenes o sistemas reguladores), y también numerosísimas organizaciones privadas (hay más de 60.000 organizaciones no gubernamentales). Sin embargo, sería un error limitarse a estos dos polos. Hay otras formas de organización, como, por ejemplo, las redes de reguladores nacionales (como el Comité de Basilea para el sector financiero-bancario), las organizaciones híbridas (como la Organización Internacional de Normalización), reguladores privados (como la ICANN para Internet).

Las organizaciones globales y supranacionales poseen Administraciones propias. Su tamaño y proporción es reducido si se tiene en cuenta las funciones que cumplen y las responsabilidades que tienen asignadas, puesto que, en términos generales, se sirven de las Administraciones nacionales, según el criterio del «indirect rule» o sistema de administración indirecta. Ello no significa, sin

embargo, que no haya Administración o que no se sujeten al Derecho Administrativo. El carácter compuesto de elementos globales y estatales de los regímenes o sistemas reguladores que se mueven a nivel global es de tal magnitud que algunas partes de su Derecho Administrativo se hallan tan evolucionadas como las estatales, otras lo están de manera distinta o en medida más reducida. En las organizaciones globales, los problemas relacionados con el personal a su servicio se ventilan ante sus propios tribunales (así en la ONU y en la Unión Europea). En cambio, resultan más recientes y menos desarrolladas las relaciones directas de las organizaciones internacionales con los propios ciudadanos: por ello, esta parte de su Derecho Administrativo es menor. Por último, destacan otros ámbitos del Derecho Administrativo que se refieren a las relaciones interorgánicas o intersubjetivas, a las figuras de composición, a los procedimientos de decisión colegiada, a la coordinación, etcétera: estas partes son de una enorme extensión. Naturalmente, no se trata de proyectar o transponer simplistamente al nivel ultraestatal los modelos y los paradigmas internos a partir de la premisa del concepto de lo «público», propio del Derecho interno y caracterizado por la presencia del Estado.

El Derecho Administrativo global constituye un crisol. En su seno se encuentran funciones y tareas que sólo pueden llevarse a cabo a nivel global (control del cambio climático, del terrorismo internacional, del comercio internacional, de las epidemias, de las competiciones deportivas mundiales); o en las que el nivel global contribuye considerablemente, en la medida en que ayuda, promueve, controla a los Estados, ejerciendo responsabilidades que serían propiamente estatales (por ejemplo, promoviendo la democracia nacional e imponiendo a los Estados obligaciones de trasparencia y de participación). En el Derecho Administrativo global, precisamente porque opera como crisol, son reconocibles las huellas de todas las tradiciones, de la liberal y de la democrática, que han influido en el Derecho Administrativo.

La idea de que el Derecho global y los sujetos que en él intervienen escapan al dominio del Estado se encuentra bastante difundida, pero no se corresponde con la realidad. Esa idea presenta dos variantes: primero, la globalización económica y los mercados escapan al control de los Estados; y, segundo, los poderes globales se organizan en red para eludir a los Estados. La primera variante tiene una parte de verdad, pues algunos Estados (los débiles) no controlan, sino que son controlados por los mercados (piénsese en el coste y en la cotización de la deuda de los Estados muy endeudados). El dato de que lo global abarca e integra a los Estados desmiente claramente la segunda variante.

Naturalmente, ello no significa que no se recurra instrumentalmente al nivel ultraestatal para trasladar a esa sede problemas que resultan difíciles de discutir o resolver a nivel nacional.

Para el futuro cabe prever que el sistema de poderes globales pueda multiplicarse por su fuerza interna o endógena, si se tiene en cuenta que ya hoy

existen organizaciones globales constituidas por otras organizaciones globales y no por Estados.

Sin embargo, de ahí no se sigue que el Estado se halle en crisis o en retirada. Antes al contrario, el Estado se recompone, se reestructura, y se reorganiza en los nuevos escenarios. Acredita una notable capacidad de adaptación. Comparte con otros Estados o con otros poderes su propia soberanía (que, así, pierde su principal característica), al tiempo que amplía su acción para hacer frente, por ejemplo, al terrorismo global o al cambio climático.

A su vez, el Derecho Administrativo europeo presenta numerosos caracteres particulares y nuevos. No es estatal. Adopta conceptos nuevos, que no se corresponden con los del Derecho interno (por ejemplo, sostiene una noción más amplia de acción administrativa, comprensiva también de la elaboración de normas y de prestación de servicios). Se muestra como un Derecho compuesto, europeo en sentido estricto (pues se genera en instituciones supranacionales) y estatal, y exige en consecuencia el análisis comparativo. Tiene como principio de base la cooperación. Desarrolla una función compleja, de garantía de los ciudadanos frente al Estado.

En el estudio del Derecho europeo se entrelazan, en este momento, grandes aspiraciones (se querría una federación) y consideraciones pesimistas (no hay verdaderos vínculos verticales entre el ciudadano y la Unión, ni tampoco horizontales, constituidos por la solidaridad entre las distintas sociedades). Sería útil un estudio de psicología aplicada. Sin embargo, también sería útil que los juristas tuvieran los pies en la tierra, y no perdieran de vista el largo camino recorrido, sólo porque la respuesta a los problemas de las finanzas estatales en crisis (Grecia, Italia, España) tarda o se da con remedios transversales, como las políticas de OMT (*Outright Monetary Transactions*) del Banco Central Europeo.

Por lo que al segundo tema se refiere, la ciencia del Derecho Administrativo, conviene advertir que vive en una contradicción: aunque proclama la necesidad de apertura, más allá del Derecho legislado y las formulaciones lógicas, trabaja prevalentemente con leyes y dogmática.

La necesidad de ir más allá de las leyes y de los métodos del mundo antiguo y medieval, actualizados y reconducidos al rigor de la lógica por la dogmática savigniana, resulta algo obligado para toda la ciencia jurídica y se remonta a Genovesi y Filangieri. A comienzos del siglo XX, algunos privatistas italianos afirmaron que el Derecho era una ciencia de la observación, no de lógica o de metafísica, y que era necesario prestar atención a la práctica. Los filósofos del derecho y los historiadores observaron que era necesario construir la noción de experiencia jurídica para englobar estructuras organizativas, ordenamientos, ciencias, hechos, implicaciones ideológicas.

Declaraciones análogas se encuentran en los escritos de los cultivadores del Derecho Administrativo, que sin embargo continúan impertérritos, culti-

vando los mismos géneros, trabajando sobre las normas, construyendo castillos de conceptos, en vez de cuestionarse si los comentarios y las monografías son idóneos al estado presente y a las necesidades del mañana; continúan mirando sólo las normas, no el contexto, o ambiente en el que nacen, sin ver el verdadero Derecho Administrativo, el que produce la misma Administración, incluso cuando aplica normas; sólo cuentan con los instrumentos conceptuales del construccionismo propio de la tradición dogmática.

En los últimos años, sin embargo, se nota algún cambio. Como balance de la situación actual de los estudios, se puede decir que en el activo se halla una mayor apertura temática, menor rigidez en la adhesión al «método jurídico», mayor conciencia de la naturaleza del estudio del Derecho como ciencia social. En el pasivo, demasiada descripción, repetición, escasa capacidad para identificar los fenómenos nuevos, incapacidad para construir un cuadro teórico, escaso cuidado filológico y atención por el detalle. Mucha literatura no es más que una crónica. La cual puede ser útil si se hace en la sede oportuna, no donde hay que ofrecer una mayor consistencia teórica y poner a prueba la capacidad de teorización.

Sabino Cassese

PRIMERA PARTE

LOS ORÍGENES: FRANCIA Y REINO UNIDO

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: FRANCIA Y REINO UNIDO*

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA. HISTORIA Y COMPARACIÓN

La *House of Lords* inglesa, la más antigua asamblea legislativa del mundo, se reúne en salones neogóticos reconstruidos en 1840, siguiendo un protocolo introducido en el siglo XVII que imita usos medievales. En los albores del siglo XX, Japón tenía una constitución de influencia prusiana, un código civil modelado a partir del código francés, un sistema educativo de rasgos alemanes y americanos, un ejército similar al alemán y una marina de tipo inglés. Las colonias, los protectorados y mandatos han producido fenómenos de asimilación y de aculturación en muchos países del África subsahariana francófona y adaptaciones de instituciones extranjeras en América central y septentrional[1]. La Autoridad italiana que controla la competencia y el mercado aplica una ley de 1990, que traduce y desarrolla disposiciones «antitrust»

---

* S. Cassese, «La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito», en S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 3-110.

NOTA DEL AUTOR: «Agradezco a los profesores John Bell (Universidad de Leeds), Mario P. Chiti (Università di Firenze), Jean-Paul Costa (Universidad de París I y Corte Europea de Derechos Humanos), Marco D'Alberti (Università di Roma y Autoritá garante della concorrenza e del mercato), Carol Harlow (London School of Economics and Political Science), Guido Melis (Università di Roma), Pasquale Pasquino (Centre national de la recherche scientifique), Fabio Rugge (Università di Pavia), Gerard Timsit (Universidad de París 1) la lectura de una primera versión de este escrito y sus comentarios. He perseguido el proyecto de escribir estas páginas durante más de diez años, siempre posponiéndolo, hasta que Guido Melis me convenció de que este Tratado no podía comenzarse de otro modo. Una primera versión del texto fue la base de dos cursos explicados en 1999, el primero a los estudiantes de la Scuola Universitaria Superiore di Pavia, y el segundo a los alumnos de Derecho Administrativo comparado del 'Diplôme d'études approfondies – D.E.A.' en 'Droit public internet' de la Universidad de París I. Dedico este escrito a Guido Melis y a los estudiantes que participaron con tanta inteligencia en ambos cursos. Agradezco finalmente a Lorenzo Casini y Edoardo Chiti por haber colaborado en la actualización del texto y de la bibliografía para esta segunda edición».

Traducción de Alberto Montaña, Universidad Externado de Colombia (primera traducción) y Manuel Martínez Neira, Universidad Carlos III de Madrid (segunda traducción).

[1] É. Agostini, *Droit comparé*, Paris, Puf, 1988, en particular p. 243 ss.

del tratado de la Comunidad europea, inspiradas a su vez en la experiencia estadounidense, que se filtró a través de la contemporánea ley alemana sobre cárteles.

Las instituciones no son, por lo tanto, únicamente el producto de la voluntad del legislador. También son el fruto de un pasado (o, mejor, de muchos pasados, constantemente reinterpretados) y el resultado de mescolanzas entre ordenamientos diversos, entre los cuales son frecuentes las importaciones y exportaciones.

¿Qué historia tiene el Derecho Administrativo a sus espaldas? ¿Dónde nació (si se puede hablar de nacimiento de una entera rama del Derecho)? ¿Cómo evolucionó y qué períodos dejaron su impronta sobre el Derecho Administrativo vigente en cada país? ¿Con qué «materias primas» se constituyó? ¿Cómo se formaron los tipos y sub-tipos principales? ¿Qué influencias recíprocas se dieron entre los diversos tipos? Para responder a estas preguntas es necesario, de un lado, interrogar la historia y, del otro, comparar los recorridos del Derecho Administrativo de los países más importantes: la historia admite identificar los períodos formativos principales; la comparación permite fijar los tipos ideales.

Ambos ejercicios se emprenderán aquí eligiendo los dos países en los cuales, por motivos que más adelante resultarán claros, se formaron los modelos principales: Francia e Inglaterra. Se examinarán, en primer lugar, las fases de nacimiento del Derecho Administrativo y de su consolidación en la Francia del siglo XIX. En segundo lugar, se analizarán la situación del Derecho Administrativo en la Inglaterra victoriana y su negación, que fue obra de los juristas ingleses de esa época. En tercer lugar, se retornará a Francia para examinar la reacción de los juristas de ese país a la negación inglesa del Derecho Administrativo, y la formación de dos «tipos ideales», contrapuestos entre sí, mientras, en Inglaterra, se desarrolla y reconoce el Derecho Administrativo. En este punto, se hará una comparación entre el actual Derecho Administrativo francés y el inglés. Finalmente, se formularán las conclusiones, examinando convergencias y divergencias.

2. LOS RASGOS DISTINTIVOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Antes de comenzar, deben presentarse los rasgos distintivos del Derecho Administrativo, que son cuatro. El *primero* se refiere a su ambigua relación con el Derecho Constitucional: el primero depende del segundo pero, a la vez, lo condiciona. Los órganos y procedimientos administrativos encuentran su fundamento en el Derecho Constitucional. Las Constituciones dedican un número creciente de normas a la Administración, que termina camuflada o escondida en el Derecho Constitucional. En cierto sentido, éste contiene las grandes elecciones políticas, mientras que el Derecho Administrativo contempla

en apariencia problemas técnicos, neutros, políticamente indiferentes, como la discusión entre monismo y dualismo jurisdiccional o entre centralización y descentralización.

En la vida concreta de las instituciones, la relación se torna más compleja. El Derecho Administrativo se revela como *konkretisiertes Verfassungrecht*[2]. Ello no se refiere únicamente a problemas de eficiencia y de asignación de poderes, relativamente neutrales, sino también a problemas fundamentales relacionados con la libertad y la protección de intereses colectivos. En suma, del Derecho Administrativo dependen, en concreto, derechos y deberes, por lo que una circular administrativa puede resultar más importante que una solemne declaración constitucional.

Este aspecto se evidenció desde la fase del nacimiento del Derecho Administrativo. Observaba J. Mallet du Pan: «Über Regierungsformen lasst Toren mit einander streiten; Die Beste ist, welche am besten verwaltet ist»[3] («déjese a los locos discutir sobre las formas de gobierno; lo mejor es lo que está mejor administrado»). A su vez, B. G. Niebuhr observaba que «die Freiheit ungleich mehr aus der Verwaltung als aus der Verfassung beruhe»[4] («la libertad guarda mucha más relación con la Administración que con la Constitución»).

La *segunda* cualidad característica del Derecho Administrativo tiene que ver con el nexo que éste tiene con las tradiciones nacionales, en el sentido de que es considerado como un producto de la historia de cada país, con características marcadamente nacionales[5]. Muchos sostienen que su surgimiento tuvo lugar en la Europa continental post-revolucionaria y que por lo tanto no pueden generalizarse los conceptos más allá de estos límites de espacio y tiempo. Por ejemplo, el Derecho inglés, al no haber atravesado el corte de la Revolución francesa entre el mundo feudal y el mundo burgués, no habría conocido el Derecho Administrativo[6].

Por lo tanto, dependiendo del Estado del que se trate, el Derecho Administrativo está ligado a un particular contexto histórico, por lo que existen naciones que lo conocen y otras que ignoran su existencia. En este sentido, el

---

[2] F. Werner, *Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht*, en *D. Verw.*, 1959, p. 527 ss. Téngase en cuenta que esta expresión ha de traducirse no tanto como «Derecho Constitucional concretizado», sino como Derecho Constitucional «que ha de ser desarrollado y completado». En otras palabras, el Derecho Administrativo no sería una única respuesta, que cae por sí misma a partir de una Constitución, sino que permite opciones diversas (N. del T.).

[3] J. Mallet du Pan, *Über das Charakteristiche und die lange Dauer der französischen Revolution*, trad., pref. y notas de F. Von Gents, Berlin, 1794, p. 206.

[4] B. **G. Niebuhr,** *Vorrede*, en L. Freiherrn von Vicke, *Darstellung der innern Verwaltung Großbritanniens*, Berlin, Realschulbuchhandlung, 1815, p. III.

[5] Sobre este punto, S. Cassese, «Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia», en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, p. 678 ss.

[6] M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici*, Bari, Laterza, 2000, p. 76 (se trata de la tercera edición, posterior a las de 1978 y de 1988, publicadas por Einaudi).

Derecho Administrativo estaría ligado al particularismo, a diferencia del Derecho Privado, que es universal porque en todas las latitudes encontramos disposiciones sobre la propiedad, garantía del contrato, normas sobre la familia, reglas sobre la responsabilidad, etc.

No obstante, si se analiza con mayor detenimiento, también el Derecho Administrativo tiene una fuerza expansiva y transnacional, porque no existe ningún ordenamiento jurídico desarrollado que no regule las relaciones entre la política y la Administración, que no establezca los derechos de los ciudadanos frente a la Administración y los poderes de la segunda respecto a los primeros, que no atribuya a un órgano judicial la tarea de dirimir los conflictos entre la Administración y los administrados, etc.

La *tercera* nota definitoria del Derecho Administrativo está relacionada con la fecha de su nacimiento.

El Derecho Privado se afirma cuando una colectividad alcanza cierto grado de estabilidad. El Derecho Constitucional se desarrolla cuando el gobierno de una sociedad alcanza determinado grado de complejidad. El Derecho Administrativo se afirma sólo en la fase de madurez del Estado, cuando éste desarrolla una estructura primero ejecutiva, después reguladora y, finalmente, capacidad para erogar[7].

Antes del siglo XIX el Derecho Privado ya tenía un *corpus* normativo completo, jueces y comentaristas. A pesar de los precedentes que puedan encontrarse en los antiguos imperios hidráulicos, chinos y mesopotámicos[8], y en el Derecho Canónico[9], el Derecho Administrativo se desarrolla sólo en el siglo XIX, en países con ordenamientos maduros que ya contaban entre tres y cinco siglos de existencia.

El *cuarto* atributo distintivo del Derecho Administrativo, ligado al segundo, es la diversa extensión que éste adopta dependiendo del país que se estudie, por lo que aquello que es Derecho Administrativo en un país no lo es en otros (incertidumbre del objeto). La noción y las reglas del

Derecho Administrativo no tienen un valor general o universal, como ocurre en el Derecho Privado, y son distintas entre los países: en algunos está más desarrollado, en otros menos; en algunos los principios ordenadores son de un tipo, en otros de un tipo diferente; en algunos las reflexiones jurídicas son am-

---

[7] La función reguladora, por lo demás, retoma fuerza a partir de los años ochenta del siglo XX.

[8] K. A. **Wittfogel**, *Oriental Despotism. A comparative study of total power*, New Haven (Ct), Yale University Press, 1957, trad. it. Milano, SugarCo, 1980.

[9] G. Le Bras, *Les origines canoniques du droit administratif*, en *L'evolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 395 ss.

plias, en otros son muy limitadas. En suma, entre los distintos países no existen unidades profundas sino separadas y discordantes[10].

La diferencia principal (que tiende a atenuarse) se encuentra entre países que dentro del ámbito del Derecho Administrativo sólo incluyen la justicia administrativa y aquéllos otros países que también incluyen el Derecho que gobierna la organización y la actividad administrativas[11].

3. LAS DOS VÍAS DEL ESTADO MODERNO EN OCCIDENTE

El Derecho Administrativo –como ya se ha dicho– es fruto de una evolución y su configuración depende en gran medida de dicha evolución. Ahora bien, esta última está ligada al distinto desarrollo del Estado, según los dos modelos identificados por Voltaire en el siglo XVIII y elaborados por Tocqueville en el siglo sucesivo. El primero de ellos es el continental (francés ante todo), caracterizado por el poder absoluto del ejecutivo, la centralización, la preeminencia de la igualdad sobre la libertad. El segundo modelo es el anglosajón (inglés ante todo), distinguido por la tradición liberal y la preeminencia del Parlamento, el *self-government*, el progreso de la igualdad de acuerdo con la libertad[12].

El Derecho Administrativo se desarrolla, ante todo, en el primer tipo de Estado, como es natural, por la mayor afirmación del ejecutivo y sus poderes. Posteriormente, por un lado, se carga de significados diversos: nacido como Derecho especial del ejecutivo, concebido como un poder privilegiado y, por lo tanto, con rasgos autoritarios, genera eventualmente un componente liberal, en función de la garantía de los ciudadanos frente al poder ejecutivo[13] y, más tarde, adquiere tintes socialistas al organizar la injerencia estatal en la economía y la actuación del Estado social. Por el otro, registra una rápida expansión también en el modelo anglosajón, gracias al impulso de distintas exigencias: militares, coloniales, financieras, de corrección de la industrialización, etc. En ese sentido, vicisitudes históricas paralelas (Francia e Inglaterra son, en el siglo XIX,

---

[10] J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, *Les cours de droit*, Paris, 1956-1957 (*policopié*), p. 15; M. Bouchard, *Administrative Law in the Real World: a View from Canada in Judicial Review of Administrative Action in the 1980s, Problems and Prospects*, bajo la dirección de M. Taggart, Auckland, Oxford University Press, 1986, p. 179, observa: «what they have been calling administrative law for all these years is not, in fact, administrative law at all, but a mere part of that wider discipline».

[11] M. Bouchard, *op. cit.*, p. 180.

[12] Para la comparación Francia-Estados Unidos, L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Puf, 1985.

[13] En otros países como Alemania, nace incluso con el liberalismo: M. Stolleis, *Una svolta nella formazione dei funzionari amministrativi: l'emarginazione della cameralistica ad opera della giurisprudenza*, en *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, bajo la dirección de A. Mazzacane y C. Vano, Napoli, Jovene, 1994, p. 255-256.

las dos grandes potencias mundiales, con amplios ejércitos y vastos imperios coloniales; ambos países experimentan los primeros progresos de la industrialización; ambos deben financiar ejércitos y empresas bélicas y, por lo tanto, necesitan dotarse de Administraciones fiscales complejas) producen resultados en los que podemos identificar semejanzas, aunque fueran ignoradas o negadas por los contemporáneos.

Todo lo señalado exige no sólo el examen de la historia del Derecho Administrativo y la comparación de sus diversas manifestaciones, sino también contaminar la historia y la comparación, porque, si *history involves comparison* (según la notoria frase de Maitland), *comparison involves history*[14].

4. ELEMENTOS COMUNES, DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS

Los dos modelos característicos del Estado moderno, sin embargo, no se dan de forma separada. Ante todo, como ya se explicó, ambos se desarrollan en contextos diversos pero siempre bajo la presión de exigencias comunes. En segundo lugar, no constituyen modelos separados sino que dialogan continuamente, intercambiando instituciones, de tal suerte que las contaminaciones son la regla (por ejemplo, como se advertirá más adelante, en el Reino Unido existe ahora, en estado embrionario, un sistema dualista de jurisdicción administra-

---

[14] La inversión de la frase de Maitland es de G. Gorla, en *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, Giuffrè, 1954, Prefazione, p. V s.; del mismo autor véanse también, *Diritto comparato*, en Enc. dir., XII, Milano Giuffrè, 1964, p. 928 ss.; *Ricordi della carriera di un comparatista*, en *Foro it.*, 1980, V, c. 6 y *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano Giuffrè, 1981, p. 39 ss. Sobre la comparación jurídica, además de los escritos citados en este capítulo, P. Gallo, *Introduzione al diritto comparato. I. Grandi sistemi giuridici*, II ed., Torino, Giappichelli, 2001, donde, en p. 315 ss., expone el Derecho Administrativo inglés (este volumen es interesante porque conjuga historia y comparación), R. Sacco, *Che cos'è il diritto comparato*, bajo la dirección de P. Cendon, Milano, Giuffrè, 1992 (donde, en p. 163 ss., dedica espacio al Derecho Público comparado, bajo la dirección de R. Toniatti) y A. Gambaro y R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, II ed., en *Trattato di diritoo comparato*, dirigido por R. Sacco, Torino, Utet, 2002. Entre los muchos sabios en problemas específicos, R. Sacco, *La circolazione del modello giuridico francese*, en *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 515 ss., y V. Zeno-Zencovich, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, en *Foro it.*, 1998, V, c. 60 ss. En la literatura no italiana, P. Legrand, L. J. Costantinesco, *Introduzione al diritto comparato* (1971; 1972; 1981), trad. it., Torino, Giappichelli, 1996, e Id., *Il metodo comparativo* (1972), trad. it., Torino, Giappichelli, 2000, P. Legrand, *Comparer*, en *Rev. intern. dr. comp.*, 1996, n. 2, p. 279 ss. (que insiste en la comparación para analizar diferencias, no semejanzas), Id., *Le droit comparé*, Paris, Puf, 1999, y T. Koopmans, *Comparative law and the courts*, en *Intern. Law Quart.*, 1996, p. 545 ss.; adicionalmente, léase J.-L. Halpérin, *Droit comparé et histoire du droit*, en *Quad. fior. stor.*, 2001, n. 30, p. 803 ss. (se trata de la reseña a P. Legrand, *Le droit comparé*, cit., y a S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000). Sobre la comparación en el campo historiográfico, L. Cafagna, *La comparazione e la storia contemporanea*, en *Meridiana*, 1989, n. 6, p. 15 ss. Sobre la comparación en general, R. Fideli, *La comparazione*, Milano, Franco Angeli, 1998. En la comparación es necesario, naturalmente, hacer un uso crítico y riguroso de la historia y del pasado, según las advertencias de C. R. Sunstein, «The Idea of a Usable Past», en *Col. Law Rev.*, 95, 1995, p. 601 ss.

tiva). En tercer lugar, este diálogo no produce únicamente intercambios, sino también divergencias, rechazos, contrastes, que son igualmente importantes que las convergencias porque fijan «tipos ideales» (por ejemplo, la cultura inglesa de finales del siglo XIX e inicios del siglo XX contrarrestó el *droit administratif* francés induciendo a la cultura francesa a sostener la existencia de países sin Derecho Administrativo, entre los cuales el modelo principal era el inglés)[15].

En la realidad, por lo tanto, los dos modelos no se hallan absolutamente separados y pueden considerarse como partes de un conjunto que se forma por la acción convergente de exigencias comunes y de intercambios recíprocos, y por la acción divergente de las diferencias, contrastes y contraposiciones.

No en vano los pocos estudios generales de Derecho Administrativo comparado, de Jean Rivero[16], Spyridon Flogatis[17], Mario P. Chiti[18] y Marco D'Alberti[19] giran en torno a la contraposición Francia-Inglaterra[20].

Cada una de las fuerzas que interactúan en este contexto unitario está cargada de ambigüedad. La presión de exigencias similares produce instituciones diversas: por ejemplo, la expansión colonial dio lugar, en los países dominados por Francia, a la asimilación de los sistemas jurídicos locales al Derecho Administrativo francés; en los países dominados por Inglaterra, al sometimiento de

---

[15] Como resalta G. Alpa, «In partibus anglie». *Immagini del «common law» nella cultura giuridica italiana*, en *Mat. stor. cultura giur.*, 2002, p. 25 ss., en la ciencia jurídica del mil ochocientos «el sistema francés (fungible en esa época con el de los Estados Unidos preunitarios) y el inglés parecen girar en torno a órbitas distantes, casi como planetas que no se encuentran nunca, pero que ocasionalmente se dan la cara» (p. 34). Léanse también sobre ese punto, L. Mannori, *'Droit administritif' e 'administrative law'. Rivistiando un'antiva dicotomia*, en *Quad. fior. stor.*, n. 26, 1997, p. 591 ss., y L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, p. 511 ss.

[16] J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit.

[17] S. Flogaitis, *Administrative law et droit administratif*, Paris, L.g.d.j., 1986.

[18] M. **P. Chiti,** *Diritto amministrativo comparato*, en *D. disc. pubbl.*, V, Torino, Utet, 1990, *ad vocem*.

[19] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia*, *Gran Bretagna*, *Stati Uniti*, *Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992.

[20] Además, están los intentos de análisis sectorial, pero extendidos a otros países, como aquéllos sobre el empleo público y sobre la justicia administrativa: *Les fonctions publiques en Europe de l'Est et de l'Ouest*, bajo la dirección de G. Timsit y J. Letowski, Paris, Cnrs, 1986; J.-L. Bodiguel, *Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*, Paris, L.g.d.j., 1994; A Claisse y M.-C. Meininger, *Fonctions publiques en Europe*, Paris, Montchrestien, 1994; A. Auer, C. Demmke y R. Polet, *Civil Services in the Europe of Fifteen: Current Situation and Prospects*, Maastricht, E.i.p.a., 1996; *Civil Service Systems in Comparative Perspective*, bajo la dirección de H. A. G. M. Bekke, J. L. Perry y T. A. J. Toonen, Bloomington, Indiana University Press, 1996; R. Bonnard, *Le controle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Paris, Delagrave, 1934; D. Pepy, *Justice anglaise et justice administrative française*, en *EDCE*, X, 1956, p. 159 ss.; J. D. B. Mitchell, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni: ses causes et ses effects*, en *EDCE*, XVIII, 1964, p. 211; *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, coordinador J. Barnés Vázquez, Madrid, Civitas, 1993; A. R. Brewer-Carias, *Judicial review in comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; *Le juge et le jugement dans le traditions juridique européennes: Etudes d'histoire comparée*, bajo la dirección de R. Jacob, Paris, L.g.d.j., 1996, que se refiere a Inglaterra, Francia, Alemania, y también a la Comunidad Europea.

los ordenamientos administrativos locales por parte del Derecho Constitucional inglés.

Los intercambios de instituciones no producen únicamente semejanzas, porque las instituciones trasplantadas cambian, adaptándose al ambiente y asumiendo nuevas formas, incluso conservando sólo el nombre original, porque las culturas nacionales y las estructuras sociales parten con ventaja[21]. Por ejemplo, el *mediateur* francés y el *parliamentary commissioner for administration* inglés, a pesar de provenir de la misma cepa (el *ombudsman* escandinavo), son instituciones distintas.

Las divergencias, finalmente, no producen únicamente diferencias y una evolución con contrastes entre los tipos ideales, sino también acercamientos entre ordenamientos: por ejemplo, el crecimiento del Derecho Privado en las Administraciones dominadas por el Derecho Administrativo, como la francesa, se vio facilitado en gran medida por la formación de los dos tipos ideales, el francés, caracterizado por el *régime administratif*, y el inglés, distinguido por la aplicación de la *common law* a la Administración (y a la Corona, con la cual la Administración formaba una unidad) y, por lo tanto, por la idea de que podía existir una Administración no privilegiada, enteramente sometida al mismo régimen de los particulares.

La comparación jurídica tradicional, fundada sobre la identificación de tipos y familias[22] y sobre el estudio comparado de semejanzas y diferencias, además del examen de trasplantes y de contaminaciones entre instituciones de un tipo o familia a otro, infravalora cuatro elementos. El *primero* deriva del énfasis en los contrastes entre Derechos: éstos se comparan para subrayar sus respectivas cualidades específicas. Pero de las contraposiciones nacen nuevas convergencias.

---

[21] Por lo cual es necesario considerar las instituciones jurídicas en su función social, como productos de más factores, uno de los cuales es la imitación y el otro el ambiente social y cultural en el que se desarrollan: S. Cassese, *Lo studio comparato*, cit., p. 678 ss.; este punto fue después profundizado por U. Mattei y P. G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, Cedam, 1997, p. 39 y 44-45, y también por P. G. Monateri, *The «weak» law: contaminations and legal cultures*, en *Rapports nationaux italiens au XVeme congrès international de droit comparé – Bristol 1998*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 83 ss., según los cuales los trasplantes son dominados por el sistema que acoge la institución trasplantada, la imitación es selectiva y creadora y la circulación de las instituciones depende, en última instancia, de estrategias y problemas del sistema que imita, el cual opera en función de sus necesidades propias de motivar y legitimar, recurriendo a modelos «prestigiosos» para resolver los propios problemas.

[22] R. David, *Les grands systèmes de droit contemporaines*, 8ª ed., Paris, Dalloz, 1982 (la primera ed. es de 1964, mientras que la décima ed. de 1992, también obra de C. Jauffret-Spinosi, fue traducida al italiano: *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, bajo la dirección de R. Sacco, IV ed., Padova, Cedam, 1994). La identificación de tipos y de familias es una tendencia aún frecuente en la actual ciencia comparatista: véase la contribución de M. Van Hoecke y M. Warrington, *Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law*, en *Intern. Law Quart.*, 1998, p. 496 ss., donde se subraya la importancia de la *legal culture* en el *comparative law*, tras haber identificado las cuatro familias (*African*, *Asian*, *Islamic*, *Western*).

El *segundo* elemento infravalorado trae su causa de la comunidad de las distintas evoluciones: hay áreas en las cuales, por numerosas circunstancias históricas, sistemas jurídicos que se consideran absolutamente separados forman parte más bien de un conjunto: posiciones similares en el contexto planetario, igual presión de los eventos, diálogo y diferenciación, han producido resultados en los cuales antes se indicaban las diferencias, y ahora las semejanzas.

Mario P. Chiti[23] ha señalado que la evolución histórica ha influido también sobre la comparación jurídica. En la primera parte del siglo XIX, durante la fase de la formación del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo, encontramos apertura e interacción entre ordenamientos. En la segunda mitad del mismo siglo, en cambio, alcanzado un sentimiento nacional estable, afianzados los primeros modelos cabales de Administración, bajo la presión del método jurídico positivista, prevalece la separación.

El *tercer* elemento infravalorado guarda relación con la percepción de los problemas (y, por lo tanto, de las diferencias y de las semejanzas). Así, si resulta imposible la descripción de la realidad como tal al margen de los sistemas conceptuales, y deviene falsa la dicotomía que divide el pensamiento entre el mundo de los hechos, que pueden establecerse sin lugar a controversia, de un lado y, de otro, el ámbito de los valores, en el que siempre se estaría en desacuerdo[24], adquiere una mayor importancia entonces la tradición en la cual se enmarcan los tipos de comparación. En efecto, ninguno de ellos es una expresión aislada, sino el anhelo de una tradición, que influye sobre su sistema conceptual, sobre su modo de seleccionar su objeto jurídico de estudio y sobre su modo de examinarlo, etc.

El *último* elemento infravalorado es la dimensión histórica. Si la comparación se desenvuelve sobre un breve período, pueden prevalecer las diferencias, dictadas por los contextos históricos singulares. Las cosas cambian si, por el contrario, la comparación se extiende sobre un dilatado período, porque emergen elementos nuevos, factores de convergencia y divergencia, reaparecen semejanzas que el período breve ocultaba. El arco de tiempo en consideración dentro de los distintos países examinados puede no ser el mismo, porque los distintos sistemas pueden desarrollarse en períodos y años diversos. Por ende, también debe valorarse el influjo de modelos experimentado con precedencia en otros ordenamientos.

A estas advertencias metodológicas se suman las señaladas hace tiempo por los comparatistas. En primer lugar, el necesario antipositivismo de la comparación jurídica[25]. En segundo término, la relativización de la comparación: se

---

[23] M. P. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 207-208.

[24] Son las conclusiones del filósofo norteamericano H. Putnam, *The many faces of realism*, Open Court, La Salle, Illinois, 1987.

[25] C. Schmitt, más que ningún otro, logró no ceder ante el «nirvana del positivismo puro», según el cual el estudio científico del Derecho Público es «un campo que trasciende con creces los confines

comparan sistemas jurídicos que no son monolíticos, sino que contienen varias reglas e interpretaciones[26]. En tercer lugar, la distinción entre lo que reiteran los juristas de un determinado país y la realidad implícita[27]. En cuarto lugar, la disociación de las instituciones, por las cuales no circula el modelo en toda su complejidad, sino parcialmente[28]. Finalmente, la importancia de las tradiciones jurídicas: «law evolves from the legal tradition»[29].

II. NACIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA FRANCIA DEL SIGLO XIX, SUS CARACTERES ORIGINARIOS, LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA

1. DERECHO ADMINISTRATIVO Y REVOLUCIÓN FRANCESA

La expresión *droit administratif* aparece en Francia a finales del siglo XVIII y se propaga bajo el primer Imperio[30]; lo mismo ocurre con el término *fonctionnaire*[31].

---

de una nación y, con mayor razón, la legalidad positiva propia de una generación. Y, sin embargo, no se trata de una generalidad que prescinda de una situación determinada; ni de un asunto indefinido que se refiera al mundo entero y a todo tiempo. Es una creación del espíritu europeo, es un *jus publicum europaeum*, que está conectado con una época precisa», *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano, Adelphi, 1987, p. 57 y 64; véanse también p. 67, donde critica «a los positivistas del *status quo* del momento, de las fachadas de legalidad de vez en cuando vigentes», y, en una perspectiva más amplia, el ensayo, escrito en los años 1943-44, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, Antonio Pellicani, 1996). Sobre este aspecto de Schmitt, P. P. Portinaro, *La crisi dello juz publicum europaeum – Saggio su C. Schmitt*, Milano, Comunità, 1982.

[26] U. Mattei y P. **G. Monateri,** *Introduzione breve*, cit., p. 11.

[27] Es un punto subrayado, en particular, por R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., en *Trattato di diritto comparato*, dirigido por R. Sacco, Torino, Utet, 2002, p. 53 ss., y por U. Mattei y P. G. Monateri, *op. cit.*, p. 14, 20, 27-28, 30-31.

[28] R. Sacco, *op. ult. cit.*, p. 152 ss.

[29] A. Watson, *The evolution of law*, Oxford, Blackwell, Johns Hopkins University Press, 1985, p. 3 y p. 119; pero, en ese sentido, principalmente J. H. Merryman, *La tradizione di civil law nell'analisi di un giurista di common law*, Milano, Giuffrè, 1973 (este estudioso volvió recientemente sobre el tema en un escrito sobre *Comparative Law Scholarship*, en *Hastings Intern. Comp Law Rev.*, XXI, 1998, p. 771 ss., donde tras haber distinguido «text-based comparative law» y «system-based comparative law», sostiene justamente que el primer tipo de comparación está en crisis y que, para seguir el segundo acercamiento, es necesario considerar *legal extension*, *legal penetration*, *legal culture*, *legal institutions*, *legal actors*, *legal processes*, *secondary rules* y *legal expense*).

[30] J.-L. Mestre, *Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le Cours de législation administrative de Portiez de l'Oise*, en *Rev. fr. dr. adm.*, 1993, p. 244-246. Sobre el origen de la locución «Derecho Administrativo», L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 277 ss.

[31] Y. Thomas, *Histoire de l'administration*, Paris, La Decouverte, 1995, p. 25.

El Derecho Administrativo nace en Francia por efecto de la Revolución francesa y del Imperio napoleónico, que abaten no sólo las instituciones políticas del Antiguo Régimen sino también las administrativas[32].

La tesis del nacimiento del Derecho Administrativo con la Revolución francesa y el imperio, tan difundida, subraya la discontinuidad entre Antiguo y Nuevo Régimen, pero es negada por una corriente de pensamiento conspicua según la cual Napoleón no habría hecho otra cosa que recuperar y desarrollar las instituciones del Antiguo Régimen[33], y la Revolución francesa habría dado continuidad a todo lo que la monarquía absoluta había inaugurado: centralización y ampliación de los atributos e instrumentos del poder gubernativo[34]. Esta corriente fue retomada y desarrollada bajo el perfil de la historia del Derecho Administrativo[35] y de la historia general de las instituciones[36]. Sin embargo, la tesis de la continuidad no tiene en cuenta un hecho: en el Estado moderno, antes de que éste evolucionara en Estado nacional de Derecho, la centralización y la monopolización del poder convivieron con el pluralismo de los poderes, con fundamento corporativo territorial[37], por lo que no se manifiestan un poder central superior a las instituciones intermedias, un poder ejecutivo separado del judicial, reglas estables, no fluctuantes, que permitan a una disciplina científica organizar las reglas como sistema[38].

2. LOS CARACTERES ORIGINARIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NAPOLEÓNICO

En su fase inicial, el Derecho Administrativo presenta los siguientes caracteres:

Ante todo, se fundamenta en el reforzamiento del poder público frente a los ciudadanos, y también frente a los contratistas y los empleados. **Como de-**

---

[32] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, Puf, 1995, p. 41 ss. Del mismo autor léanse también *Pouvoir administratif et droit public français. 1. Le sens de l'expérience administrative de la Révolution*, en *Giorn. stor. cost.*, 2001, n. 2, p. 33 ss., y *Pouvoir administratif et droit public français. 2. L'administration napoléonienne et le souci de la régularité*, *ibid.*, 2002, n. 1, p. 25 ss.

[33] Es la notoria tesis de A. Tocqueville, *L'Ancien Régime et la révolution* (1856), ahora en A. Tocqueville, *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1964.

[34] K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1997, p. 197.

[35] J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, Puf, 1985, p. 9 ss.

[36] D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni – Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, trad. it. Bari, Laterza, 1998.

[37] L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in *Stor. amm. cost.*, 1994, n. 2, p. 258 ss.

[38] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 40.

clara Roederer ante el *Corps legislatif* en 1800, «l'administration consiste en […] l'agence de transmission des lois aux administrés et des plaintes des administrés au governement; en d'autres mots, l'agence de communications réciproques entre la volonté publique et les intérêts particulièrs»[39].

En *segundo* lugar, el Derecho Administrativo ve el sometimiento del poder público a «règles dérogatorires au Droit commun»[40] y la atribución al mismo de poderes especiales que descienden de su participación en la soberanía del Estado: «le Prince n'est point obligé aux Lois civiles»[41].

En *tercer* lugar, el Derecho Administrativo se sirve de la centralización y de la uniformidad administrativa. Los poderes intermedios son suprimidos y sustituidos por el prefecto que es el representante del Estado, el *relais* obligatorio entre centro y periferia, y que sólo en parte recuerda al intendente del Antiguo Régimen[42]. Abolidos estamentos y corporaciones, el territorio se divide en ochenta y tres departamentos según criterios racionales, no históricos, *par des ciseaux de géomètre*[43]. El Derecho Administrativo es, por lo tanto, un sistema tendencialmente monopolístico[44].

La *cuarta* característica originaria del Derecho Administrativo está en el amplio poder reglamentario del ejecutivo y en su continua dilatación. Absorbida enteramente la Administración en la esfera gubernativa y ejecutiva (mientras, con anterioridad, presentaba caracteres comunes con la esfera judicial), el Derecho Administrativo se transformó en Derecho del ejecutivo y regula tanto su organización interna como sus relaciones con los ciudadanos[45].

En *quinto* lugar, la función administrativa y la función jurisdiccional aparecen separadas y se establece que los jueces no pueden interferir de ninguna manera en la actividad de los cuerpos administrativos[46]. En consecuencia, se

---

[39] Reproducido en P. Legendre, *L'administration du XVIII siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1969, p. 268.

[40] P. Legendre, *Histoire de l'administration de 1750 a nos jours*, Paris, Puf, 1968, p. 470.

[41] P. Legendre, *op. ult. cit.*, p. 472.

[42] Por cuanto se refiere al intendente borbónico, L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 107 ss., quienes señalan cómo, entre todas las instituciones del Antiguo Régimen, sea probablemente «aquélla que más ha suscitado la atención de los historiadores» (p. 107).

[43] H. Taine, cit. en P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 114; véanse también las p. 108 y 138. Pero la crítica databa de épocas precedentes. Burke había observado «on n'a jamais vu des hommes découper leur patrie en morceaux d'une manière aussi barbare» (cit. en P. Sadran, *Le système administratif français*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 54). Sobre la organización administrativa en departamentos y sobre la «invención del espacio administrativo», L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 201 ss.

[44] Como se desmostrará más adelante, también por la sujeción de la colonias francesas al mismo régimen.

[45] S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 27 ss., en particular p. 33 y, sobre la evolución del carácter gubernativo del Derecho Administrativo en el curso del siglo XX, p. 37.

[46] Sobre este punto, P. Aimo, *La justice et l'administration dans les constitutions francaises et italiennes de l'epoque de la Revolution*, en *Constitution et révolution aux Etats-Unis d'Amerique et en Europe (1776-1815)*,

introduce la garantía de los funcionarios, en el sentido de que éstos no pueden ser perseguidos en sede civil o penal por hechos relativos a sus funciones, si no es con base en una decisión del *Conseil d'État*, y los conflictos administrativos se sustraen al conocimiento de los jueces ordinarios y se confían a un cuerpo administrativo, el *Conseil d'État*. De esta manera, la Administración se sitúa más allá de las fronteras del Derecho Común.

Estas características se completan, en *sexto* lugar, por el *Conseil d'État*, un órgano particular por sus funciones, composición, ubicación institucional. Genera textos normativos, desarrolla actividad administrativa, controla la Administración, proporciona opiniones al Gobierno, resuelve controversias administrativas, decide sobre conflictos de competencias entre autoridades administrativas y tribunales judiciales. Se compone de funcionarios, que también llevan a cabo funciones de administración activa, nombrados y destituidos discrecionalmente por el ejecutivo. Es un órgano de rango político, que opera bajo la dirección del emperador pero, a la vez, está en el vértice del sistema administrativo[47].

Algunas de estas funciones (por ejemplo, la normativa) se atenuarán o perderán posteriormente, en el curso del siglo XIX. Otras evolucionarán; por ejemplo, la contenciosa, que se convertirá en jurisdiccional, produciendo así un dualismo judicial. La colocación institucional cambiará, asumiendo el *Conseil d'État* una función administrativa más marcada. Pero las características de fondo permanecerán estables en el curso de los siglos sucesivos.

3. LOS *EFFORTS D'INVENTAIRE*

La legislación administrativa, la evolución de las estructuras del nuevo Estado y la tarea de ordenación que pronto sería desarrollada por el *Conseil d'État* no habrían bastado para el despegue del Derecho Administrativo de no haber estado acompañadas por los *efforts d'inventaire*[48] de un notable grupo de operadores, que se empeñaron como estudiosos y profesores, y que eran juristas de profesión[49].

Éstos ejecutaron, en formas que hoy pueden parecer primitivas, un auténtico censo de las nuevas normas: baste decir que uno de los primeros, Macarel,

---

sous la diréction de R. Martucci, Laboratorio di storia costituzionale, Macerata, 1995, p. 537 ss., y L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 257 ss.

[47] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 89 ss.

[48] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 10; véanse también p. 40 s.

[49] Sobre el rol de los especialistas y los juristas, en general, R. MacLeod, *Government and Expertise-specialists administrators and professionals, 1860-1919*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 y, para el período precedente, *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates*, bajo la dirección de R. Schnur, Berlin, Duncker & Humblot, 1986.

se impuso el objetivo de recoger y ordenar ochenta mil normas, entre leyes y ordenanzas, para poner fin al «caos» hasta entonces imperante. Tocqueville catalogará su trabajo como «un véritable code administratif»[50].

En 1818 aparece el volumen de Macarel sobre jurisprudencia administrativa y al año siguiente se inicia la enseñanza de la materia en la Universidad de París, encomendada a Gérando[51].

El primer florecimiento de los estudios sobre Derecho Administrativo tiene tres aspectos característicos. El *primero* tiene que ver con los autores de estos estudios. Si se tienen en cuenta los primeros cuatro, Gérando, Cormenin, Macarel y Vivien[52], nacidos entre 1770 y el estallido de la Revolución francesa y activos científicamente entre la caída de Napoleón y la segunda República, se advierte un denominador común: los cuatro, a veces al mismo tiempo, son administradores públicos, miembros del Consejo de Estado, profesores, autores de obras y parlamentarios. Se trata, por lo tanto, de personas empeñadas, ante todo, en la práctica; participantes activos, aunque con diversa intensidad, de la vida política; finalmente, profesores y autores de estudios, sobre todo en edad madura. En suma, antes que autores, se trata de protagonistas (o, en todo caso, actores) de la escena política y administrativa.

Añádase a ello que sólo Macarel y Vivien concentran sus intereses principales en el campo jurídico. Por el contrario, Gérando es un estudioso ecléctico: le interesan la filosofía, la psicología, la antropología y la lingüística. Cormenin, en cambio, es poeta y notorio autor de *pamphlet* en los que aboga, entre otras cosas, por la elección popular del jefe de Estado y por la aprobación popular de la constitución, y se encargará de preparar, con ayuda de Vivien, la redacción de la Constitución de 1848[53].

El *segundo* aspecto se refiere al método usado por estos primeros estudiosos, que consiste en tomar como base del propio trabajo el análisis de la juris-

---

[50] A. Tocqueville, *Rapport à l'Academie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel intitulé Cours de droit administratif* (1846), en Id., *Oeuvres complètes*, IX, *Études économiques, politiques et littéraires*, Paris, Levy, 1866, p. 62, trad. it., en *Scritti politici*, bajo la dirección de N. Matteucci, Torino, Utet, 1969; es Tocqueville quien dice que Macarel había puesto en orden ochenta mil leyes y ordenanzas. Sobre el punto, léase L. Mannori, *Tocqueville crítico de Macarel*, en *Quad. fior. stor.*, n. 18, 1989, p. 607 ss.

[51] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 107.

[52] Sobre Macarel, J. Savoye, *Quelques aspects de l'oeuvre de Louis-Antoine Macarel (1790-1851). Contribution à l'étude de la naissance des sciences politiques et administratives*, 2 tomes, thèse, UER des sciences juridiques, Lille, 1970. Sobre Vivien, O. Pirotte, *Alexandre-François-Auguste Vivien de Goubert (1799-1854) – Contribution à l'étude d'un libéral autoritaire*, Paris, L.g.d.j., 1972; véase, en la p. 351, la importante carta de Tocqueville a Vivien del 10 de julio de 1853 y en la p. 373 la de Vivien a Laferrière. Sobre los juristas fundadores, C. J. Guglielmi, L*a notion d'administration publique dans la théorie juridique française de la révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Paris, L.g.d.j., 1991, p. 79.

[53] Según cuanto refiere Tocqueville en *Entretien de Tocqueville avec Nassau Williams Senior (1848-1858)*, en E. D'Eichtal, *Alexis de Tocqueville et la démocratie libérale*, Paris, Calmann Lévy, 1897, p. 287.

prudencia: «[…] dans l'absence de la loi, cette jurisprudence est le seul guide des juges administratifs», observa Macarel[54]. Pero las leyes y los reglamentos siguen ordenándose por materias, siguiendo un orden alfabético, registrando bosques, bienes fiscales, municipios, agentes contables, aguas, emigración, instituciones de beneficencia, expropiación, mercados, minería, trabajos públicos, calles, etc.

El *tercer* aspecto característico de este primer período de la ciencia del Derecho Administrativo está en el esfuerzo de construir un sistema autónomo, separado tanto del Derecho Privado (aunque sea deudor de su método de análisis) como del Derecho Constitucional.

Incluso en ausencia de análisis profundos acerca de esta fase inicial de los estudios[55], se puede estar de acuerdo con el juicio de Pierre Legendre[56]: «les juristes du XIX furent […] les serviteurs de l'Etat-gendarme…».

4. EL LIBERALISMO FRANCÉS Y EL MODELO INGLÉS

Construido sobre las ruinas del Antiguo Régimen para servir al Imperio, el Derecho Administrativo francés, una vez culminada la experiencia napoleónica (que le había dado una marcada impronta autoritaria), tomó una dirección distinta. Ahora serán examinadas las fuerzas que accionaron este cambio; después los cambios producidos.

La corriente liberal, fascinada con la experiencia inglesa, retoma fuerza tras la caída de Napoleón. Incluso Voltaire había sentido atracción hacia el constitucionalismo parlamentario inglés y su filosofía liberal[57]. Más tarde, en el crisol del *ésprit* liberal constituido por el círculo de Coppet, se distinguen Necker y Constant. El primero es presa de la admiración por la *happy constitution* británica, considerada el punto de equilibrio entre razón e historia, paradigma de la constitución histórica, que deja el justo espacio a las dos fuerzas reformadoras, el tiempo y la experiencia. Constant, a su vez, desarrolla su idea de un *pouvoir*

[54] L. Macarel, *Elémens* [sic] *de jurisprudence administrative*, Bruxelles, Societé typographique belge, 1837, p. III.

[55] Pero véanse M. **S. Giannini,** *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), ahora en *Quad. fior. stor.*, 1973, n. 2, p. 218 ss., y también en M. S. Giannini, *Scritti*. II. 1939-1948, Milano, Giuffrè, 2002, p. 79 ss., y F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 105 ss.

[56] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 89. Sobre el nacimiento de la «*science du droit administratif*», F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 105 ss.

[57] L. Lacché, *Régard outre-Manche: le jury d'expropiation et les logiques du droit administratif français au début du 19e siècle*, en *J. eur. Verw.*, 1996, n. 8, p. 136 ss.

neutre et préservateur tomando como referencia a Inglaterra, donde el soberano es un poder separado del poder ejecutivo[58].

Entre 1814 y 1830 contemplamos un período en el que las doctrinas políticas y las experiencias liberales inglesas reciben la máxima atención (*quinze ans anglais*)[59]. Junto a la experiencia inglesa recibe atención la Constitución belga de 1831, considerada fiel transcripción del sistema parlamentario inglés; por ello se convirtió en agente de la expansión europea del modelo inglés[60].

La comparación Francia-Inglaterra es muy frecuente en la época de la revolución de julio de 1830, y la anglofilia de la cultura francesa llega incluso a definir las jornadas revolucionarias *trois glorieuses* sobre el ejemplo de la *glorious revolution inglesa* de 1688[61].

El paralelismo se aprecia en el hecho de que se trata, en ambos casos, de revoluciones no revolucionarias, que recuperan el orden y la libertad al mismo tiempo. Éste es el juicio de Guizot, que se exageró hasta llegar a escribir que la analogía entre ambas revoluciones era tal que la primera jamás habría sido bien comprendida de no ser por el estallido de la segunda[62].

Algunos rasgos de la Constitución inglesa son objeto de particular interés para los liberales franceses. El *primero* es el del dominio del Derecho Común sobre la Administración. Los liberales lamentan que, en Francia, las relaciones entre la Administración y los ciudadanos sean *de puissance à sujet*, mientras que en Inglaterra éstas son entre iguales. Locré observa que la acción de la Administración Pública podría ser como la de los particulares[63].

El jurista Charles Eisenmann declara, a mediados del siglo XX: «c'etaient des tenants du liberalisme entendu d'une certaine façon, et [...] leur effort tendait à limiter au máximum l'empire d'un droit spècial sur l'administration, ou si

---

[58] Sobre el círculo de Coppet, L. Lacché, *Il circolo di Coppet e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 529 ss. Sobre todo el evento de la crítica liberal al *Conseil d'Etat*, símbolo del despotismo, juez y parte, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 90 ss.

[59] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 76 ss.; S. Cassese, *Le amministrazioni pubbliche in Europa – per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, en *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, t. I, p. 507.

[60] P. Lauvaux, *Existe-t-il un modèle constitutionnel européen?*, en *Droits*, n. 14, 1991, *L'Europe et le droit*, p. 48 ss.

[61] Sobre el punto, léase L. Lacchè, *La Libertá che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 105 ss.

[62] Estos juicios de Guizot están reportados en P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 275; véanse también las p. 13-14, 111, 160-161 y 271-284, además de la p. 384, donde se describe un cuadro de las contradicciones de Guizot y del difuso interés por Inglaterra de historiadores y políticos.

[63] J. C. Locré, *Quelques vue sur le Conseil d'Etat, considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel*, Paris, Gosselin, 1831, p. 29, cit., en G. J. Guglielmi, *La notion d'administration publique*, cit., p. 145.

l'on préfère la soustraction de l'administration à l'empire du droit privé»[64]. Y el historiador Maurizio Fioravanti agrega, más tarde: «[…] el Ochocientos liberal […] estaba en guardia contra todo 'regime speciale'; en el fondo, el gran libro del liberalismo europeo seguía siendo el código civil»[65].

El segundo rasgo característico de la Constitución inglesa es, a los ojos de los liberales franceses, el *self-government*, contrapuesto a la ausencia de libertades locales y al despotismo administrativo continental.

El *tercer* rasgo está representado por el sistema judicial inglés, con los jueces de paz, los jurados (*trial by jury*) y una única jurisdicción, igual para particulares y poderes públicos, capaz de contener el arbitrio administrativo, de afirmar la *rule of law* y de reconocer los derechos de los ciudadanos de cara a la Administración Pública.

El jurista Achille Mestre observa, en el cuarto decenio del siglo XX: «le sistème anglais a fait l'admiration des libéraux français, depuis Louis-Philippe jusqu'à l'Assamblée Nationale de 1871; ils demandaient la supression des tribunaux administratifs, et du principe de juridiction de l'administration, que la Révolution et Bonaparte ont consacré. Les liberaux du XIXe siècle, ceux qui ont fait le réfime parlementaire en 1830, comme ceux qui ont fait la République parlementaire en 1875, copiés du régime politique d'Outre-Manche, étaient les adversaires-nés du Conseil d'Etat, de la juridiction administrative, des privilèges de l'administration»[66].

Finalmente, los liberales franceses admiran los procedimientos de contradicción en las oficinas públicas inglesas, especialmente por la expropiación.

A la luz de estos ejemplos, los liberales franceses se proponen corregir el edificio del Derecho Administrativo.

La atención de los liberales y de los liberales moderados hacia el Derecho Administrativo inglés es la continuación natural del interés por el Derecho Constitucional, que llevará en los años treinta y setenta, en Francia, al parlamentarismo, del cual Inglaterra era considerada el principal modelo.

---

[64] C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, ed. par S. Rials, t. 1, *Le droit applicable à l'administration*, 1925-53, Paris, L.g.d.j., 1982, p. 566.

[65] M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, en *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, bajo la dirección de A. Schiavone, Bari, Laterza, 1990, p. 25. Del mismo autor, véanse también *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra otto e novecento*, 2 vol., Milano, Giuffrè, 2001.

[66] A. Mestre, *Droit administratif, Les cours de droit*, Paris, 1938-39, policopié, p. 26.

5. TOCQUEVILLE Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El liberal que dedica mayor atención al modelo anglosajón[67] y al Derecho Administrativo en su conjunto es Tocqueville, cuyos juicios sobre ambos modelos, el del mundo anglosajón (norteamericano e inglés) y el de Francia[68], deben ser seguidos con más detalle. Más adelante, en efecto, se señalará la influencia que sus escritos tuvieron al otro lado del Canal de la Mancha.

En una carta del 10 de octubre de 1831 de Nueva York a Blosseville, Tocqueville declara no haber encontrado en los Estados Unidos rastro de jueces administrativos y observa: «le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis, ni assez ennemis pour se bien connaître»[69].

En su *Democracia en América* observa que, a medida que las condiciones se igualan, los individuos parecen más pequeños y la sociedad más grande. El derecho de los individuos cede lugar al «droit tout-puissant et […] unique de la societé…» (con esta expresión Tocqueville se refiere al Derecho Administrativo)[70]. En el mismo libro[71], Tocqueville critica el artículo 75 de la Constitución del Año VIII, que establece la garantía de los funcionarios, observando que ésta constituye para los americanos una norma incomprensible porque, gracias a la garantía, el Rey puede ordenar a un prefecto cometer una conducta ilegítima y ordenar al Consejo de Estado impedir que se castigue al prefecto.

En 1835, en el curso de su segundo viaje a Inglaterra, Tocqueville se asombra de la intervención continua del poder judicial en la Administración y del hecho de que todos los pronunciamientos administrativos revisten formas judiciales o culminan en procesos; asimismo, le impresiona el hecho de que el Gobierno no administra, porque todos los servicios públicos están en manos de pequeños cuerpos deliberativos instituidos y dominados por el Parlamento, y renovados por elección o sucesivas cooptaciones. Observa, además, que una de las ideas centrales a las cuales lo conducen sus investigaciones, sobre los

---

[67] A pesar de un arrepentimiento tardío: «[...] esa Inglaterra que nosotros cometimos el frecuente error de tomar como modelo y ejemplo», dirá en 1848 en el *Discours prononcé à l'Assamblée constituante dans la discussion du projet de constitution (12 septembre 1848) sur la question du droit au travail*, en *Oeuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*, Paris, Lévy, 1864-67, IX, p. 536-552.

[68] Con más amplitud, S. Cassese, *Tocqueville e il diritto amministrativo*, en *Carte stor.*, 1997, n. 2, p. 7 ss.

[69] A. Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67. Sobre la carta de Tocqueville a Blosseville (y aquéllas al padre y a Chabrol) para dar noticias del Derecho Administrativo francés y las respuestas, especialmente la del padre, L. Díez del Coral, *Tocqueville – Formazione intellettuale e ambiente storico*, trad. it. dallo spagnolo, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 115. Se reenvía, además, a Tocqueville, *Vita attraverso le lettere*, bajo la dirección de N. Matteucci y M. Dall'Aglio, Bologna, Il Mulino, 1996.

[70] A. Tocqueville, *De la démocratie en Amerique*, II (1840), Paris, Laffont, 1986, 5ª parte, capítulo 2º, p. 629.

[71] Primera parte, de 1835.

modos de asegurar la libertad política, es la de introducir el poder judicial en la Administración[72].

Más tarde, en una serie de artículos de 1845, critica tanto la garantía de los funcionarios como el dualismo judicial. De la primera dice que constriñe a la Administración misma a pedir la reparación de un abuso administrativo, y agrega que entre 1827 y 1835 todos los liberales pidieron la abrogación del artículo 75, para que la Administración pudiese ser responsable de sus propios actos. De la doble jurisdicción señala que se trata de un estado de cosas monstruoso, al no ser el Consejo de Estado ni independiente ni juez.

Vuelve sobre estos puntos el año siguiente, en el informe sobre el *Cours* de Macarel a la Academia de las ciencias, diciendo que la sustracción de los empleados públicos a los jueces y la existencia de dos tipos de justicia constituyen procedimientos exóticos y peligrosos, que ningún país libre y ningún pueblo civilizado pueden admitir.

Insiste sobre la ausencia de tutela judicial en 1852, en una conversación con Nassau William Senior, observando que en Francia existen tres tipos de procedimiento: el judicial, que implica ser llevado ante un juez y, si el delito es grave, una sentencia de uno o dos años de prisión; el militar, que implica ser llevado ante una corte marcial o ser eventualmente fusilado; el administrativo, que no garantiza ningún juicio y que concluye con la deportación a Cayenne o Algeria[73].

Finalmente, Tocqueville se interesa por la relación justicia-Administración, en la obra de su madurez, cuyas tesis de fondo son anunciadas en una carta a Freslon del 10 de agosto de 1854: en el Antiguo Régimen los jueces intervienen continuamente en la esfera administrativa y los administradores juzgan. La revolución ha corregido el primer punto, pero ha imitado al Antiguo Régimen en el segundo: la justicia administrativa es *pur Ancien Régime conservé*[74]. La tesis será desarrollada en el volumen sobre *L'Ancien Régime et la Révolution*, de 1856, donde Tocqueville escribe que el nuevo régimen ha desterrado la justicia de la esfera administrativa, pero no impide la intervención de la Administración en la justicia.[75]

---

[72] A. Tocqueville, *Oeuvres complètes*, II, t. V, *Voyages en Angleterre*, *Irlande*, *Suisse et Algerie*, Paris, Gallimard, 1958, p. 68, 70 y 89. Véanse, por lo demás, también los apuntes del primer viaje a Inglaterra, Paris, ahora traducidos en A. Tocqueville, *Viaggio in Inghilterra del 1833*, bajo la dirección de U. Coldagelli, en Micromega, 1988, n. 1, p. 89 ss., y en A. Tocqueville, *Viaggi*, bajo la dirección de U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1997, p. 471 ss.

[73] *Correspondence and conversations of A. de Tocqueville with Nassau William Senior from 1834 to 1859*, ed. by M. C. M. Simpon, 2, London, King, 1872, II, p. 19-20.

[74] Nótese que este pasaje impresionará, en particular, a A. V. Dicey en 1885, que lo cita en *Introduction to the study of the law of the Constitution* (1885), X ed., London, Macmillan, 1961, p. 357.

[75] Los escritos de Tocqueville sobre Derecho Administrativo fueron, por demás, descuidados por la rica literatura tocquevilliana: basta ver S. Drescher, *Tocqueville and England*, I, Cambridge, Harvard University Press, 1964, p. 86 ss., F. Mioni, *Tocqueville e la cultura democratica americana del 700*, en *Pol.*,

El observador excepcional que es Tocqueville, con su mirada «leve y clara y siempre un poco triste»[76], más allá de fijar algunos conceptos de base para la valoración comparada de los distintos paradigmas de Derecho Administrativo (centralización-descentralización; centralización gubernativa-descentralización administrativa; uniformidad-deformidad administrativa; Administración ejecutiva-Administración judicial), valora comparativamente los defectos principales del Derecho Administrativo francés, del cual critica, en particular, la garantía de los funcionarios, la ausencia de contradicción en el procedimiento administrativo, la doble jurisdicción.

Es importante anotar que Tocqueville trae a Francia una reacción inglesa y americana, que debía haber cultivado en el curso de sus viajes a esos países, y que lo había hecho consciente de tales defectos. Pero también es importante constatar que Tocqueville, a pesar de ser crítico de los aspectos despóticos del Derecho Administrativo y de la ausencia de justicia en la Administración, tiene palabras de elogio para el Derecho Administrativo, que considera «une des formes de *l'Etat nouveau du monde*»[77].

6. BONAPARTISMOS, INTERVENCIONISMO Y *CHARPENTE BUREAUCRATIQUE*

Todo el período entre el fin del primer Imperio y el final del segundo Imperio está dominado, en Francia, por la discusión de los problemas señalados por los liberales anglófilos y por Tocqueville, y en particular por la cuestión del dualismo jurisdiccional[78]. Sin embargo, mientras los partidarios de la jurisdicción única emprenden sistemáticos ataques contra el dualismo, los defensores de éste lo justifican afirmando que constituye la garantía de la existencia misma

---

1990, n. 2, p. 251 aa., y L. Jaume, *Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848*, en *Rev. fr. sc. pol.*, 1991, p. 739 ss. Son algunas excepciones A. M. Battista, *Tocqueville. Un tentativo di sintesi*, en *Trimestre*, 1985, n. 3-4, p. 213-214, 219-228, 234 y 238 (el ensayo fue luego recogido en *Studi su Tocqueville*, bajo la dirección de F. M. De Sanctis, Firenze, 1989), L. Mannori, *Tocqueville critico de Macarel*, cit., y L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 325 ss. Sobre los «descuidos», los «malentendidos» y el «juego de espejos» en la comparación Francia-Inglaterra y en Tocqueville, véanse las agudas observaciones de S. Mannoni, *Accentramento e liberalismo nel XIX secolo: il declino di un mito storiografico*, en *Quad. fior. stor.*, n. 27, 1998, p. 481 ss.

[76] Son palabras de C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, cit., p. 30, que agrega: «es un vencido que escribe la historia».

[77] Así en el discurso en la Academia de ciencias morales sobre el libro de Macaral, cit.; nótese, desde ya, que por el contrario A. V. Dicey llegará de estas observaciones a una condena total del *droit administratif* entero.

[78] Sobre este período, F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 123 ss., según el cual la evolución «conduit, de l'octroi au pouvoir administratif d'une large autonomie, à une consécration progressivement plus exigeante du principe de légalité».

de la Administración y de la prevalencia del interés público sobre el interés privado.

J. M. Portalis observa en 1829: «si les tribunaux pouvaient connaître du contentieux administratif, l'Administration n'existerait plus […] Le tribunaux administreraient et gouverneraient l'Etat.»[79]. En 1841 A. Chaveau agrega: «le fondement indestructible du pouvoir de jugar le contentieux administratif par l'Administration même est dans l'indivisibilité de ce pouvoir avec l'Administration dont il est partie integrante»[80]. Un punto fuerte de los defensores del dualismo es el de los poderes especiales de la Administración, que comporta un Derecho especial, superior al que rige entre los particulares: «devant l'interêt public, tout droit privé s'efface», afirma T. A. Cotelle en 1859[81].

Vivien, que era un liberal-autoritario, observa que la tutela especial de la burocracia estaba en contradicción con la inmovilidad de los jueces: «[…] singulière contradiction dans les lois qui d'une part déclarent des juges inamovibles, en vue […] d'assurer leur indépendance à l'égard du pouvoir qui seul pourrait se faire une arme de l'inamovibilité, et qui d'autre part permettent au government de soustraire à leur juridiction toutes les questions à l'égard des quelles cette garantie assure une protection aux citoyens»[82]. Finalmente, Boutmy subraya inútilmente que Inglaterra evitó el error de «l'existence et l'activité exagérée d'une justice administrative ou l'Etat figure comme juge et partie»[83].

El motivo de fondo de esta estabilidad de las instituciones revolucionarias e imperiales está en la formación de un concepto de Estado entendido como organismo superior. Karl Marx observará, inmediatamente después del inicio del segundo Imperio, que la Restauración y la Monarquía de julio añadieron una mayor división del trabajo al mecanismo estatal desarrollado por Napoleón: «cada interés *común* fue inmediatamente arrancado de la sociedad, y contrapuesto a ella como interés *general*, más alto, arrebatado a la iniciativa individual de los miembros de la sociedad y transformado en objeto de la actividad del Gobierno: desde los puertos, los edificios escolares y los bienes comunales de pequeños pueblos hasta las ferrovías, el patrimonio nacional y la Universidad de Francia». Todo ello se agregaba a la estructura burocrática, enfáticamente descrita por Marx: «este poder ejecutivo, con su enorme organización burocrática y militar, con su artificial y complicado mecanismo estatal, con un ejército de

---

[79] Cit. en C. Duval, *Les justifications de la raison d'être et du maintien de la juridiction administrative en France au 19e siècle*, en *J. eur. Verw.*, 1996, n. 8, p. 57.

[80] Cit. en C. Duval, op. cit., p. 58.

[81] Cit. en C. Duval, op. cit., p. 61.

[82] A. F. A. Vivien, *Études administratives*, 3ª ed., Paris, De Guillaumin, 1859, p. 28; la primera edición es de 1845 (de la tercera edición fue publicada, por el editor Cujas, Paris, en 1974, una reimpresión anastática, con introducción de P. Legendre).

[83] E. Boutmy, *Études de droit constitutionnel*, *France-Angleterre-Etats Unis*, 2ª ed., Paris, Plon, 1888, p. 258-259 (la primera edición es de 1885).

medio millón de empleados junto a otro ejército de medio millón de soldados, este espantoso cuerpo parasitario que envuelve el cuerpo de la sociedad francesa y obstruye todos sus poros…»[84].

Por ende, a la progresiva injerencia pública en la economía se agrega la «charpente bureaucratique» del bonapartismo que domina el siglo XIX en Francia.

7. LA TERCERA REPÚBLICA Y LA LIBERALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si entre Napoleón I y Napoleón III el cuadro de protecciones de los derechos fue defectuoso, por la existencia de reglas desfavorables para la libertad, la naturaleza incompleta de la jurisdicción administrativa y la transformación de los empleados del Estado en empleados del Gobierno, todas ellas elecciones de los defensores del orden social y del régimen político[85], con la tercera República el Derecho Administrativo adquiere características liberales.

Pero el *étatisme* típico de la tradición francesa se conserva en la vastedad de las funciones estatales, de la cual el número de empleados constituye un indicio importante (casi doscientos cincuenta mil al final del Siglo XIX)[86].

El carácter autoritario y despótico del Derecho Administrativo ya se había atenuado con anterioridad en la gestión cotidiana del poder, especialmente por parte del *Conseil d'Etat*, que permaneció inmutable en su poder y estructura pero pasó a ser administrado por liberales: se trata de «[…] les traditions de respect du droit privé, de modération et d'equité qui s'affermissent et se développent chaque jour davantage dans la jurisprudence du Conseil d'État»[87].

Asimismo, ya se habían verificado algunos progresos del liberalismo en las instituciones. Por citar sólo dos, se recuerda la atribución al juez ordinario, en 1810, de los procedimientos de expropiación y la introducción, en la Cons-

---

[84] K. Marx, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, cit., p. 196-197.

[85] J. **P. Machelon,** *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques de 1879 à 1914*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976.

[86] F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du 18e au 20e siècle*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 111, según el cual antes del censo de 1896 no hay cifras seguras y, más tarde, en 1914, el número de empleados públicos supera los quinientos mil.

[87] L. Aucoc, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, Paris, Dunod, 1885, p. VIII. Léase, además, L. Aucoc, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel. Étude historique et bibliographique*, Paris, Imprimerie nationale, 1876. Observa V. Wright, *Le Conseil d'État et les changements de régime: le cas du Second Empire*, en *Rev. adm.*, 1998, número especial, p. 13 ss.: «le Conseil d'État du Second Empire, instrument de despotisme impérial aux dires des adversaires, se transforme progressivement en défenseur des citoyens contre le despotisme, et par son évolution indique les limites du régime autoritaire».

titución de 1848, del principio de mérito para la selección de los empleados público.

El primer proyecto para generalizar el sistema de reclutamiento de funcionarios mediante concurso fue presentado en 1844. A lo que se opuso Guizot, temiendo que pueda «affaiblir la responsabilité ministérielle». Aunque no fue aprobado ningún proyecto, el debate sobre la generalización de los concursos tuvo eco en la Asamblea constituyente y cristalizó en el artículo 10 de la Constitución de la Segunda República, por el cual todos los ciudadanos pueden ser admitidos a todos los empleos públicos «sans autre motif de préférence que leur mérite»[88]. Comenta Tocqueville: el concurso debía servir para dos fines: «affaiblir l'aristocratie de la fortune, de la naissance et des relations; en cela nous avons réussi; former les meilleurs fonctionnaires posibles. Là nous avons échoué»[89].

No obstante, con la Tercera República, desde 1870 se registran dos cambios importantes, que acogen las tesis liberales: la supresión de la garantía de los funcionarios y el pleno reconocimiento del *Conseil d'État* como órgano juzgador. La garantía es suprimida en 1870 (aunque seguirá existiendo *de facto* durante algún tiempo[90]). En 1872, al término de un debate en la *Assemblée nationale* en el que Léon Gambetta apoyará la propuesta del dualismo jurisdiccional en contra de la tesis extrema del sometimiento de la Administración a los jueces ordinarios, argumentando que la Administración Pública representa un poder superior y los tribunales ordinarios podrían impedir su funcionamiento, se pasa del régimen de *justice rétenue* al de *justice délégué* (es decir, el Consejo de Estado se transforma de órgano consultivo en órgano juzgador propiamente dicho); adicionalmente, el *Conseil d'État* pierde la función de juzgar conflictos de competencia que adquiere el *Tribunal des conflits*, compuesto por cuatro miembros de la corte administrativa y por cuatro de la Corte de casación, bajo la presidencia (en realidad puramente formal) del ministro de Justicia[91].

Por ende, el *droit administratif*, nacido al comienzo del siglo XIX para reforzar el Estado republicano y, posteriormente, el imperial, y para proteger el poder ejecutivo de las intervenciones de los jueces, se convierte, al final del mismo siglo, en el medio que permite la tutela judicial de los ciudadanos frente al poder ejecutivo. El *Conseil d'État*, con una transformación igualmente radical, pasa de ser el principal órgano del poder ejecutivo a jurisdicción independiente

---

[88] Véase J.-L. Mestre, *France*, en S. Cassese y J. Pellew, *Le système du merit, Bruxelles*, Iisa, 1987, p. 101-104.

[89] *Entretiens de Tocqueville avec Nassau William Senior (1848-1858)*, en E. D'Eichtal, *A. de Tocqueville et la démocratie libérale*, cit., p. 345-346.

[90] Sobre este punto véase A. V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 355 ss. y 363-364.

[91] Sobre la reforma de 1872, V. Wright, *La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872*, en *EDCE*, 1972, n. 25, p. 21.

y atento censor del Gobierno y de la Administración Pública. A ello se agrega, como aspecto aún más singular, que el último papel descrito es desempeñado por el *Conseil d'État* introduciendo, desarrollando y aplicando los principios generales del Derecho y, en ese sentido, con una actividad esencialmente creativa que compensa la carencia de normas generales que es una característica típica del Derecho Administrativo.

8. LA CULTURA JURÍDICA DE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO. CONCLUSIONES

En la segunda mitad del siglo la cultura jurídica francesa se difunde y se especializa. El Derecho Administrativo no se enseña sólo en París, sino también en las universidades de provincia, y lo estudian profesores que se dedican enteramente a ello[92].

No obstante, sigue existiendo la figura compleja del profesor-estudioso-consejero de Estado: son prominentes las figuras de Anselme Polycarpe Batbie, de Jean-Léon Aucoc y de Edouard-Louis-Julien Laferrière. El primero de ellos también es político y se dedica, junto al Derecho Administrativo, a la economía política. El segundo y el tercero se interesan por la política, pero no tienen un papel activo. Todos ellos publican sus obras principales en los años setenta y ochenta.

Los escritos más importantes son las *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, organizadas por Aucoc en la École des ponts et chaussées, recopiladas en tres volúmenes en 1869 (con ediciones sucesivas en 1882 y 1885)[93], y el *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, de Laferrière, de 1887-1888[94]. La primera es una obra dirigida a ingenieros, pero presenta en la primera parte los órganos y competencias de los poderes públicos. La segunda obra constituye el primer análisis verdaderamente científico y completo del Derecho Administrativo[95].

---

[92] F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 109-110.

[93] Sobre Aucoc, F. Blancpain, *Léon Aucoc, praticien et théoricien du droit administratif*, en *Rev. hist. dr. fr.*, 1974, p. 733 ss.

[94] Sobre Laferrière, L. Bertrand, *Édouard Laferrière*, en *EDCE*, 1956, p. 145 ss., y especialmente P. Gonod, *La place du «Traité de la jurisdiction administrative» d'Edouard Lafferrière dans l'évolution du droit administratif*, en *J. eur. Verw.*, 1996, n. 8, p. 87 ss., Id., *Édouard Lafferière, un juriste au service de la République*, Paris, L.g.d.j., 1997, y Id., *Edouard Laferrière*, Paris, Puf 1999, que presenta una recolección de sus escritos más significativos; véase también el perfil de Romieu, alumno y sucesor de Lafferrière, D. Costa, *Jean Romieu, un artisande la construction du droit administratif moderne*, en *Rev. adm.*, n. 283, 1995, p. 88 ss.

[95] El estudio y la enseñanza del Derecho Administrativo están, sin embargo, aún poco desarrollados en la segunda mitad del siglo XIX: A. Mestre, *L'évolution du droit administratif (doctrine) de 1869 à 1919*, en *Bull. soc. leg. comp.*, 1922, p. 247 ss.

El Derecho Administrativo, obra de los revolucionarios y de Napoleón, en menos de un siglo pasa a estar influenciado por el creciente intervencionismo estatal y por el resurgimiento del liberalismo. Primero lentamente, luego de manera acelerada, en los inicios de la Tercera República estos diversos componentes penetraron en el cuerpo del Derecho Administrativo, enriqueciéndolo, pero transformándolo también en un organismo más contradictorio. De estos componentes, el primero es autóctono, en el sentido de que nace y se desarrolla en Francia, el segundo, por el contrario, inspirado por el temor al bonapartismo, está fuertemente influenciado por el modelo inglés de Derecho Administrativo, que debe ahora examinarse.

III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA INGLATERRA VICTORIANA

1. *THE NINETEENTH CENTURY REVOLUTION IN GOVERNMENT*

Inglaterra comienza el siglo XIX con una pesada herencia. El siglo precedente había visto crecer, hasta Waterloo, un *fiscal-military State*, es decir una potente máquina de guerra y un eficiente sistema fiscal. Los primeros años del siglo XIX se dedican a la reducción del gasto público, de los empleos inútiles y emolumentos irregulares[96].

Sin embargo, dos fuerza reaccionan en dirección opuesta. La primera está constituida por la necesidad de mantener en vida un ingente aparato militar y una red de control político-administrativo mundial, para hacer frente a las exigencias de la que en 1860 será la máxima potencia mundial al centro del más vasto imperio colonial. La segunda está constituida por las ampliaciones del sufragio (1832, 1867, 1884), que llevan a su máxima extensión las competencias parlamentarias y conceden un protagonismo sin precedentes a la opinión pública. Esta última, a su vez, se hace portadora de las condiciones de malestar producidas por la industrialización: hacinamiento de la población en grandes ciudades, urbanización precaria y condiciones sanitarias pésimas; inmigración irlandesa; malas condiciones de vida y de trabajo en las fábricas y con las máquinas; explotación del trabajo femenino e infantil; altísima mortandad[97].

---

[96] P. Harling, *The Politics of Administrative Change in Britain, 1780-1850*, en *J. eur. Verw.*, 1996, n. 8, p. 210; J. R. Greenaway, *Politicians, Civil Servants and the Liberal State in Britain, 1850-1914*, *ibid.*, p. 217.

[97] La descripción ha sido realizada varias veces por los historiadores, pero será mejor leer F. Engels, *La situazione della classe operaia in Inghilterra* (1845), trad. it., en K. Marx y F. Engels, *Opere*, IV, 1844-45, Roma, editori Riuniti, 1972.

Éste es el contexto de fondo de la nueva legislación sobre la industria, las ferrovías, la pobreza, la instrucción, la minería, el trabajo infantil, las prisiones, la salud pública, la construcción, etc. Se trata de una legislación administrativa tan abundante como desorganizada, en la que se entrecruzan liberalismo e intervencionismo.

El historiador de la Administración Henry Parris ha observado que «*laissez-faire* e intervención estatal fueron características de los dos cuartos centrales del Ochocientos y no necesariamente eran contradictorias[…] El utilitarismo operó ininterrumpidamente en el ambiente inglés: tanto el *laissez-faire* como la iniciativa pública estuvieron justificados en base a sus principios […] El problema, entonces como hoy, no era elegir entre iniciativa privada e iniciativa pública, sino establecer *dónde* estaba […] la frontera entre una y otra»[98].

Este extraordinario desarrollo de la legislación administrativa atrae la atención de dos estudiosos del Derecho, el alemán Rudolf von Gneist y el inglés Albert Venn Dicey, que manifiestan opiniones diversas.

Gneist observa en 1884 que «ningún Estado europeo ha llevado a término, desde 1832, una reforma administrativa y judicial con tantos efectos prácticos, tanta energía, tanto éxito, como Inglaterra […] La particularidad más destacada del Derecho Administrativo inglés es […] la desmedida expansión de la legislación en el dominio de la Administración […] En el siglo XIX las exigencias imperiosas de la reforma social y de la reforma de la Administración, bajo el reinado de Victoria, dieron un desarrollo extraordinario a la colección de leyes, que equivale por extensión a la legislación de todos los siglos precedentes»[99].

Gneist también señala con aprecio la recopilación de la legislación sobre las principales materias del Derecho Administrativo en un centenar de amplias leyes, relativas a asuntos exteriores, administración militar, marina de guerra, finanzas y correo, orden público, caminos, navegación marítima, ferrovías, ríos, caza y pesca, minería, pesos y medidas, farmacias, instrucción, salud pública, etc.[100]

En cambio, en 1905 Dicey reconstruye los acontecimientos en sentido diacrónico, e identifica un desarrollo en tres fases, la del *old Torysm* (1800-1830), la del *Benthamism or Individualism* (1825-1870), la del colectivismo (1865-1900)[101], añadiendo una opinión crítica, como era natural para un *whig*.

---

[98] H. Parris, *Constitutional bureaucracy*, London, Allen and Unwin, 1969, trad. it. con el título *Una burocrazia costituzionale. L'evoluzione dell'amministrazione centrale inglese dal '700 ad oggi*, Milano, Comunità, 1979, p. 375 y 391.

[99] R. von Gneist, *Englisches Verwaltungsrecht der Gegenwart* (1884), trad. it. con el título *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, con la presentación de A. Brunialti, Torino, Utet, 1896, p. 58 y 123-124.

[100] R. von Gneist, *op. cit*., p. 139.

[101] A. V. Dicey, L*ectures on the relations between law and public opinion in England during the nineteenth century*, London, Macmillan, 1905 (el volumen ha tenido numerosas ediciones sucesivas y una reciente

A mediados del siglo XX, el historiador Oliver MacDonagh ha dado una interpretación distinta de la *XIX century revolution in government*, concibiéndola como un proceso acumulativo articulado de la siguiente manera: se somete un problema a la opinión pública, con la petición de considerarlo y con una propuesta legislativa que, tras enfrentarse con intereses opuestos, concluye en un compromiso que fija un principio; posteriormente se acepta que la ley es ineficaz y se instituye un «inspectorate» que revela los defectos de la ley; se requieren más poderes, una autoridad central adecuada y ulteriores propuestas legislativas; pero la experiencia demuestra que una legislación ocasional no basta: se necesitan un proceso continuo de *regulation* y una autoridad ejecutiva dotada de poderes discrecionales suficientes para poder afrontar los problemas que surgen. Se trata, por ende, de un dinamismo interno de la Administración, *self-sustaining* y *self-generating*, fundado sobre el *practical government*, la práctica administrativa cotidiana, en la que los agentes del cambio son los administradores menores, los técnicos del campo, involucrados en un proceso de *learning by experience*[102].

2. *THE AVALANCHE OF ADMINISTRATIVE LAW*: CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INGLÉS

Esta rica legislación regula también las relaciones entre particulares, pero es fundamentalmente una legislación administrativa y, por ende, trae consigo *the avalanche of administrative law*[103], por la cual puede decirse que Inglaterra tiene en el siglo XIX un sistema de Derecho Administrativo complejo aunque desorganizado[104], ampliamente reconocido tanto por los observadores extranjeros

---

traducción italiana: *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997).

[102] O. Mac Donagh, *The nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, en *Hist. J.*, 1958, I, p. 56 ss.; una reseña completa de los escritos suscitados por MacDonagh en R. M. MacLeod, *Statesmen Undisguised*, en *Am. Hist. Rev.*, 1973, p. 1386 ss.; entre los escritos sucesivos, R. N. Boyd, *Coal Mines Inspection: Its History and Results*, London, Allen and Unwin, 1979; P. Bartrip, *Safety at work: the Factory Inspectorate in the Fencing Controversy, 1833-1857*, Oxford, Center for socio-legal studies, 1979; W. G. Carson; *Early Factory Inspectors and the Viable Class Society – A Rejoinder*, en *Intern. J. Soc. Law*, 1980, VIII, p. 187 ss.; véanse también J. H. Goldthorpe, *Le développement de la politique sociale en Angleterre de 1800 à 1914*, en *Soc. trav.*, V, 1962, p. 105 ss., y N. Chester, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford, Clarendon, 1980.

[103] D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale University Press, 1960, p. 300.

[104] J. F. McEldowney, *Administration and Law in England in the 18th and 19th Centuries*, en *J. eur. Verw.*, 1996, n. 8, p. 19.

contemporáneos, entre los cuales se cuenta el ya recordado von Gneist[105], como por estudiosos ingleses de la época, verbigracia, Thomas Erskine Holland[106] y Frederic William Maitland[107].

Pero el Derecho Administrativo inglés se presenta de un modo distinto al francés. En *primer* lugar, la estructura administrativa central se identifica con el Gobierno[108] y gira en torno a pocos ministerios o *departments* (interior, asuntos exteriores, colonias, guerra y marina), algunos *parliamentary boards* o autoridades centrales no ministeriales (comercio, Indias orientales, dominios y selvas, trabajos públicos y construcción, higiene, pobreza, medicinas, recaudo de impuestos) y muchas autoridades centrales definidas por von Gneist como «modernas y fluctuantes»[109]. Esta última es la categoría más rica e interesante, compuesta por oficinas parcialmente autónomas de los ministros, pero cuyos componentes son nombrados por el Gobierno y que sólo a finales de siglo –como se explicará más adelante– estarán bajo el control de un ministro políticamente responsable de su actividad ante el Parlamento.

Entre los distintos *inspectorates* y *commissions* destacan los referidos a industria (1933), comercio (1835), ferrovías (1840), instrucción (1840), minería (1842), salud pública (1848), marina mercante (1848), seguridad de los barcos (1854), policía (1856), gas (1859), alcaloides (1863), explosivos (1875), control de

---

[105] Sin embargo, J. Redlich dirá que von Gneist se sintió impresionado por el papel de la sociedad frente al Estado, por la participación de los ciudadanos y por el papel de la Corona (J. Redlich, *Local government in England*, ed. by F. W. Hirst, 2 vol., London, Macmillan, 1903, traducción en inglés de Id., *Englische Lokalverwaltung. Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihren geschichtlichen Entwicklung ihrer gegenwätigen Gestalt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1901; véase también J. Redlich y F. W. Hirst, *The history of local government in England: being a reissue of book 1 of Local government in England*, edited with Introduction and Epilogue by Byan Keith-Lucas, Macmillan, London, 1958). Redlich acepta enteramente la tesis de Dicey, afirmando que en Inglaterra no existe un Derecho de la Administración, distinto del general, pero admite que «special rules of administration –necessary in some forms or another in every civilised country-remained in England an integral part of the general or common law of the land» (II, p. 399).

[106] T. Erskine Holland, en su *The elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1880, p. 107 y p. 279-282, dice que «administrative law [...] is not a coherent body of doctrine» y lo define como «a description of the way the different delegacies of the governing body [of the State] are set in motion»; nótese que Holland es, al igual que Dicey, *fellow* de «All souls» y que Dicey reseña esta obra en el L*aw Magazin*, 1880, p. 400.

[107] F. W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908 (se trata de lecciones impartidas en 1887-1888), observa «year by year the subordinate government of England is becoming more and more important» (p. 501) y «the line between the constitutional and the administrative departments is one which it is very hard to draw» (p. 536); véase también p. 535, para el uso del término «administrative law».

[108] Mientras tanto, de forma paradójica, en Francia precisamente la tradición de ejecutivos bonapartistas impulsaba la distinción entre la Administración Pública y el Estado, por un lado, y el Gobierno, por el otro.

[109] R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit., p. 212 ss.

los edificios (1875), plantas y semillas (1877), seguridad de las plantas eléctricas (1882), aprovisionamientos alimentarios de los barcos (1892).

El *segundo* rasgo característico del Derecho Administrativo inglés de la era victoriana fue señalado por Tocqueville: a la centralización gubernativa no corresponde una centralización administrativa. Ello se debe a que «en Inglaterra las autoridades provinciales nunca arraigaron»[110], sino que los cargos eran gestionados según el modelo del *self-government*, que es «un sistema de administración del Estado por medio de las asociaciones comunales»[111], consistiendo –según la expresión restrictiva de von Gneist– en una «delegación del Estado»[112].

La expresión *self-government* es una fórmula que resume un modelo complejo, constituido por al menos tres componentes. El primero consiste en la posesión de todos los cargos locales por parte de la *gentry*, constituida por la pequeña nobleza y rentistas urbanos que los desempeñan gratuitamente[113]. La segunda está representada por los *justices of peace*, órganos que suman funciones judiciales menores y funciones administrativas (emiten autorizaciones comerciales, controlan las condiciones del trabajo, etc.). Finalmente, la tercera reside en las funciones y en los servicios públicos locales que se amplían, respectivamente, a partir de 1829 (formación de la policía a nivel local) y de 1843 (con los sectores del agua, gas, transporte, instrucción, construcción, salud pública, etc.).

De los tres componentes, las que mayor impacto generaron en los observadores continentales fueron la unión de administración y justicia y el carácter voluntario de los cargos. De hecho, Rudolf von Gneist observa: «en el continente la Administración confiada a empleados de carrera hacía necesaria la separación de la justicia y de la Administración, mientras que en el oficio honorífico de los jueces de paz no existía razón alguna para disolver el nexo primitivo entre el oficio de los jueces penales y la administración de policía»[114].

A finales de siglo las cosas cambian. Attilio Brunialti señala: «[…] mientras nosotros admirábamos el autogobierno inglés, la participación activa de las clases dirigentes en el Gobierno y la Administración […], Inglaterra reformaba sus ordenamientos; sustraía de la Constitución y de la Administración sus antiquísimos fundamentos y la expresión aristocrática; daba paso a la democracia

---

[110] R. von Gneist, *op. cit.*, p. 221.

[111] R. von Gneist, *op. cit.*, p. 264.

[112] R. von Gneist, *op. loc. cit.*; sobre el reconocimiento por parte de von Gneist del *self-government*, que convierte este neologismo en un vocablo familiar también en Inglaterra, M. Stolleis, *Autogoverno: una indagine semantica*, en, *Saperi della borghesia e storia dei concetti tra Otto e Novecento*, bajo la dirección de R. Gherardi y G. Gozzi, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 254.

[113] Es un perfil que sacó a relucir M. Weber, *La politica come professione* (1919), trad. it., Milano, Anabasi, 1994, p. 37.

[114] R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit., p. 263.

imperante; se acercaba a las instituciones del continente, con nueva centralización de poderes, con simplificaciones y equiparaciones continuas, y una vasta sustitución de funcionarios retribuidos por los honorarios, con el consiguiente aumento ingente del gasto público»[115].

Por lo tanto, de los tres componentes del *self-government*, el primero disminuye en favor del tercero, por lo que el proceso de centralización del poder de decisión se inicia en el siglo XIX[116].

A la ampliación de las tareas y de la organización administrativa corresponde –y este es el tercer rasgo característico del Derecho Administrativo inglés de la era victoriana– un aumento del número de empleados públicos, que pasan de ser aproximadamente dieciséis mil, al final del siglo XVIII, a veinte mil en la primera mitad y a cerca de cien mil en la segunda mitad del siglo XIX[117].

Para los empleados públicos, a mitad de siglo (1854-1855), la relación entre S. H. Northcote y C. E. Trevelyan propone la institución de «an efficient body of permanent officers, occupying a position duly subordinate to that of Ministers [...] yet possessing sufficient Independence, character, ability and experience to be able to advise, assist and, to some extent, influence those who are from time to time set over them»[118]. Esta relación, cuyas indicaciones fueron después lentamente desarrolladas, introduce un modelo racional de Administración que sustituye a los empleados nombrados con base en el *political patronage* por *civil servants* elegidos a través de «open competitive examination, administered by an independent commission». Sustituye la propiedad privada del empleo por la afirmación del interés público (*public trust*). Establece, en lugar de los emolumentos irregulares, un salario. Sustituye la promoción según la antigüedad por la basada en el mérito. Finalmente, introduce una mayor unidad entre los ministerios centrales y la posibilidad de pasar por promoción, para los titulares de los niveles superiores, de un ministerio a otro[119].

En *cuarto* lugar, al Derecho Administrativo inglés de la era victoriana no le resultan extraños los poderes especiales. Por un lado, está el poder origi-

---

[115] A. Brunialti, en *Presentazione* a R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit., p. 6-7. Sobre las relaciones centro-periferia en esta fase, C. Bellamy, *Administering central-local relations, 1871-1919. The Local Government Board in its fiscal and cultural context*, Manchester, Manchester University Press, 1988.

[116] Sobre estos perfiles *I regimi delle città: il governo municipale in Europa tra '800 e '900*, bajo la dirección de F. Rugge, Milano, Franco Angeli, 1992; de F. Rugge véase también *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milano, Giuffrè, 1989.

[117] R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit., p. 227; J. F. McEldowney, *Administration*, cit., p. 26 y 30 y P. Harling, *The Politics*, cit., p. 196.

[118] S. H. Northcote y C. E. Trevelyan, *Report on the organisation of the Permanent Civil Service*, Parliamentary Papers, 1854-1855, c. 1713, publicado de nuevo en *Publ. Adm.*, 1954, p. 1 ss.

[119] P. Harling, *The politics*, cit., p. 197 ss., y J. R. Greenaway, *Politicians*, cit., p. 215.

nario de la Corona, denominado *prerogative*[120], al cual está ligado el principio de inmunidad de la Corona (*the King can do no wrong*). Por otro lado, existe un Derecho distinto de la *ordinary law*[121] que emana de leyes aprobadas por el Parlamento y que permite a la Administración guiar, verificar, orientar, estimular, corregir; pero también expropiar, construir coactivamente en la propiedad de particulares, obligar a hacer (por ejemplo, a pavimentar las calles), recaudar de forma coactiva impuestos, etc., y por lo tanto recurrir a la fuerza para relacionarse con los particulares.

En contraste con el extraordinario desarrollo de la Administración y del Derecho Administrativo en Inglaterra existe –y este es el quinto rasgo característico del Derecho Administrativo inglés de la era victoriana– una cierta precariedad de la tutela jurisdiccional. No está confiada a tribunales *ad hoc*, especializados, aunque tampoco pueda afirmarse que existan tan sólo *ordinary courts*[122]. La justicia administrativa, en primera instancia, es asignada a los ya mencionados *justices of peace*, ante los cuales se desarrolla un procedimiento de contradicción. El juicio de apelación es reasignado a las *General and Quarter sessions*. La instancia suprema se constituye de las cortes ordinarias, que disponen de *prerogative writs*, como el *writ of certiorari*, el *writ of mandamus*, el *writ of prohibition* (el primero sirve para obtener la revisión de un acto y, por lo tanto, para evitar decisiones ilegítimas, el segundo para estimular comportamientos positivos por parte de la Administración, el tercero para suspender un acto *ultra vires* y, por lo tanto, para impedir la usurpación de los poderes[123]). Pero los *prerogative writs*, antes usados únicamente en sede jurisdiccional, se amplían a partir de 1832 a los cuerpos administrativos; no son automáticos, porque el procedimiento depende de la discreción del tribunal; en muchos casos son difíciles de obtener; finalmente, no suelen asegurar una defensa en casos de responsabilidad y en casos de ejercicio del poder discrecional por parte de la Administración Pública.

La debilidad principal de la justicia administrativa depende, sin embargo, de la inmunidad de la Corona y de la *privative clause*. La primera –como se señaló– excluye la acción de responsabilidad respecto de la Corona y constriñe a intentarla respecto de los funcionarios individuales, cuyos patrimonios personales aseguran, no obstante, resarcimientos limitados. La segunda descarta la intervención de los jueces, excluyendo de la apelación determinados actos.

---

[120] Sobre el cual J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 159-160; sin embargo, la lista de los poderes incluidos en la «prerogative» no era larga, y permanecía inalterada desde los inicios del siglo XVII.

[121] Sobre esto, en particular, H. W. Arthurs, *'Without the Law': Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, Toronto, University of Toronto Press, 1985.

[122] H. W. Arthurs, *op. ult. cit.*, p. 167 ss.

[123] Sobre la justicia administrativa inglesa, R. von Gneist, *Il diritto pubblico inglese e la sua trasformazione*, cit., p. 390 ss.

El principio de la inmunidad de la Corona es, por lo demás, atemperado en el curso del siglo XIX, pero especialmente en el sucesivo, de dos maneras: limitando los empleos comprendidos en la Corona y difundiendo la práctica del pago de daños, incluso por vía discrecional, por parte de la Corona.

3. LA INSUFICIENCIA DE LA CIENCIA JURÍDICA Y LA REACCIÓN DE DICEY

Administración central bien desarrollada (aunque sea con aparatos autónomos de los ministros), vitalidad fuerte del *local government*, amplio y organizado *civil service*, derechos y poderes especiales, pero un sistema débil de justicia administrativa. Este último rasgo constituye un factor de debilidad para el Derecho Administrativo inglés, al suponer la ausencia de organización de los jueces. Pero a esa laguna se agrega una aún peor, que consiste en la falta de racionalización de la cultura jurídica, y sobreviene una auténtica barrera, erigida por el profesor Albert Venn Dicey (1835-1922).

La insuficiencia de la doctrina jurídica es evidenciada ya por un contemporáneo alemán, Rudolf von Gneist, que observa: «las leyes administrativas se encontraban en un estado caótico» por «falta de sistemática del Derecho Administrativo». Ello se debe a que los juristas ingleses tenían un «método que no permitía una exposición sistemática ni una mirada retrospectiva sobre la historia del Derecho», como en Alemania[124]. Resulta llamativo que las reconstrucciones más completas del Derecho Administrativo inglés de la segunda mitad del siglo XIX, aunque se desarrollen en dimensiones distintas, se deban a la pluma de dos extranjeros, alemán uno[125], francés el otro[126]. Ambos estudiosos extranjeros delinean un Derecho Administrativo inglés bien desarrollado, a pesar de ser caótico, tendente hacia un *régime administratif moyen*[127].

Sobre esta situación se erige la obra de Dicey, que en 1885 convierte los vicios del Derecho Administrativo inglés en virtudes, los defectos en méritos, y sostiene con perspicaces argumentos que el *droit administratif* es desconocido en Inglaterra y representa un estadio primitivo de evolución de un ordena-

---

[124] R. von Gneist, *op. cit.*, p. 57-58. Es interesante notar que, en 1846, una *royal commission on legal education* recomienda el estudio del Derecho Administrativo (B. Abel-Smith y R. Stevens, *Lawyers and the Courts: A sociological Studi of the English Legal System 1750-1965*, London, Heinemann, 1967, p. 69).

[125] R. von Gneist, *Englisches Verwaltungsrecht der Gegenwart*, cit.

[126] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger Levrault, 2 tomes, 1ª ed. 1887, 2ª ed. 1896 (reimpresión de la 1ª ed. Paris, L.g.d.j., 1989).

[127] Y esto explica en parte la circunstancia de que la *administrative law* permanezca durante largo tiempo como una sumatoria de derogaciones del *ordinary law*, mientras que el *droit administratif* es rápidamente reconocido como un sistema jurídico autónomo.

miento moderno. La obra de Dicey[128], por su difusión e influencia, bloqueará al menos durante medio siglo el desarrollo de la reflexión científica inglesa sobre el Derecho Administrativo, e incluso del mismo Derecho Administrativo[129].

Son importantes dos aspectos de Dicey: la crítica del Derecho Administrativo francés y la exposición del Derecho al cual está sometida la Administración Pública inglesa.

Dicey toma como objetivos dos caracteres del Derecho Administrativo francés: la atribución a los funcionarios de privilegios y prerrogativas que los particulares no tienen, fundamentada en el hecho de que aquéllos son portavoces del interés general; el sometimiento de la Administración Pública y de sus empleados a jueces distintos de los ordinarios. A estas dos características agrega el sometimiento de la Administración Pública y de sus funcionarios a normas especiales; la exclusión de las cuestiones de Derecho Administrativo de la jurisdicción de los jueces ordinarios y su entrega al *Conseil d'Etat*; la atribución de los reglamentos de jurisdicción a un órgano en el que se conjugan las cualidades de administrativo y de judicial; la irresponsabilidad de los funcionarios, suprimida en 1870, pero de hecho mantenida[130].

El Derecho Administrativo francés, a pesar de tener algunos méritos innegables en comparación con el sistema inglés, como el de posibilitar la petición de anulación de un acto administrativo y el de permitir el resarcimiento del daño por parte de la Administración Pública, representa para Dicey un estadio primitivo de desarrollo correspondiente a los siglos XVI y XVII en Inglaterra, dominados por la *Star Chamber*, suprimida en 1641, en la cual se mezclaban funciones administrativas y judiciales.

Es digno de señalar el hecho de que Dicey había publicado en 1860 un libro sobre *The Privy Council*[131] en el que sostiene que ese organismo era el equivalente interrumpido del *Conseil d'Etat* francés y reconstruye los esfuerzos del Parlamento y las cortes por limitar los poderes reales.

Para el sistema inglés, que no conoce el *droit administratif*, son extrañas la idea de que las relaciones entre Estado y particulares estén regidas por principios distintos de aquéllos que regulan las relaciones entre particulares y la idea

---

[128] A. V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, cit.

[129] Entre las reacciones a las teorías de Dicey se señala la obra del jurista estadounidense F. J. Goodnow, Comparative Administrative Law, New York-London, Putnam's, 1893, que se constituye en «la más radical confutación jamás formulada contra la tesis de Dicey» (así L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 441).

[130] Sobre el desarrollo de la reflexión de Dicey, S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, en *Quad. fior. stor.*, 1990, n. 18, p. 5 ss., en particular p. 8-9, y Id., *La ricezione di Dicey in Italia e Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, en *Mat. stor. cultura giur.*, 1995, p. 107 ss.

[131] London, Whittaker; London, Macmillan, II ed. 1887.

de que la aplicación de dichos principios no sea del conocimiento de los jueces ordinarios.

La Constitución inglesa se sustenta, para Dicey, sobre tres pilares. El primero es el de la *legislative sovereignity of Parliament*, en virtud de la cual el Parlamento es omnipotente y la Corona y los jueces son sus subordinados, a diferencia de lo que ocurre en Francia, donde el ejecutivo se sustrae en parte al Parlamento. El segundo pilar es la *rule of law*, entendida como predominio del Derecho respecto al poder discrecional del ejecutivo, como igual sometimiento de cada persona a los jueces ordinarios, como formación judicial de las normas dirigidas a proteger a los individuos, una vez más a diferencia de Francia, donde el *droit administratif* reconoce amplia discrecionalidad y poderes especiales a los cargos públicos. El tercer pilar está constituido por las convenciones constitucionales, dirigidas a limitar las prerrogativas del ejecutivo.

En Inglaterra, por ende, existe un solo Derecho, la *ordinary law of the land*, al cual todos los sujetos están sometidos, independientemente de su naturaleza privada o pública, y sólo un juez, que aplica el único Derecho a todos, particulares y públicos.

Para comprender a Dicey, es necesario tener en cuenta tres factores. El *primero* viene dado por la influencia que recibió de los escritos de los liberales franceses de la primera mitad de siglo, y especialmente de Tocqueville: éstos, en efecto, son el nexo entre Dicey y el *droit administratif* francés[132]. Sin embargo, por un lado, Tocqueville escribe en la primera mitad del siglo y Dicey en 1885, cuando aquello por lo cual Tocqueville había luchado ya estaba en gran medida realizado. Por otro lado, Tocqueville critica sólo la parte autoritaria del Derecho Administrativo, que en cambio aprecia en su conjunto, mientras Dicey critica el *droit administratif* francés en general. Es cierto, por lo tanto, que el modelo extranjero funciona como «Straw men in order to justify his defence of the English common lawyers»[133].

El *segundo* factor a tener en cuenta es de índole cultural. La obra de Dicey sobre la Constitución está considerada como parte de un movimiento general del siglo XIX, sobre el análisis científico del Derecho, fundado sobre el positivismo y un nuevo tipo de *legal education*[134]. En este sentido, Dicey lleva a su máxima extensión la metodología privatista, a costa de aislar pocos principios. En suma, Dicey forma parte de la gran corriente europea a la que pertenece, en Italia, Vittorio Emanuele Orlando, que se dedica a liberar el Derecho

---

[132] J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 158; A. V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 392-393, donde cita a Tocqueville.

[133] R. C. J. Cocks, *Sir Henry Maine – a study in victorian jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 69.

[134] M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 47 ss., y 140 ss.

de elementos históricos, políticos, sociológicos y que, por esa vía, termina por convertirse en prisionera de una concepción ahistórica del Derecho.

El *tercer* factor es, en cambio, político. La terquedad de Dicey[135] se explica al considerar que está dominado por los *immediate political developments*[136]. Como conservador, Dicey es partidario de las tesis unitarias, en contra de la *home rule* irlandesa, considerada el inicio del colapso del imperio, a favor de la conservación de los poderes en el centro, en el Parlamento, y está preocupado por el creciente *collectivism*[137].

IV. ENTRE FRANCIA E INGLATERRA. LA RECEPCIÓN DE DICEY EN FRANCIA Y LA FORMACIÓN DE DOS TIPOS IDEALES; LA TRANSFORMACIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INGLÉS

1. HAURIOU

En 1902 la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* de Dicey se traduce al francés[138]. Al presentarla, Ribot señala que en Francia se ha hecho un gran esfuerzo por transformar el *Conseil d'État* en juez y por limitar la arbitrariedad de la Administración; reconoce la superioridad del Derecho inglés, aunque observa que el principio de la responsabilidad personal de los funcionarios hace poco menos que inaplicables algunas leyes. Sobre el capítulo dedicado al *droit administratif*, Gaston Jèze expresa reservas todavía más amplias: «un juresconsulte français trouvera dans ce chapitre un exposé qui n'est pas tojours conforme au droit en vigueur aujourd'hui. L'auteur a beaucoup exagéré l'irres-

[135] Sobre el cual J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 157.

[136] Así R. C. J. Cocks, *Sir Henry Maine*. cit., p. 131 y 140; véanse también p. 146 ss.

[137] La literatura sobre Dicey ya es muy vasta y se la puede encontrar citada en S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, cit. A esto se agreguen S. Flogaitis, *Administrative law et droit administratif*, cit., p. 33 ss.; N. Lewis, I*f you see Dicey will you tell him? Regulatory problems in british constitutional law*, en *Pol. Q.*, 1988, p. 6 ss.; P. P. Craig, Bentham, *Public Law and Democracy*, en *Publ. Law*, 1989, p. 407 ss., y, del mismo autor, *Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law*, en *LQR*, n. 106, 1990, p. 105 ss.; E. Santoro, *Common Law e costituzione nell'Inghilterra moderna: introduzione al pensiero di Albert Venn Dicey*, Torino, Giappichelli, 1999; L. Mannori y B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., p. 428 ss.; J. A. Rohr, *Dicey's Ghost and Administrative Law*, en *Adm. Soc.*, 34, 2002, p. 8 ss.; Lord Bingham of Cornbill, *Dicey Revisited*, en *Publ. Law*, 2002, p. 39 ss.

[138] A. V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, trad. de A. Batut y G. Jèze, *préface* de A. Ribot, Paris, Giard et Brière, 1902, en el grupo dirigido por M. Boucard y G. Jèze.

ponsabilité des fonctionnaires ainsi que l'incompétence des tribunaux judiciaires en matière de procès intéressant l'Etat…»[139].

La historia podría haber terminado aquí, de no ser por la intervención del decano de la facultad jurídica de Toulouse, Maurice Hauriou (1856-1929) que, en lugar de examinar críticamente a Dicey, lo toma en serio y se enfrenta a él[140].

Hauriou, en realidad, ya en 1897 escribe que los progresos del Derecho Administrativo francés se deben al carácter pretoriano del *Conseil d'État*. Y agrega: «il est d'abord des pays nombreux qui n'ont pas de juridiction administrative à compétence large, parce que les réclamations sont portées devant la juridiction ordinaire, qui ne possèdent que de tribunaux spéciaux sans importance au point de vue du développement général du droit administratif. Il peut certes y avoir dans ces pays des garanties pour les citoyens et même un droit administratif, mais il n'y a pas […] cette cause puissante de développement d'un droit administratif original qui reside dans l'institution d'une forte juridiction administrative. Sont dans cette situation, les Etats Unis d'Amerique et l'Angleterre, malgré un commencement d'organization des tribunaux administratives».

Después continúa, observando que «la juridiction administrative est plus apte à développer le droit administratif que la juridiction ordinaire et, par conséquent, il n'est pa étonnant que la juridiction administrative française ait developpé le droit administrative français». Los jueces ordinarios no se adentran en el campo del poder público por límites formales o por autolimitación[141].

Sin embargo, más tarde, en 1914[142], Hauriou desarrolla, en oposición a Dicey, la noción de *régime administratif*. Él sostiene que el Derecho Administrativo existe en tanto exista un *régime administratif*. Tal *régime* se caracteriza por: legislación administrativa, sometimiento de los empleados públicos a normas

---

[139] Véase también, de G. Jèze, L*es principes généraux du droit administratif-La technique du droit public français*, 3ª ed., Paris, Giard, 1925, p. 1-2, n. 1, donde escribe: «sur la foi de Tocqueville, le prof. Dicey a longtemps cru que «droit administratif» signifiait arbitraire administratif; et, dès lors, il opposait complaisamment «l'arbitraire», le «droit administratif français», ua règne de la loi (rule of law) en vigueur en Angleterre».

[140] Sobre Hauriou, L. Sfez, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, L.g.d.j., 1966; Y. Tanguy, *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou – actualité d'une doctrine*, en *Rev. dr. publ.*, 1991, p. 61 ss.; S. Bleich, *Der Einfluss von Maurice Hauriou auf die französische Rechtstheorie und Jurisprudenz*, en *Verw. archiv*, 1998, n. 1, p. 1 ss., además, naturalmente, en F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, cit., p. 331 ss.

[141] M. Hauriou, *Étude sur le droit administratif français*, Paris, Dupont, 1897, p. 13-14; en este escrito está contenido el precedente *De la formation du droit administratif depuis l'an VIII*, Paris, Berger-Levrault, 1893; el *Étude* es, es realidad, un estrato de la voz *Droit administratif* del *Repertoire du droit administrativf*, dirigido por Laferroère, t. 14, fasc. I.

[142] M. Hauriou, en la 8ª ed. del *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1914, p. 227, sobre el cual S. Cassese, *La ricezione di Dicey in Italia e Francia*, cit., p. 123; véase también, de M. Hauriou, el *Précis de droit constitutionnel*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1929 (I ed. 1923), p. 224 ss. sobre *le règne de la loi*.

de Derecho especial y garantía administrativa de los funcionarios, ejecutoriedad de las decisiones administrativas, limitaciones de la autoridad judicial, que no puede ordenar a la Administración el cumplimiento de una actividad.

Hauriou afirma que «il faut opposer le régime administratif au régime judiciaire»[143]. En Inglaterra, un sistema débilmente centralizado, existe un solo tipo de Derecho y los empleados públicos están sometidos a él y controlados por el juez ordinario, sin garantías particulares. En Francia, la inmunidad inicial de los empleados públicos ha canalizado el Derecho Administrativo hacia el acto y ha impulsado el reconocimiento de la responsabilidad del Estado. El Derecho francés –continúa Hauriou– va más allá del inglés. En el primero, cuando no tiene éxito la acción de responsabilidad en relación con los empleados públicos, triunfa aquélla contra la Administración. En el segundo, la responsabilidad de los empleados públicos no es una garantía suficiente, porque deja sin sanción el *excès de pouvoir* y la *faute de service*[144].

La noción de *régime administratif* está ligada, en Hauriou, a la concepción de la Administración Pública como cuerpo dotado de poderes y prerrogativas desproporcionados frente al Derecho Común, que aseguran el interés general, amenazado por las injerencias de la sociedad, pero que, al mismo tiempo, ponen en peligro la libertad. Hauriou pone en primer plano la *puissance publique*: también en la gestión de servicios públicos y en las relaciones contractuales ésta tiene un lugar central, porque la Administración Pública puede recurrir a derechos que superan los límites del Derecho Común. Coherentemente, el profesor de Toulouse sostiene que la propiedad, la responsabilidad, el trabajo, en el caso de la Administración tienen una naturaleza distinta, al punto de no poderse asimilar a la propiedad, la responsabilidad y el trabajo privados.

También gracias a la contraposición entre *régime administratif* y *régime judiciaire*, Dicey será consagrado como *un des plus grands professeurs de l'Angleterre*[145], sus ideas continuarán siendo acogidas, y su obra sobre la Constitución inglesa será considerada *livre célèbre*[146].

---

[143] M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, cit., p. 34, n. 1.

[144] M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11ª ed., Paris, Sirey, 1927, p. 3 s. e 35 ss.

[145] H. Chardon, *Le pouvoir administratif*, Paris, Perrin, 1911, p. 8 s.

[146] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Boccard, 2ª ed. 1921-1925 y 3ª ed. 1927-1928, I, p. 488; según W. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevems, 1944, p. 160 s., Duguit se adhirió al punto de vista de Dicey sobre el Derecho Administrativo, en el sentido de la desconfianza en la arbitrariedad del poder escondida bajo el estatuto especial del Derecho Público.

2. LOS DOS TIPOS IDEALES: CÓMO Y POR QUÉ SE FORMAN

Hauriou, por lo tanto, habiendo leído mal a Dicey[147], resume la esencia del Derecho Administrativo francés en la fórmula del *régime administratif*. Si hasta Hauriou existen un *régime des cultes*, un *régime des eaux*, un *régime forestier*, de Hauriou en adelante existirá un *régime administratif*, más general, que resume las características especiales del Derecho Administrativo.

Llegado a este punto es oportuno detenerse en la formación ideal de los dos tipos, el de una Administración regida por un Derecho especial, el Derecho Administrativo, y el de una Administración que opera según el Derecho Común u ordinario, tipos que se consolidan en la contraposición.

La contraposición que nace del conflicto Dicey-Hauriou es falsa por diversos motivos. En *primer* lugar, porque identifica el Derecho Administrativo con el Derecho Público y el Derecho Común con el Privado. Si la primera identificación es parcialmente falsa, la segunda lo es completamente. En efecto, aquello que se define como *common law* es un Derecho que comprende muchas normas de Derecho Público[148].

En *segundo* lugar, la contraposición es falsa porque está fundada sobre el doble error de Dicey, el de infravalorar el «corpus» de Derecho Administrativo ya existente en la Inglaterra de esa época, y el de sobrevalorar las peculiaridades del Derecho francés (en particular, la garantía de los funcionarios y la ausencia de un juez de la Administración), que ya habían sido superadas o estaban por serlo.

Finalmente, la contraposición es falsa porque está fundada sobre el error, cometido por Hauriou, de entender las afirmaciones de Dicey sin beneficio de inventario y de contraponerles los méritos del *droit administratif*, con ventaja, también por motivos nacionalistas.

Con todo, el análisis desarrollado hasta ahora permite comprender la razón histórica por la cual estos errores pudieron formarse y consolidarse. Veamos el recorrido realizado.

En el origen, encontramos las «dos vías del Estado moderno en Occidente», es decir el camino paralelo de Inglaterra y Francia. El paralelismo, sin embargo, no significa equivalencia. Las diferencias principales están en la incruenta *glorious revolution* de 1688, seguida un siglo más tarde por la Revolución en Francia. La primera consolida el Parlamento, la segunda tiene un éxito distinto, consolida el poder ejecutivo.

Desde la primera mitad del siglo XIX, terminado el primer Imperio, descontentos por el rumbo tomado por la historia en su país, los intelectuales

---

[147] J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, cit., p. 150.

[148] Es una observación hecha por M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 193, 196 y 201 y por F. H. Lawson, *Dicey revisited II*, en *Pol. St.*, VII, 1959, p. 207 ss.

franceses ponen como ejemplo las instituciones inglesas más tolerantes, de las cuales les impresionan algunos rasgos: el *self-government* y, por ende, la ausencia de órganos ejecutivos centrales; la responsabilidad personal de los funcionarios ante los jueces; el desarrollo de funciones administrativas en el proceso. Como sucede cuando se realiza la comparación por motivos prácticos, con fines de propuesta, los intelectuales-políticos liberales franceses no consideran otros aspectos del ordenamiento inglés, como el desarrollo de organismos centrales *executant*; la inmunidad de la Corona y los defectos que de ésta descienden para el resarcimiento de daños a los ciudadanos; la dificultad de bloquear, en Inglaterra, la acción administrativa con la anulación; la imperfección del sistema de los *justices of peace*. Adicionalmente, las críticas de los intelectuales al edificio construido por la Revolución y por Napoleón sobre los restos del Antiguo Régimen son, en gran medida, el reflejo de críticas de los liberales ingleses (y americanos) al carácter autoritario o incluso despótico del ordenamiento francés (tan cierto que, en lugar de cesarismo, se habla ya de bonapartismo).

Otro estudioso-político, esta vez del otro lado del Canal de la Mancha, atento en particular a la obra de Tocqueville, descontextualiza su pensamiento, aislando la contribución crítica y señalando, como caracteres del ordenamiento inglés, aquéllos evocados por Tocqueville y los liberales franceses para después contraponer el modelo inglés al francés.

De esa manera, Dicey comete tres errores. En *primer* lugar, convierte en elementos característicos del ordenamiento inglés aquéllos indicados por los liberales franceses, con fines de polémica, soslayando o descuidando otros elementos, como la gran masa de leyes administrativas, las nuevas competencias del Estado central, el desarrollo de poderes locales, la insuficiencia de los tribunales ordinarios en la función de controlar la Administración Pública, etc. El Derecho de la Administración inglesa será construido, por tanto, sobre bases limitadas, elegidas sin criterio científico, observando lo que ojos ajenos ya habían detectado, pero con fines distintos.

En *segundo* lugar, Dicey considera aún existentes las instituciones que habían sido objeto de críticas y propuestas por parte de los liberales franceses y que, precisamente gracias a la acción de estos últimos, habían cambiado o lo estaban haciendo. Por lo tanto, el análisis de Dicey está escasamente actualizado[149].

Por otro lado, las opiniones de Dicey se situaban en una relación de continuidad con la tradición inglesa (que se remonta a Coke y a Blackstone), por

[149] Nótese que posteriormente él será advertido de ello y, en ediciones sucesivas de su obra y en otros escritos, llegará a reconocer que el Derecho Administrativo francés no es el receptáculo de todos los arbitrios que había descrito con anterioridad.

lo que la *common law* constituía la protección de la libertad contra el poder discrecional de la Corona[150].

En *tercer* lugar, como los juristas de su generación en general, Dicey da escaso relieve a las leyes adoptadas por el Parlamento, que no eran el objeto principal de su estudio.

La desatención por las leyes adoptadas por el Parlamento es señalado en el siglo XX por dos juristas-empleados públicos. El primero, Courtenay Ilbert, observa que las leyes estaban «outside the ordinary Reading and practice of the barrister»[151]. Sir Cecil Thomas Carr señala, a su vez, que «The new laws were not lawyer's laws; lawyers did not study them»[152].

En consecuencia, Dicey termina por presentar una segunda distorsión de la realidad inglesa de su tiempo, ignorando que la mayoría parlamentaria estaba controlada por el poder ejecutivo, que el Parlamento ya había conferido amplios poderes a esa rama del poder (llamada *delegated legislation*) y que ya se habían desarrollado ampliamente los denominados *administrative tribunals* (es decir, una forma de justicia en la Administración, que constituía un subrogado parcial de la justicia sobre la Administración); confundiendo *prerogative* y poder discrecional; no considerando que, para proponer una acción de responsabilidad personal contra un empleado público, el ciudadano habría tenido que identificarlo antes (ejercicio no siempre fácil); olvidando en fin que a los empleados públicos no les era ofrecida tutela alguna, y que podían ser separados por el Gobierno *at its pleasure*.

Finalmente, así como Tocqueville fue descontextualizado por Dicey, que no entendió el enfoque crítico y propositivo de sus análisis e ignoró su apreciación del Derecho Administrativo, Dicey no fue recibido críticamente en el continente (en parte por el hecho de que su obra fue traducida de la primera edición y no de las sucesivas, en las que lentamente atenuó sus posiciones). En particular, Hauriou enfatizó las diferencias, contribuyendo de esa manera a la formación de los dos tipos ideales.

Tres aspectos de este acontecimiento resultan importantes. El *primero* es la continua presencia de los modelos extranjeros en los ordenamientos nacionales. Se puede decir que cada uno de éstos conforma un conjunto con su respectivo *alter ego*, para compararse, señalar analogías, subrayar diferencias.

Este es un fenómeno difuso, que no concierne sólo al Derecho Administrativo sino a todas las instituciones, incluso a las constitucionales y a la cultura política y social en Europa. Además, depende de la frecuencia de los contactos entre las distintas naciones, que se observan recíprocamente, comparándose.

---

[150] Debo esta observación a J. Bell.

[151] C. Ilbert, *Legislative Methods and Forms*, Oxford, Oxford University Press, 1901, p. 210.

[152] C. T. Carr, *Concerning English Administrative Law*, New York, Columbia University Press, 1941, p. 21.

El distinto grado de desarrollo de los ordenamientos influye en la manera en que este fenómeno produce efectos, porque aquéllos más avanzados tienen una fuerza de arrastre, siendo tomados como ejemplo, a veces de manera indirecta.

Este fenómeno suele desconocerse a causa del positivismo normativista prevalente en la ciencia jurídica.

El *segundo* es la formación, que se deduce, de modelos conceptuales desarrollados sobre una base comparativa, tanto por analogía como por contraste.

El *tercero* es la formulación, a la cual se llega, de modelos relativamente vacíos de contenido empírico, en el sentido de que son construcciones «extrañas a la realidad» o «tipos ideales», en el significado atribuido a este término de Max Weber[153].

En el análisis principal de la formación de los dos tipos, D'Alberti observa que «las profundas diferencias entre los dos sistemas se derivan fundamentalmente de las diferencias del poder que se afirma históricamente en esos ordenamientos»[154].

3. EL MODELO INGLÉS SE TRANSFORMA

Justamente mientras en Francia y en otros países de Europa continental se estaban subrayando las diferencias entre el modelo francés y el inglés, el primero caracterizado por el *régime administratif*, el segundo por la *rule of law* (una contraposición que –como se señaló– no encontraba del todo su razón de ser en las instituciones positivas sino en una actitud mental distinta de los juristas y la cultura, en general, de los dos lados del Canal de la Mancha), por un lado, el modelo positivo inglés sufre nuevos desarrollos, multiplicándose las leyes y organizaciones administrativas, y, por otro, la cultura jurídica inglesa empieza a interesarse por Francia, reconociendo que el *droit administratif* no está tan lejano, como se creía, del ordenamiento inglés, y que representa sólo un estadio evolutivo superior, que estaba siendo imitado en Inglaterra.

El *primer* signo de cambio está en el nuevo desarrollo de la legislación administrativa, bajo el impulso del llamado *collectivism*: recuérdense, por ejemplo, el *Education Act* (1902), los *old age pension acts* (1908 y 1911), los *national insurance acts* (1911 y 1913); más tarde, el *public housing act* y el *housing act* (1936) y el *food and drugs act* (1938). Leyes sobre el desempleo, sobre la seguridad social, sobre la salud pública, sobre las pensiones de vejez, sobre los arrendamientos, etc., además de muchas normas secundarias en éstas y otras materias sociales conexas, son el fruto de la influencia del socialismo en el Derecho Adminis-

[153] El tipo ideal es un género o concepto abstracto que opera resumiendo eventos específicos como casos o instancias propios, o acumulando eventos diversos sobre la base de una propiedad común.

[154] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 14.

trativo. De este modo, sobre los dos componentes originarios, el autoritaria y el liberal, se ensambla un tercer componente, aquél que puede definirse en sentido amplio como socialista.

Entre las primeras y las últimas leyes citadas se sucedieron la Primera Guerra Mundial y la gran crisis económica, que producen una aceleración de la tendencia expansiva del Estado que empezó entre el final del siglo XIX y el comienzo del siglo XX, señalada también en Francia por los autores que escriben en los años veinte y que siguen los pasos de la oposición entre *individualisme* y *socialisme*.[155]

El *segundo* signo del cambio está en el crecimiento de los poderes del ejecutivo. Al controlar la mayoría parlamentaria, éste legisla, y a través de las leyes obtiene poderes ulteriores, esta vez normativos secundarios (definidos como *delegated legislation*). Muchas leyes, como el *trade boards act* de 1918, el *unemployment insurance act* de 1920, el *London traffic act* de 1924, el *road transport lighting act* de 1927, confieren poderes a la Administración Pública, ampliando los poderes ministeriales, que aparecen como algo nuevo; tan es así que en 1932 es nombrado un *Committee on Ministers' Powers* (Donoughmore), que es objeto de muchas discusiones.

El *tercer* cambio es organizativo y se refiere tanto a la Administración central como a la local, así como a las relaciones entre ambas. En la primera, se señalaban nuevos ministerios establecidos mediante ley, especialmente durante la Primera Guerra Mundial; el papel dominante adquirido en los años veinte por el *Treasury*; el denominado *government by commission*, es decir la constitución de órganos públicos con poderes muy amplios, bajo control ministerial, a partir de 1919 y mediante ley. Para la Administración local se señalan los *local government acts*, de 1929 y de 1933, que contienen un auténtico código de las autonomías locales, definidas como un *legislative landmark*[156]. Si estas leyes acompañan y favorecen, por un lado, el socialismo municipal, por el otro contribuyen a la progresiva centralización del sistema administrativo.

El *cuarto* cambio tiene que ver con el *civil service*, antes sometido al arbitrio del poder gubernativo, por el cual se afirma un *customary administrative law*[157], que define mejor los principios relativos a la *political neutrality* de los *civil servants*. De este Derecho forma parte el reglamento de 1927 *Servants of the Crown (Parliamentary candidature) Order*, según el cual un *civil servant* no puede presentarse como candidato sin antes renunciar al cargo.

---

[155] Por ejemplo, H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, II ed., Paris, Rousseau, 1926, p. 7-8 y R. Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 1926, p. 15 ss.

[156] W. A. Robson, *Administrative Law in England*, 1919-1948, en Br*itish Government since 1918*, London, Allen and Unwin, 1950, p. 85 ss., aquí p. 93.

[157] W. A. Robson, *Administrative Law in England*, cit., p. 97.

El *último* cambio se refiere al desarrollo de órganos administrativos que operan según procedimientos cuasi-jurisdiccionales. Se asiste a un crecimiento desordenado de órganos de este tipo, que encuentran terreno fértil en un ordenamiento que nunca ha establecido una distinción neta entre funciones judiciales y funciones administrativas y donde no se ha desarrollado una auténtica justicia administrativa. Este crecimiento es la causa de numerosas dificultades en la traducción de los términos a los órdenes conceptuales de los países de tradición francesa. Por ejemplo, los órganos de los que se habla son llamados *tribunals*, pero no son en estricto sentido tribunales judiciales; son órganos de *administrative justice*, pero no están encargados en sentido estricto de un función judicial administrativa, a la cual Inglaterra se refiere con la expresión diversa de *judicial review of administration*.

No obstante, estos cambios resaltan el desarrollo insuficiente de algunas partes del Derecho Administrativo inglés y, en particular, de tres de ellas. Cuanto más crecen los poderes del ejecutivo central (antes *non executant*), menos aceptable resulta la inmunidad del Estado. Por ende, se lamenta que el patrimonio de un empleado público no sirve de garantía a terceros, como sucede con los recursos de un organismo público, por ejemplo el Post Office, y se afirma que «the British Crown covers a multitude of sins»[158].

El crecimiento y evolución de los poderes del ejecutivo y de su articulación permite señalar, en segundo lugar y con mayor fuerza, el límite del ordenamiento inglés, por el cual muchos actos del ejecutivo se sustraen al control jurisdiccional.

En tercer lugar, resulta aún mayor la debilidad del sistema de justicia administrativa. Éste está fundado –como se señaló– sobre los *writs*, originalmente aplicados respecto de tribunales inferiores y después ampliados a las autoridades administrativas (al comienzo sólo respecto de sus actividades casi jurisdiccionales). El sistema de justicia administrativa inglés, sin embargo, no es tan sólo el fruto débil de una adaptación; también es lento, tiene procedimientos arcaicos y onerosos, ofrece una tutela imperfecta, dirigida principalmente hacia los actos *ultra vires*.

4. EL «DESCUBRIMIENTO» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INGLÉS Y EL RECONOCIMIENTO DEL *DROIT ADMINISTRATIF*

El segundo cambio que se produce en Inglaterra, en la primera parte del siglo XX, no se refiere al Derecho positivo sino a la cultura jurídica, y se debe principalmente a los escritos del segundo, tercer y cuarto decenio del siglo de

[158] Ambas observaciones son de H. Laski, *The responsability of the State in England*, en Id., *The foundations of sovereignity and other essays*, London, Allen and Unwin, 1921, p. 110 y p. 103.

Harold J. Laski (1893-1950), William A. Robson (1895-1980), Ivor Jennings (1903-1965). Estos estudiosos, profesores todos ellos, durante un cierto período de la *London School of Economics and Political Science*, «descubren» el Derecho Administrativo inglés, revelando que lo de la igualdad entre Administración Pública y particular es un mito, porque el Estado puede imponer un tributo, expropiar, ordenar, exigir un comportamiento, condenar al pago de una sanción administrativa, etc., actividades éstas todas que el particular no puede ejecutar de modo unilateral; señalan el desarrollo de *administrative tribunals* y de la *administrative justice*[159]; muestran la superioridad del Derecho Administrativo francés, que reconoce la responsabilidad del Estado, sobre el inglés, para el cual la Corona es irresponsable; someten a discusión la interpretación de Dicey del Derecho de su tiempo, señalando que Dicey consideraba únicamente el Derecho Común y la responsabilidad personal de los empleados públicos y enfatizaba la existencia de jueces especiales en Francia, cuya presencia no es relevante. Adicionalmente, un alumno de Laski, Frederik J. Port, escribe en 1929 (un siglo después, por lo tanto, de los primeros tratados generales franceses sobre Derecho Administrativo), el primer texto sobre *Administrative Law*[160].

Ese cambio de perspectiva se produce en el ámbito de la *London School of Economics and Political Science*, fundada en 1895 por Sidney y Beatrice Webb y fuertemente influenciada por la matriz fabiana. Entre los años 1919 y 1937 el director de la escuela es William Beveridge y además de Laski, Robson y Jennings, enseñan el historiador Richard Henry Tawney, el economista Lionel Robbins y el antropólogo Bronislaw Malinowski. En las dos décadas de dirección de Beveridge, la Escuela de Londres atraviesa un período de cambio y expansión: madura una nueva orientación en el estudio de las ciencias sociales, que busca abarcar todos los ramos de tales ciencias; el Derecho es incluido dentro del contexto de las ciencias sociales. Se puede pensar, por ende, que el «descubrimiento» del Derecho Administrativo se debe a la doble influencia, la política del socialismo fabiano y la metodológica de la reconducción del Derecho al ámbito de las ciencias sociales.

Para comprender el alcance del cambio de perspectiva, puede ser útil leer la correspondencia entre Laski y Holmes entre 1917 y 1930. Laski escribe a Holmes el 13 de julio, refiriéndose al Derecho Administrativo: «[…] I am absolutely amazed by Dicey's muddleheadedness about it. The rule-making rights of a French prefect are full of fascinating opportunities, and it's very striking to notice how in this crisis the administration here [en los Estados Unidos] and in

---

[159] En particular, W. A. Robson, *Justice and Administrative Law. A study of the British Constitution*, London, Stevems, I ed. 1928, III ed. 1951, dedicado al *justice in the courts*, pero principalmente a los *administrative tribunals*.

[160] London, Longmans Green, 1929. Sobre el progresivo reconocimiento del Derecho Administrativo en Inglaterra, S. Flogaitis, *Administrative law*, cit., p. 59 ss.

England have virtually adopted its principles». El 28 de noviembre del mismo año vuelve sobre el tema y escribe: «I'm convinced that the french system of administrative law is to-day infinitely superior in its results so far as the liberty of the subject goes tan Dicey's rule of law, which is to-day so theoretical and so bese ton all hands by exceptions as to be hardly applicable at all». Un año más tarde, el 2 de febrero de 1930, Laski escribe a Holmes también sobre Hauriou y sobre su oposición a Dicey: «I also read a very interesting treatise on french constitutional law by Hauriou. Curious is the complete mental difference from Dicey. You would not think they were discussing the same fonds at all. And his own comment show that he himself, having read Dicey, was completely bewildered by 'l'empiricisme anglais'. He can't understand a constitution which lays down no general principles and is not, so to say, out there to be philosophised about. He want metaphysics and can't find them in Dicey and is clearly genuinely upset. But he certainly made some very shrewd points against Dicey's view of droit administratif, and, I think altogether destroyed the old man's complacency about our rule of law»[161].

En correspondencia con el insuficiente desarrollo científico, los tratados principales de Derecho Administrativo inglés de estos primeros años del siglo presentan numerosos límites: el Derecho Administrativo aún se confunde con el Derecho Constitucional; dos temas tienen un puesto dominante, el de la *delegated legislation* (los poderes normativos del ejecutivo central) y el de la *administrative justice* (función judicial de la Administración); faltan principios generales, ya que la función ordenadora de los tribunales y de la ciencia jurídica está todavía en un estado elemental de desarrollo; la esfera del Derecho Administrativo es, por ende, muy restringida.

En los primeros cuarenta años del siglo, un número conspicuo de escritos ingleses, americanos y franceses llama la atención sobre los inconvenientes de la inmunidad de la Corona[162], sobre los límites de la *rule of law*[163], sobre el aumento de los poderes de la Administración central[164] y sobre los límites del

---

[161] *Holmes-Laski letters. The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, ed. by M. D. Wolfe Howe, 2 vol., Oxford, Oxford University Press, 1953, p. 93, p. 113 y p. 1223; nótese que las cartas de Laski están llenas de expresiones de admiración hacia Dicey: p. 173, 307, 421, 422, 429, 553, 621, 674, 707, 771.

[162] E. M. Parker, *State and official liability*, en *Harv. Law Rev.*, 19, 1905-1906, p. 335 ss., A. L. Lowell, *The Government of England*, II, London, Macmillan, 1924, p. 489 ss., y G. E. Robinson, *Public authorities and legal liability*, with an introductory chapter «on remedies against the Crown» of J. H. Morgan, London, University of London Press, 1925.

[163] J. W. Garner, *La conception anglo-amèricaine du droit administratif*, en *Mélanges M. Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 337 ss., que critica también el principio de inmunidad de la Corona y H. J. Laski, *Le règne de la loi en Angleterre*, en *Annuaire de l'Institut international de droit public*, Paris, 1930, p. 711 ss.

[164] W. A. Robson, *The report of the commitee on ministers' powers*, en *Pol. Q.*, III, 1932, p. 346 ss., y J. Jennings, *The Report on Ministers' Powers*, en *Publ. Adm.*, X, 1932, p. 333 ss.

poder judicial respecto de la Administración[165]. Se enfrentan de este modo a las conocidas tesis de Dicey, poniendo en tela de juicio con frecuencia los errores de interpretación del Derecho Administrativo inglés y la valoración tan positiva de la bondad de ese sistema que de aquéllas deriva.

5. THE IMMENSE GROWTH IN THE VOLUME AND SCOPE OF ADMINISTRATIVE LAW (DE LA GRAN CRISIS A LA SEGUNDA POSGUERRA)

El Derecho Administrativo llega a su madurez en los primeros años del siglo XX. Ello ocurre en parte por el ulterior desarrollo de las instituciones administrativas, pero principalmente por la profundización y ampliación del análisis realizado por los juristas.

Son muy importantes, en este período histórico, la legislación administrativa, especialmente en materia fiscal y financiera, dirigida a afrontar la crisis económica, la legislación de guerra, dictada por las exigencias de defensa, la que, en la posguerra, extiende y prorroga los poderes excepcionales de la Administración, la de nacionalización, que da lugar a la institución de *public corporations*, la que extiende el control público de la agricultura, regula la planificación urbana, la seguridad y los servicios sociales, la que, finalmente, abole la inmunidad de la Corona (*Crown Proceedings Act* de 1947). En 1959, al analizar este período, Robson señala «the immense growth in the volumen and scope of administrative law»[166].

Esta vez serán dos italianos, Giuseppino Treves y Manlio Mazzioti[167], quienes comenten el crecimiento de los poderes administrativos, gracias a la legislación y a la llamada *delegated legislation*, la insuficiencia de la responsabilidad de los funcionarios y los límites de la justicia administrativa, y valoren críticamente las teorías de Dicey.

Para comprender la frecuencia y la importancia de los cambios, considérese el interés de un jurista norteamericano que examina el *droit administratif*

---

[165] P. Develle, *Décadence du pouvoir judiciaire et suprématie de l'administration en Angleterre*, en *Rev. pol. parl.*, 1933, p. 306 ss.; J. Jennings, *Courts and administrative law – the experience of english housing legislation*, en *Harv. Law Rev.*, 1935-1936, p. 426 ss., y J. W. Garner, *La justice administrative en France et aux États-Unis*, en *Cahièrs de politique étrangère*, Paris, 1938, n. 32.

[166] W. A. Robson, *Administrative Law*, en, *Law and opinion in England in the 20th Century*, bajo la dirección de M. Ginsberg, London, Stevems, 1959, p. 193 ss., aquí p. 202. Fundamentalmente el estudio del americano B. Schwartz, *Law and the Executive in Britain, a comparative study*, New York, New York University Press, 1949, el cual saca a relucir *the disappearance of law* y estudia *delegated legislation*, *administrative justice* y *judicial review*.

[167] G. Treves, *Lo sviluppo del diritto amministrativo inglese*, en *Rass. dir. pubbl.*, 1946, 1, p. 177 (después en G. Treves, *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1982); M. Mazziotti, *Libertà e socialismo nell'attuale diritto pubblico inglese*, en *Rass. dir. pubbl.*, 1950, fasc. III-IV, p. 1 ss.

desde el punto de vista de la *common law*[168], llegando a la conclusión de que en la *common law*, como en el *droit administratif* el Derecho tiene una formación judicial, con la sola diferencia (debida a la diversa concepción de la división de poderes) de que en Francia existen tribunales *ad hoc*, que corresponden, sin embargo, a los tribunales de *equity* de la *common law*.

A pesar de estos desarrollos, siguen siendo numerosos los pronunciamientos administrativos sustraídos por la ley al control jurisdiccional y permanecen los límites (derivados por demás de la timidez de los jueces o de sus temores de interferir en la actividad administrativa) de tal control sobre la Administración, que se refiere principalmente a la competencia (*ultra vires*) y con respeto al procedimiento.

Por el contrario, es un gran paso adelante, realizado por la ciencia jurídica, el abandono, mediante la crítica, de la concepción restrictiva del Derecho Administrativo y el nuevo interés, no sólo por la *delegated legislation*, los *tribunals* o el *judicial control*, sino también por la organización de la Administración y sus poderes, las relaciones centro-periferia y los poderes de los ministros para dirigir y controlar los entes locales, la organización de las *public corporations* y sus relaciones con el Gobierno, los deberes y la responsabilidad de los empleados[169].

V. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

1. LOS DIVERSOS COMPONENTES

Después de haber examinado el devenir histórico, institucional e ideológico del Derecho Administrativo, se llega a la situación actual. Sin embargo, antes de analizarla, tanto en Francia como en Reino Unido, definimos su objeto.

Según la *vulgata*, las instituciones administrativas positivas de un Estado son las leyes administrativas, la organización y la función pública, la regulación de la actividad y del procedimiento administrativo, los contratos, la responsabilidad, la organización de la justicia administrativa.

No obstante, delimitado de esa manera el Derecho Administrativo se constituye únicamente por el producto de las normas: en esa medida, es el Derecho Administrativo definido según los criterios del positivismo normativista, fundado sobre el concepto de monopolio estatal del Derecho.

---

[168] B. Schwartz, *A common Lawyer Looks at the Droit Administratif*, en *Can. Bar Rev.*, 29, 1951, n. 2, p. 121 ss.

[169] W. A. Robson, *Administrative law*, cit., p. 200 s.

En la vida concreta de las instituciones, el Derecho Administrativo se compone también de otros elementos, como la jurisprudencia, la elaboración científica (ambas cumplen una importante función normativa y ordenadora), las convenciones constitucionales, los usos y las prácticas administrativas, el modo en el cual se consideran y estudian las instituciones mismas[170]. En efecto, el Derecho Administrativo no es tan sólo el producto de reglas y mecanismos determinados por las normas, como ha querido hacer creer la tradición aún imperante del positivismo normativista, sino también el fruto del juego de exigencias prácticas dictadas por las condiciones de vida, las ideologías y sus relaciones mutables con la forma de entenderlas, también en relación con otros ordenamientos, filtrados a través de la cultura y las ideologías propias de cada país.

El análisis que sigue, por lo tanto, considera tanto las principales instituciones singulares como las nociones que componen la estructura del ordenamiento jurídico y sus relaciones. Si el análisis se culmina con las primeras, se extravía en particularidades. Por el contrario, si la concentración se focaliza en las segundas se obtiene una comprensión del conjunto, soslayando los elementos característicos de las instituciones particulares.

Con las advertencias recién expuestas, se examina el Derecho Administrativo francés actual para luego pasar al inglés.

2. *LES BUREAUX GOUVERNENT*: INJERTO CONSTITUCIONAL Y CONTEXTO POLÍTICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS

El primer componente característico del Derecho Administrativo francés está constituido por su injerto constitucional y por su contexto político.

Según el Artículo 20, que forma parte del Título III (*Le governement*) de la Constitución de 1958, el Gobierno «dispose de l'administration». Ello quiere decir que la Administración conforma una unidad junto con el ejecutivo. Por lo tanto, la Administración francesa dispone de un anclaje constitucional en el ejecutivo que, como es típico de un ordenamiento de tradición *étatiste*[171], es un ejecutivo fuerte a pesar de ser dualista (porque confiere autoridad tanto al Presidente de la República como al Primer ministro[172]).

---

[170] R. Sacco, *Introduzione*, cit., p. 43 ss., y U. Mattei y P. G. Monateri, *Introduzione breve*, cit., p. 119, hablan de «formanti», para indicar reglas legales, proposiciones doctrinales, reglas jurisprudenciales, etc., es decir los diversos componentes de los sistemas jurídicos.

[171] S. Cassese, *Lo Stato introvabile*, Roma, Donzelli, 1998, p. 21.

[172] J. H. Rohr, *French constitutionalism and the administrative State. A comparative textual study*, en *Adm. soc.*, 24, 1992, p. 224 ss.

Con todo, cabe preguntarse cómo funciona el anclaje de la Administración en el ejecutivo. En la Francia moderna se sucedieron tres modelos. El primero es el del siglo XIX, cuando dominaba el *deputé-fonctionnaire*: bajo Louis-Philippe el 62% de los miembros del Parlamento eran empleados públicos. Ello significa que el Gobierno debía su supervivencia al modo en que lograba gobernar la carrera de sus empleados[173]. El segundo modelo es el de la tercera y, principalmente, de la cuarta República, en la cual gobernaba la alta Administración y ello constituía un paliativo de la inestabilidad política de los Gobiernos[174]. El tercer modelo es el hoy dominante, continuamente sometido a discusión pero sólidamente anclado en la realidad política y administrativa, de la compenetración de las *élites* política y administrativa[175].

En la Francia de la Quinta República casi la mitad de los ministros y la mitad de los parlamentarios proviene de la alta función pública[176]. A su vez, ésta última no proviene, por antigüedad, de las distintas estructuras ministeriales como sucede en otros ordenamientos, con el efecto de ser *cloisonné*, envejecida, burocratizada. Por el contrario, la función pública francesa constituye una superestructura administrativa de *highflyers*, elegidos según el criterio del mérito para ocupar los cargos más altos de la Administración, relativamente jóvenes, generalistas.

Esta estructura tiene dos consecuencias, una para la Administración y otra para la política. En la Administración, pone fin a la diversa feudalidad de la función pública mediante el reclutamiento interministerial de un grupo de altos funcionarios formados según los mismos principios y una configuración unitaria e interdependiente[177]. En la política, esa organización introduce un tipo de personal adiestrado, bien seleccionado, relativamente homogéneo, capaz de gestionar el Estado[178]. Así, las escuelas de formación y selección del personal público, y principalmente *l'École nationale d'administration* es «non plus une école d'administration, mais l'école du pouvoir sous toutes ses formes»[179].

---

[173] Los discursos parlamentarios más importantes de Tocqueville están, de hecho, dedicados a esta monstruosa unión.

[174] D. Chagnollaud, *La haute administration au pouvoir? Les «grands commis» de la IV République*, en *Pouvoirs*, n. 76, 1996, p. 107 ss.

[175] J. Chevallier, *L'élite politico-administrative: une interpénétration discutée*, en *Puvoirs*, n. 80, 1997, p. 89 ss.; véase también a V. Wright, D*émocratiser l'élite administrative française*, *regard d'un britannique*, *ibidem*, p. 101 ss.

[176] Y. Meny, Po*litique comparée. Les démocraties: Allegmagne*, *États-Unis*, *France*, *Grande-Bretagne*, *Italie*, 6ª ed., Paris, Montchrestien, 2001 (existe una traducción italiana de la edición precedente del volumen, *Istituzioni e politica. Le democrazie: Germania*, *Stati Uniti*, *Francia*, *Gran Bretagna*, *Italia*, 2ª ed., Rimini, Maggioli, 1995).

[177] A. Claisse et M. C. Meininger, *Fonctions publiques*, cit., p. 77.

[178] Y. Meny, *Politique comparée*, cit.

[179] D. Chagnollaud, *La haute administration au pouvoir?*, cit., p. 115.

En conclusión, hay unidad en el reclutamiento, ósmosis entre política y Administración, unidad fuerte y cohesión del poder ejecutivo (Gobierno y Administración) dominado por una superestructura común: «les bureaux gouvernent»[180].

3. *LE CULTE DE LA LOI:* EL LUGAR DEL COMPONENTE JURÍDICO EN LA ADMINISTRACIÓN

En la Administración Pública francesa el componente jurídico es muy fuerte. La formación jurídica había llegado a ser predominante ya en el siglo XVIII entre la *noblesse de robe*, a pesar de la decadencia de la enseñanza de Derecho de la época. En el curso del siglo XIX, los graduados en Derecho gozan de preferencia en el acceso a la Administración Pública, a pesar de que el Derecho sea sólo una de las vías de acceso que conducen a la *élite* administrativa, siendo la otra la formación técnica, a través de escuelas específicas, entre las que se destacan la *École Politechnique* y la *École des mines*[181]. La cultura administrativa también se desarrolla –como se señaló– sobre la esfera del Derecho, por lo cual todo problema administrativo se expresa en términos jurídicos: «ce système administratif est fondamentalement l'ouvre de juristes»[182].

Este dominio del Derecho en el campo de la Administración se explica de tres modos. El *primero* es el típico de las escuelas jurídicas predominantes en los siglos XIX y XX, de impronta positivista, y consiste en el *culte de la loi*[183]. El *segundo* tiene un singular contraste con el primero, y consiste en el *pouvoir creatur de la jurisprudence*[184] que conduce a la formation *d'un droit prétorien*[185].

La contradicción entre reconocimiento exclusivo del Derecho producido por el legislador y la deferencia hacia el Derecho producido por el juez es típica del positivismo normativista que se desarrolló en el siglo XIX, como subproducto de los diversos nacionalismos y de la oclusión de los ordenamientos nacionales, hasta entonces relativamente abiertos entre sí. Pero esta contradicción adquiere entre los juristas y empleados públicos franceses un significado particular, porque la obra ordenadora y normativa de la jurisprudencia del *Conseil*

---

[180] R. de Jouvenel, *La République des camarades*, Paris, Grasset, 1914; véase también P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 506, y S. Cassese, «*Une des formes de l'Etat nouveau du monde*». *Reflexions sur le droit administratif français*, en *AJDA*, numéro spécial du cinquantenaire, 20 juin 1995, p. 170-171.

[181] J. A. Armstrong, *The European Administrative Elite*, Princeton, Princeton University Press, 1973, p. 170.

[182] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 455.

[183] P. Legendre, *op. cit.*, p. 458.

[184] Es una expresión de Maurice Hauriou, citada por P. Legendre, *op. cit.*, p. 464.

[185] P. Legendre, *op. cit.*, p. 463.

d'Etat es aquí enorme, y por lo tanto el Derecho Administrativo se presenta como un conjunto de normas positivas dictadas por el legislador, pero encuadradas, clasificadas, ordenadas, interpretadas por el juez, que cumple un papel mucho más alto que la mecánica *bouche de la loi*.

El *tercer* modo en que se explica el dominio del Derecho se deriva de los dos primeros, y se refiere al campo regulado por el Derecho Administrativo, que es vastísimo, abarcando la organización y la actividad administrativas, los sectores regulados (bienes públicos, expropiación, urbanismo, etc.), la justicia administrativa.

El campo de aplicación del Derecho Administrativo resulta de la combinación de dos nociones muy vastas, la de persona jurídica pública y la de *service public*. La primera ofrece un criterio orgánico e indica las instituciones sometidas al Derecho Administrativo. La segunda proporciona un elemento material o funcional y señala la parte de la actividad de las personas públicas que está regida por el Derecho Administrativo en la medida en que tiene que ver con la realización de un *service public*[186].

4. *LA RÈGLE DE DROIT*

La *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 disponía en el Artículo 15: «la societé a le droit de demander compte à tout agent public de son administration». La «déclaration des droits de l'homme et du citoyen» que precede la Constitución del 24 de junio de 1793 establecía: «ceux qui sollecciteraint, éxpédieraient, signeraient, exécuteraient ou feraient exécuter des actes arbitraires sont coupables et doivent être punis». El principio del sometimiento de la Administración al Derecho, por lo tanto, no se afirma con las primeras declaraciones constitucionales revolucionarias, ni está garantizado por las sucesivas constituciones de los siglos XIX y XX.

Por el contrario, es el fruto de tres factores: la lenta afirmación del sometimiento de la Administración al juez administrativo; la progresiva ampliación de la representación parlamentaria; la expansión del componente jurídico de la Administración. La tutela judicial usa el principio de legalidad como instrumento para afirmar su propio papel de tutor de los ciudadanos. Los parlamentos, con la ampliación del sufragio, son investidos con el poder de tener bajo control las prerrogativas del poder ejecutivo mediante las leyes. Finalmente, el casi monopolio de los juristas (ya se trató su papel dominante, aunque no exclusivo, en la Administración) convierte el Derecho en el lenguaje de la Administración, y la trama en la que se entretejen sus nociones.

---

[186] G. Braibant y B. Stirn, *Le droit administratif français*, 5ª ed., Paris, Sciences Po-Dalloz, 1999, p. 41.

Según su formulación actual, el sometimiento de la Administración al Derecho implica la prohibición de adoptar medidas contrarias a la ley y la obligación de ejecutarla, y por lo tanto de tomar las medidas necesarias para su ejecución[187]. El principio de legalidad entraña tanto la legalidad interna (la limitación de los poderes de la Administración), como la externa, que tiene que ver con la reglamentación de los procedimientos administrativos (consultas, argumentos, contradicción, etc.)[188]. No obstante, esta formulación da un alcance restringido al principio de legalidad, porque lo circunscribe a la ley, según la tradición intelectual del positivismo normativista, mientras que, de hecho, el sometimiento de la Administración al Derecho implica también el respeto de los principios fijados por la jurisprudencia y por las convenciones constitucionales y administrativas.

Recientemente el principio ha sido objeto de una ampliación, en correspondencia con el ensanchamiento de las normas que regulan la Administración. De esa forma se reconoce que la Administración está sometida a los principios generales del Derecho, al Derecho Constitucional, al Derecho Comunitario, al Derecho Internacional y a las normas que emanan de la Administración misma, que puede modificar sus propios actos únicamente en tanto respete ciertos requisitos formales.

El aspecto más reciente y discutido está constituido por el reconocimiento del Derecho comunitario como fuente de Derecho superior a la ley nacional, aun cuando ésta sea sucesiva: sobre ese respecto ha de tenerse como referente el *arrêt Nicolo* del *Conseil d'Etat*, de 1989[189].

El reconocimiento de la *règle de droit* no excluye que existan legislaciones de excepción: el estado de necesidad y circunstancias excepcionales, como una guerra, permiten la suspensión de una ley, siempre que las circunstancias la justifique; el primer ministro puede adoptar medidas de policía sobre todo el territorio; los responsables del servicio (por ejemplo, los ministros) pueden adoptar las medidas necesarias para el buen funcionamiento de la Administración sometida a su autoridad.

El respeto de la legalidad está controlado por el juez, al cual se puede pedir la anulación de los actos ilegítimos. Sin embargo, en el pasado existía un cierto número de *actes du governement* que eran inmunes al control jurisdiccional, siempre y cuando tuvieran una motivación política. Por el contrario, ahora son sustraídos al control del juez sólo los actos que tienen que ver con las relaciones entre el Gobierno y los otros órganos constitucionales (por ejemplo, la decisión

---

[187] G. Braibant y B. Stirn, *op. cit*., p. 205 ss.

[188] C. Debbasch, *Institutions et droit administratif*, V ed., Paris, Puf, 1999, t. II, p. 363.

[189] En M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé y B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13ª ed., Paris, Dalloz, 2001, p. 715.

de presentar un proyecto de ley en el Parlamento) y los que se refieren a las relaciones internacionales.

5. CARACTERÍSTICAS DEL *DROIT ADMINISTRATIF*: *JUDGE-MADE LAW* Y *DROIT DE PRIVILÈGE*

El *droit administratif* tiene dos características principales: en gran medida es un Derecho de formación jurisprudencial y es un Derecho especial, derogatorio respecto del Derecho Privado.

Uno de los aspectos del Derecho Administrativo francés que más llama la atención a los observadores ingleses es el hecho de que, en un país de Derecho codificado, el *droit administratif* sea un *judge-made law* orientado por principios, pero flexible, que se adapta continuamente a las nuevas circunstancias[190]. Es producto tanto de la centralización del contencioso administrativo como de la posición dominante adquirida por el *Conseil d'État* en el panorama jurídico francés.

Esa posición se debe también a la elasticidad de las normas que han regulado en el pasado (y que en parte aún regulan) la pertenencia al cuerpo de consejeros de Estado, elasticidad que les ha permitido jugar distintos papeles –de políticos, profesores, estudiosos, iuspublicistas, administradores– manteniendo en todo caso altos criterios de selección para la admisión al cuerpo.

La urdimbre del Derecho Administrativo francés es obra de la jurisprudencia, no de un código ni de la doctrina. El Derecho Administrativo escrito en leyes es muy amplio. Pero las leyes no deben ser sólo interpretadas sino también ordenadas y sistematizadas en órdenes conceptuales coherentes, y esta tarea es acometida por la jurisprudencia.

Las *conclusions* de los *commissaires du gouvernement*, ante el *Conseil d'État*, ocupan un lugar importante. Éstas compensan la brevedad de las sentencias y constituyen una suerte de comentario científico «anticipado». Por la fama y el prestigio de muchos *commissaires du gouvernement*, muchas *conclusions* constituyen una contribución al Derecho Administrativo incluso más importante que la jurisprudencia misma del *Conseil d'État*.

Leyes específicas establecen principios generales (en particular, aquéllas recientes sobre la transparencia y sobre el contradictorio), pero el anhelo de una codificación del Derecho Administrativo, que emerge periódicamente, no llega a concretarse, salvo tentativas de codificación sectorial (como el *code gé-*

[190] L. N. Brown y J. S. Bell, *French administrative law*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 2 y 294-295 y L. N. Brown y J. F. Garner, *French administrative law*, London, Butterworths, 1967, p. 87.

nérale des collectivités territoriales [1996] producido por la *Commission supérieure de codification*)[191].

La «doctrina» jurídica, a su vez, cumple una obra de sistematización, de ampliación y de crítica de los conceptos elaborados por la jurisprudencia, pero tiene un papel mucho menor al que cumple en otros países, como Alemania e Italia.

La *segunda* característica del Derecho Administrativo francés es que se trata de un Derecho especial, separado del Derecho Privado, con principios e instituciones propios, distintos de aquéllos del Derecho Privado y, por lo tanto, derogatorio y desproporcionado respecto del mismo. Por lo tanto, la distinción entre Derecho Público y Privado es el punto de partida del Derecho Administrativo francés, a diferencia de cuanto ocurre con el inglés, donde la distinción entre ambos era, hasta tiempos recientes, desconocida o refutada.

El desarrollo del Derecho Administrativo como sector del Derecho enteramente separado del Privado y regido por principios propios y reglas autónomas y especiales es en parte el fruto de su afirmación como Derecho jurisprudencial, y en parte el producto de la *préeminence de l'interêt général*.

Una vez establecida en 1790 la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de asuntos administrativos y habiéndose instituido en 1799 el *Conseil d'État* como juez del equilibrio entre las exigencias de la Administración y los derechos individuales, éste último empezó a descartar las reglas de Derecho Privado y a afirmar la especificidad del Derecho Administrativo. Así fue establecida una diferencia sustancial entre actividad pública, que persigue el interés general, y actividad privada, que persigue intereses particulares, y especialmente un fin lucrativo[192].

En cuanto al criterio sustancial de la preeminencia del interés público, éste es afirmado por el primero de los jueces-estudiosos: Gérando sostiene que «c'est […] d'après des lois spéciales et non d'après les règles du droit commun que se gouvernent les obligations et les droit réciproque en ce qui touche les rapports de l'interêt privé»[193]. Más tarde, se explica que «la préeminence de l'intérêt général sur les intérêts privés impose un traitement spécial du contentieux administratif que les juges judiciaires ne peuvent mettre en ouvre. A intérêt

---

[191] Paris, Dalloz, 1996. Sobre la codificación del Derecho Administrativo en Francia, B. G. Mattarella, *La codification du droit: réflexions sur l'expérience française contemporaine*, en *Rev. fr. dr. adm.*, 10, 1994, p. 668 ss., y *La codification. Actes du colloque IEJ Toulouse*, Paris, Dalloz, 1996, y, en una perspectiva amplia, sobre la codificación en general, *Codici. Una riflessione di fine millennio*, bajo la dirección de P. Cappellini y B. Sordi, Atti dell'incontro di studio di Firenze (26-28 ottobre 2000), Milano, Giuffrè, 2002, *passim*.

[192] C. Debbasch, *Institutions*, cit., p. 35.

[193] J. M. de Gérando, *Institutes de droit administratif français ou éléments du code administratif réunis et mis en ordre*, I, Paris, 1829-1830, p. 65.

special, droit spécial et juge spécial»[194]. El Derecho Administrativo –como se explicó antes– es un «droit de privilège» porque está fundado sobre la relación desigual entre Administración y administrado[195].

La situación es complicada, primero por la yuxtaposición y luego por la hibridación del Derecho Administrativo con el Derecho Privado. El Derecho Administrativo, de hecho, no es todo el Derecho aplicable a la Administración Pública. Ésta se vale también del Derecho Privado. El Derecho Administrativo, por ende, es sólo aquella parte del Derecho de la Administración que se aplica a los poderes exorbitantes, a las prerrogativas especiales, a la Administración que actúa como autoridad. Por lo tanto, en la Administración *conviven droits de puissance publique* y *droits de personne privé*, *services publics administratifs* y *services publics industriels et commerciaux*, contratos de Derecho Público y contratos de Derecho Privado, principios de la responsabilidad pública y principios de Derecho Privado sobre la responsabilidad, etc.

La penetración del Derecho Privado en la Administración viene facilitada por la difusión –sobre la cual se habló ya– del pensamiento de Dicey y la convicción de que puede existir una Administración enteramente sometida al Derecho Privado.

Sin embargo, esta bipolaridad del Derecho de la Administración se revela inestable. Ante todo, no está fijada una línea nítida de demarcación, por lo que existen zonas intermedias, de dudosa pertenencia. Adicionalmente, en la medida en que ambos sectores son incompletos y lagunosos, los principios necesarios para completarlos se buscan en ellos mismos, pero también pueden buscarse en el otro, produciendo así una amalgama entre ambas ramas. Esta contaminación viene facilitada por las transformaciones que sufre el Derecho Privado cuando se aplica a la Administración, por lo que no existen únicamente las dos formas puras sino también sus variantes.

Agréguese que el problema de las lagunas puede encontrar una solución según dos criterios. El primero es el formal, en virtud del cual, si el Derecho Administrativo es el Derecho general que regula la Administración Pública, debe recurrirse a sus principios. El segundo es el sustancial, por el cual es menester identificar si la Administración Pública opera como autoridad o como privado. Pero ambos criterios reconducen al punto de partida y se revelan como peticiones de principio.

Finalmente, la bipolaridad se atenúa por la pérdida de especificidad del Derecho Público, por su recesión (disminución de la actividad administrativa unilateral y recurso creciente a negociaciones y a módulos convencionales; privatizaciones; actividades de prestación; fuga del Derecho Público), por la pene-

---

[194] P. Sandevoir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, L.g.d.j., 1964, p. 303, cit. por C. Duval, *Les justifications*, cit., p. 61.

[195] J. Chevallier, *Le droit administratif, droit de privilège?*, en Pouvoirs, n. 46, 1988, p. 57 ss.

tración del Derecho Privado en el Derecho Administrativo, por el desarrollo de módulos híbridos, como servicios públicos de carácter industrial y comercial y entidades de interés público[196].

En consecuencia, la distinción entre Derecho Administrativo y Derecho Privado se discute de nuevo y surgen interrogantes sobre la necesidad de suprimir el Derecho Administrativo.

Para notar el progreso del fenómeno pueden consultarse cuatro escritos breves de diversas épocas. En el primero, André Hauriou[197] observa, que el Derecho Administrativo tiene pocas relaciones con el Privado porque las partes están en posiciones desiguales, la Administración tiene poderes exorbitantes del Derecho Común y los ejerce con fines de utilidad pública, pero también observa que existen transposiciones esporádicas del Derecho Privado al Derecho Público. En el segundo, Jean Rivero[198] observa, al término de un análisis de las nociones de *service public*, de *établissement public* y de *concession*, que el Derecho Administrativo es un *chantier de démolition*. En el tercero, Jean Boulouis[199] observa que la circunstancia de que la Administración esté sometida en gran medida al Derecho Privado no quiere decir que ello pueda ser generalizado, concluyendo: «le droit administratif est l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle. L'ombre varie avec le siècle, et ses lumières, mais s'en defaire relève moins du libéralisme que de l'utopie». En el cuarto, Jacques Caillosse[200] se pregunta sobre los factores que hacen surgir dudas sobre el Derecho Administrativo y los identifica en la *fascination du libéralisme anglo-saxon*, en el *défi managérial* y en el *défi européen*, pero concluye afirmando que la «revalorisation de l'entreprise et du marché» no produce el final del Derecho Administrativo[201].

---

[196] C. Eisenmann, *Droit public, Droit privé. En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle*, en *Rev. dr. publ.*, 62, 1952, p. 903 ss., observa que la distinción es mucho menos importante de lo que comunmente se cree.

[197] A. Hauriou, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, en *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, III, Paris, Sirey, 1934, p. 92 ss.

[198] J. Rivero, *Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif*, en *Arch. ph. dr.*, 1, 1952, p. 147 ss.

[199] J. Boulouis, *Supprimer le droit administratif?*, en *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 5 ss.

[200] J. Caillosse, *La réforme administrative et la question du droit*, en *AJDA*, 45, 1989, 20 janvier, p. 3 ss.

[201] Y las preguntas y dudas continúan: O. Vallet, *La fin du droit public?*, en *Rev. adm.*, 45, 1992, p. 5 ss.; C. Debbasch, *Le droit administratif, droit dérogatoire du droit commun?*, en *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127 ss.; J. Bell, *De la necessité d'un droit administratif*, en *AJDA*, 51, 1995, n. spécial du cinquantenaire, p. 99 ss.; y J. Caillosse, *Droit public – droit privé: sens et portée d'un partage académique*, en *AJDA*, 52, 1996, p. 955 ss.; pero véase principalmente P. Weil, *Le droit administratif*, 1ª ed., Paris, Puf, 1964 XIX ed. (con D. Pouyaud), 2001.

6. EL *SERVICE PUBLIC*, *PIERRE ANGULAIRE DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS*, Y SU CRISIS

El *service public* (que no debe confundirse con la noción italiana de *servizio pubblico* y con la inglesa de *public utility*) es la noción basilar del Derecho Administrativo francés. Tiene un origen que puede calificarse de nacionalista, porque nació por oposición a la noción basilar del Derecho Administrativo alemán, es decir, la de *Herrschaft* (o *puissance*), como tentativa de dar al Derecho Administrativo un fundamento no autoritario.

El *service public* es un auténtico fenómeno jurídico intermitente. Se encuentra en el fundamental *arrêt Blanco* del *Tribunal des conflits* (1873), con el que se afirmó la existencia de una responsabilidad de la Administración Pública distinta a la del Derecho Común. Se desarrolla después por la «école» de Burdeos, encabezada por Léon Duguit. Posteriormente sufrió una crisis, para después renacer a mitad del siglo XX y finalmente entrar de nuevo en crisis durante los años recientes. El *service public* ha sido considerado «pierre angulaire du droit administratif français» y su importancia puede medirse teniendo en cuenta que un tercio de las grandes decisiones de la jurisprudencia administrativa hacen referencia a él[202].

La función de la noción es la de identificar el área en la cual se extiende el Derecho Administrativo. Por lo tanto, según las circunstancias, sirve para identificar si una organización o un servicio es público, si involucra o no responsabilidad pública, si debe recurrirse al juez administrativo. A causa del ordenamiento dualista de la justicia francesa, esta última es la función más importante de la noción.

Para que exista *service public* es necesario que estén presentes dos elementos, uno material y otro orgánico. El elemento material es el fin de interés general. El elemento orgánico es la institución u órgano público. Cuando ambos elementos está presentes, existe un *service public* y, por lo tanto, se le aplica el Derecho Administrativo, como régimen distinto del Privado.

En dos períodos, pero en particular durante los años recientes, el *service public* ha conocido crisis. Las razones de la crisis actual son dos. En primer lugar, la noción se extendió, hasta el punto de comprender la gestión de empresas

---

[202] G. Braibant y B. Stirn, *Le droit*, cit., p. 136. Para comprender el desarrollo de la teoría del *service pubblic* en oposición a la noción de *Herrschaft*, basta leer L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Colin, 1913, p. 44 (de este volúmen existe una reimpresión anastática, Paris, La mémoire du droit, 1999). Véanse también *L'idée du service public est-elle encore soutenable?*, bajo la dirección de J. M. Chevalier, P. Ekeland y M. A. Frison-Roche Paris, Puf, 1999; Conseil d'État, *Rapport public 1999. L'intérêt général*, Paris, La Documentation française, 1999; y J. P. Valette, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses-Marketing, 2000. Específicamente sobre la escuela de Burdeos, véase, finalmente, F. Melleray, *École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Proposition e distinction*, en *Rev. dr. publ.*, 117, 2001, p. 1887 ss.

o de teatros o la organización de carreras de caballos. De aquí la necesidad de distinguir entre *services publics administratifs* y *services publics à caractère industriel ou commercial*. Pero de esa manera la noción perdió coherencia y eficacia porque fue necesario admitir que no todos los servicios prestados por organismos públicos son necesariamente públicos. En segundo lugar, se encomendaron servicios de interés general a organismos particulares, aunque sometidos a un régimen jurídico especial (por ejemplo, los colegios profesionales). Por lo tanto, el elemento orgánico no está ya presente en estos casos.

Las consecuencias de la crisis de la noción de *service public* pueden notarse de varios modos. En *primer* lugar, habiéndose perdido la unidad y coherencia de la noción, ésta ya no es distintiva de una disciplina y existe por tanto la necesidad de leyes que la determinen. Pero éstas son relativas a servicios singulares y contribuyen así a la crisis de la unidad de la noción.

En *segundo* lugar, el *service public* que una vez fue el criterio o indicador para aplicar el *regime administratif*, habiendo perdido la unidad y coherencia de la noción, tiene a su vez la necesidad de criterios e indicadores de individualización, como el objeto del servicio, el origen de los recursos o las modalidades de funcionamiento.

En *tercer* lugar, mientras en el pasado el *service public* servía para identificar el régimen de Derecho Administrativo, hoy en día y de forma paradójica, las relaciones se han invertido y el régimen de Derecho Administrativo (y en particular las prerrogativas o los poderes exorbitantes) se utiliza para definir el *service public*, que se convierte de esa manera en una noción inútil, en algo innecesario.

Finalmente, el *service public* servía, como se señaló, para definir la jurisdicción del juez administrativo. No obstante, ante las dificultades de aplicación del criterio de *service public*, el legislador prefirió definir *blocs de competence* atribuidos a la jurisdicción administrativa. También de esta manera la noción se torna superflua.

En conclusión, «désormais le service public peut être aussi bien une activité soumise au droit administratif qu'une activitè soumise à des règles de droit privé»[203].

7. POLICENTRISMO, DESCENTRALIZACIÓN Y DIVERSIDAD FUNCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN FRANCESA

Considerada el prototipo de las Administraciones uniformes y centralizadas, desde el punto de vista organizativo y operativo, la Administración fran-

[203] C. Debbasch, *Institutions*, cit., p. 83.

cesa es actualmente policéntrica, descentralizada y gestionada en modo diferenciado.

Según el modelo tradicional, la Administración francesa no era sólo descentralizada. Estaba ordenada sobre un único polo central, sin cuerpos satélites[204].

Ahora, el ordenamiento central se encuentra articulado sobre varios elementos. El primero es el elemento tradicional de los ministerios. Éstos eran aproximadamente seis en el Antiguo Régimen, de quince a veinte en la cuarta República y actualmente son quince: *affaires étrangères*, *coopération et francophonie; affaires sociales*, *travail et solidarité; agriculture*, *alimentation*, *pêche et affaires rurales; santé*, *famille et person handicapées; fonction publique*, *reforme de l'État et aménagement du territoire; environnement*, *écologie et développement durable; défense et anciens combattants; économie*, *finances et industrie; équipement*, *transports*, *tourisme et mer; jeunesse*, *éducation nationale et recherche*; *intérieur*, *sécurité intérieure et libertés locales; justice; outre-mer; Sports; relations avec le Parlement*. Éstos no tienen sólo dimensiones variables, constituyen también un sistema no rígido, que incluye fusiones y divisiones con la constitución de los gobiernos, según la dirección del momento. Además de los quince Ministros, la ordenación del gobierno está compuesta por veintitrés *sécretaires d'État e ministres déléguées*. Por otra parte, las estructuras internas, después de la eliminación del Secretario General al inicio de la Quinta República, son relativamente estables (inclusive si se encuentran direcciones generales, subdirecciones y despachos)[205].

Junto y en el seno de los ministerios, encontramos una variedad de organizaciones estatales, desde los comités interministeriales hasta las delegaciones, las comisarías y las denominadas Administraciones del Estado Mayor. Estas últimas, en particular, son estructuras polivalentes, representantes de un vínculo entre política y Administración; las más notorias son el secretario general del gobierno y los gabinetes de los ministros (éstos, constituidos durante la Restauración, son una institución que ni tiene ni podría tener un equivalente en el Reino Unido[206]).

Alrededor de las Administraciones Estatales, ministeriales y no ministeriales, aparecen otros organismos públicos no estatales constituidos por entes públicos y autoridades administrativas independientes. Los entes públicos, que suman el millar, se dividen en *établissements publics administratifs*-epa y *établissements publics industriels et commerciaux*-epic, con formulaciones intermedias.

---

[204] Para una distinción entre el monismo y la centralización, S. Cassese, *Le amministrazioni pubbliche in Europe*, cit. p. 503 ss.

[205] Sobre la organización ministerial, P. Sadran, *Le système administratif français*, cit., p. 16. En general, para un examen comparado de las estructuras de Francia y del Reino Unido, J-L. Quermonne, *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris, Seuil, 1991.

[206] P. Sadran, *op. cit*., p. 26.

Los entes públicos están sometidos al control de los ministerios. Algunos ministerios controlan muchos (así, los ministerios de economía, de finanzas y de industria, el ministerio de pesca y agricultura y el de educación nacional, investigación y tecnología), mientras otros controlan a pocos (el ministerio de función pública, de la reforma del Estado y de la descentralización y el de la juventud y los deportes). También existen entes públicos puestos bajo el control conjunto de varios ministerios. Las autoridades administrativas independientes son, en cambio, una decena e incluyen la *Commission des opération de bourse*, el *Conseil de la concurrence*, la *Commission nationales de l'informatique et des libertés*, il *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, la *Banque de France*, etc.[207].

Si la organización central es heterogénea, los canales de comunicación entre el centro y la periferia son también numerosos. Los principales son dos, el primero político, el segundo administrativo. El primero se asegura mediante el *cumul des mandats*, un régimen jurídico que permite acumular hasta tres mandatos, en el centro y en la periferia (hasta tiempos recientes, inclusive cinco). Esto faculta a un Ministro a ser Jefe de Gobierno municipal, a un Parlamentario Nacional a ocupar cargos provinciales y regionales, etc. El segundo, en cambio, se asegura mediante los *services extérieurs* o *services déconcentrés*, funciones descentralizadas de los ministerios. A través de éstos, la metrópolis gobierna y administra[208], a diferencia de la Administración central inglesa, tradicionalmente limitada a la dirección y la coordinación y, por lo tanto, *non exécutant* (pero el desarrollo de los grandes servicios nacionales para asegurar el *Welfare State* ha determinado la incorporación de este tipo de organismos también en el Reino Unido).

En la periferia, la organización se articula en regiones, *départements* y municipios. Las primeras, un total de veintisiete (comprendidas las ubicadas fuera del territorio francés, en los dominios y en los territorios de ultramar), se instituyeron en el 1982 y se perfeccionaron en el 1992, estuvieron precedidas por organismos administrativos no electivos creados con fines económicos en los años setenta. Los *départements* son un total de ciento uno. Finalmente, los municipios, más de treinta y seis mil (de los cuales el sesenta por ciento tiene menos de quinientos habitantes), nacen, respectivamente, en virtud de las reformas napoleónicas y de la época precedente[209].

---

[207] Sobre las autoridades independientes léase, de último, el interesante libro de la *Section du rapport et des études* del *Conseil d'État. Rapport public. Les autorités indépendantes*, Paris, La Documentation française, 2001, además de R. Mais. Les autorités administratives indépendantes *tra vincoli costituzionali e potere politico*, en *Ammin*., 2000, p. 147 ss.; sobre la reciente institución de una autoridad de servicios de telecomunicación, J. Chevallier, *La mise en ouvre de la réforme des télécommunications*, en *Rev. fr. dr. Adm*., 13, 1997, p. 115 ss.

[208] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 166.

[209] **En general, J. Moreau,** *Administration régionales, départementale et municipale*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1999; J. Hardy, *Les collectivités locales*, Paris, La Découverte, 1988; J. P. Lebacon e C. Buron, *L'Ad-*

Si se toma como medida de la centralización el número de empleados de los entes locales en relación al total de empleados públicos, en Francia poco menos de un tercio de los empleados públicos trabaja en las Administraciones locales, mientras en el Reino Unido el porcentaje es de poco menos de dos tercios[210]. Sin embargo, es necesario considerar que en el número de empleados locales no están comprendidos, en Francia, los encargados de la sanidad y que, en cambio, en el Reino Unido, se incluye a los maestros, no obstante la progresiva centralización del sistema escolar. Por lo tanto, con estas advertencias, Francia presenta un importante grado de descentralización.

La centralización y la *uniformité statutaire*, donde perviven, resultan atenuadas[211]. Con respecto a la primera, un Decreto de 1997 instituyó los *services à compétence nationale*, que comprenden Administraciones centrales y desconcentradas con funciones de carácter nacional, cuya ejecución puede encargarse a nivel territorial.

La uniformidad legal estructural se encuentra, a su vez, atenuada por excepciones dispuestas por la ley (por ejemplo, la de 1982 sobre Paris, Lyon y Marsella o la que atribuye una misma asamblea, el *Conseil de Paris*, al municipio y *département* de Paris) y por diferencias funcionales, que adaptan la uniformidad organizativa a la heterogeneidad de las situaciones[212].

8. EL *STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE*

Los empleados públicos franceses son aproximadamente cinco millones quinientos mil. La mitad de éstos depende del Estado: sólo en educación hay más de un millón de empleados. Aproximadamente un millón trescientas mil personas dependen de los municipios y de los *départements*. Siete mil de las regiones, ochocientos cincuenta mil del sistema sanitario, setecientos cincuenta mil de los entes públicos.

No todos los que trabajan en las dependencias de los entes públicos están regulados por un Estatuto Público. Los empleados de los *établissements publics industriels et commerciaux* están sometidos a un régimen de Derecho Privado.

---

ministration territoriale, Paris, La Documentation française, 1997. Específicamente sobre las regiones, O. Nay, *La Région, une institution. La représentation, le pouvoir et la règle dans l'espace régional*, Paris, 'Harmattan, 1997, y J.-B. Auby, *Il ruolo e l'identità delle istituzioni regionali in Francia: recenti sviluppi, in Regioni*, 2001, p. 249 ss.; sobre los municipio, J. F. Lachaume, *L'administration communale*, Paris, L.g.d.j., 1997, además del n. 95 del 2000 de *Pouvoirs*.

[210] A. Claisse et M. C. Meininger, *Fonctions*, cit., p. 16 ss.

[211] P. Sadran, *Le système*, cit., p. 55.

[212] En general, F. Dupuy y J.-C. Thoening. *L'administration en miettes*, Paris, Fayard, 1985. Sobre los municipios, desde un punto de partida comparado, Y. Meny, *Le maire, ici et ailleurs*, en *Pouvoirs*, n. 24, 1982, p. 19 ss.

El personal regido por el Derecho Administrativo fue sometido durante mucho tiempo a la disciplina dictada por el mismo poder ejecutivo. Más tarde, en 1946, luego, en 1959 y finalmente en 1983 y en 1984, emanaron leyes sobre la *fonction publique*, establecidas para dar garantías a los funcionarios frente al arbitrio de sus superiores jerárquicos y del gobierno.

El régimen de Derecho Administrativo de los empleados es diferente según la aplicación del *statut général de la fonction publique* o estatutos particulares o especiales[213], estos últimos, relativos a la policía, los militares y los *agents non titulaires (auxiliaires*, *contractuels*, *vacataires)*.

El *statut* de *agent public* o de *functionnaire* es altamente atractivo, tanto así que los empleados de France Telecom, sociedad privatizada, aunque bajo el control del Estado, lo han conservado, hasta los reclutados en 2002[214]. Lo mismo ocurrió en otros organismos en posiciones similares.

El empleo público se ordena en tres categorías, diferenciadas por las letras A, B y C (la categoría D, introducida en 1946, fue suprimida en 1989). Cada Administración tiene distintos grados, que dan la posibilidad de ocupar los empleos correspondientes a la jerarquía fijada en el Estatuto. Sin embargo, g*rade* y *emploi* están separados, por cuanto un funcionario no tiene derecho a un puesto, pero, al mismo tiempo, la supresión del puesto no comporta el despido del empleado[215].

La función pública presenta dos elementos característicos. El primero está constituido por cerca de mil ochocientos «cuerpos»[216], entendidos como un conjunto de empleados con la misma formación, la misma función y carreras similares. El segundo está constituido por la superposición a las distintas Administraciones y a los diversos cuerpos de una superestructura, constituida por pocos millares de personas, que representan la verdadera «noblesse d'Etat». Los miembros de esta superestructura pasan a través de procedimientos de formación y de reclutamiento separados (mediante el *École national d'administration*, instituido en 1945, con los *Instituts régionaux d'administration* a la base, instituidos en 1966[217], o a través de las grandes escuelas sectoriales), y no deben,

---

[213] **Y. Gaudemet,** *La fonction publique*, en *Traité de droit administratif* de A. de Laubadère, Y. Gaudemet y J. C. Venezia, 22ª ed., Paris, L.g.d.j., 5 ss.; léase también G. Peiser, *Droit administratif de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 2000. Sobre el estatuto general, el *Colloque du cinquantenaire du statut de la fonction publique*, en *Rev. Adm.*, 49, 1996, n. spécial; léase también A. Guyomarch, *Recrustment and training in France, London*, London School of Economics and Political Science, The European Institute, 1996; además de D. Jean-Pierre, *Le droit de la fonction publique. 10 ans de jurisprudence.* 1990-2000, en *Dr. Adm.*, 39, 2000, n. spécial. Sobre los *agents contractuels*, G. Sutter y H. Zécler, *Les agents contractuels des services publics administratifs*, en *Rev. dr.. publ.*, 116, 2000, p. 521 ss.

[214] Y. Gaudemet, *Traité*, cit., p. 19-20.

[215] A. Claisse y M. C. Meininger, *Fonctions*, cit., p. 53 ss.

[216] J. L. Bodiguel, *Les fonctions publiques*, cit., p. 76.

[217] A. Claisse et M. C. Meininger, *Fonctions*, cit., p. 70.

por consiguiente, recorrer la escala jerárquica interna de la Administración. La seriedad de la selección y su base meritocrática constituyen una sólida e incontestable base del *élitisme* que así se establece, atenuando el principio de antigüedad. Al mismo tiempo, esta superestructura consiente una notable movilidad interna, de Administración a Administración (a la cual se suma la circulación externa, con la práctica del *pantouflage*)[218].

Por último, los salarios se establecen en base a una *grille indiciaire* rígida, pero los niveles son objeto de negociación sindical (cerca de un tercio de los empleados está sindicalizado). La relación entre el nivel bajo y el nivel alto de la jerarquía, a comienzos del siglo XX era de uno a veinte, actualmente es de uno a cinco. Los conflictos en materia de empleo público alcanzan raramente los órganos judiciales, porque son resueltos, en varios modos, por la Administración[219].

9. LOS PRIVILEGIOS Y LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

Como ha quedado expuesto, la Administración francesa tiene privilegios, dos de los cuales sobresalen: *privilège du préalable* y *privilège de l'action d'office*. Con el primero se indica el poder de la Administración de tomar decisiones obligatorias unilateralmente. Mientras en el derecho privado es necesario el consentimiento de la otra parte, o la comprobación previa por parte del juez frente a las solicitudes, la Administración puede decidir unilateralmente sin requerir al juez la autorización para proveer. Por lo cual, respecto al derecho privado, la situación se invierte, pues en el Derecho Administrativo el particular debe acudir ante el juez, someterse a la prueba y pedir la suspensión de la eficacia de la providencia. El *privilège du préalable* es la *règle fondamentale du droit public*[220].

El segundo privilegio rompe la prohibición de hacer valer su propia razón y consiste en el poder de ejecución unilateral (*exécution d'office* o *exécution forcée*). Por otra parte, mientras el primer privilegio tiene un carácter general (en el sentido en que se aplica a todos los actos administrativos, con exclusión de los actos de Derecho Privado de la Administración), el segundo se aplica sólo

---

[218] Léanse, por último, F. Fawzat, *La mise à disposition et la modernisation administrative*, en *Rev. Dr. publ.*, 113, 1997, p. 467 ss., y R. Piastra, *Du pantouflage*, *ibid.*, 116, 2000, p. 121 ss.

[219] J. Bell, S. Boyron y S. Whittaker, *Principles of French law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 174-175; léase también D. Clark, *The modernization of the french vicil service: crisis, change and continuity*, en *Publ. Adm.*, 76, 1998, p. 97 ss.

[220] C. E., Ass. 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, en AJDA, 38, 1982, p. 657 ss.

a determinados casos y con límites particulares[221]. Son tres los casos en los que se puede recurrir a la *exécution d'office*. El primero comprende las hipótesis previstas en la ley. El segundo es el caso de la urgencia. Según las *conclusions* de Romieu en el caso *Societé immobilière de Saint-Just* frente al *Tribunal des conflits*, 1902, «quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers». El tercero es el caso en el cual la ley no provee otra forma, como procedimiento jurisdiccional, sanciones penales, etc., para alcanzar el objetivo.

Son dos los límites de la ejecución unilateral: que el acto a seguir sea legítimo y que la ejecución no vaya más allá de lo necesario: «il faut que les mesures d'exécution forcée tendent uniquement, Dans leur objet immediat, à la réalisation de l'operation prescrite par la loi»[222].

Nótese que los privilegios se refieren a los actos administrativos. Esto depende del hecho de que la protección de los funcionarios canalizó históricamente el Derecho Administrativo principalmente hacia el acto (y su anulación): «le fonctionnaire n'est rien et […] son acte est tout»[223].

Se suma que este privilegio no se aplica ni en materias de libertad personal, ni en materia de propiedad. El primer caso lo regula el Art. 66 de la Constitución, la autoridad judicial ordinaria es *gardienne de la liberté individuelle*. El segundo encuentra su base en la Ley de 1910, *pas d'expropriation par mesure administrative*[224].

Por lo tanto, el Derecho Administrativo francés se ocupa, de un lado, de reconocer a la Administración *règles dérogatoires au droit commun*, de otro lado, se interesa por *fixer des bornes à l'administration*[225].

Estos privilegios están parcialmente limitados por algunas obligaciones a las cuales se somete la actividad administrativa, obligaciones establecidas en su mayoría por la jurisprudencia, que reforzó el vínculo entre el procedimiento administrativo y el jurisdiccional (entre el procedimiento administrativo no contencioso y el contencioso, según la terminología francesa), aplicando al primero reglas propias del segundo.

La primera de las obligaciones enunciadas es la que se deduce del derecho de defensa y del contradictorio, principio afirmado por la jurisprudencia en materia de sanciones. Según este principio, el interesado debe estar en grado de

---

[221] Sobre la crisis de la noción de decisión ejecutiva, C. Lavialle, *L'évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, Paris, L.g.d.j., 1974.

[222] Así las *conclusions* Romieu, cit.

[223] M. Hauroiu, *Précis de droit constitutionnel*, II ed., Paris, Sirey, 1929, p. 39. S. Cassese, *La ricezione di Dicey*, cit., p. 128.

[224] M. Hauroiu, *Précis de droit administratif*, 3ª ed., Paris, Larose, 1897, p. 562; además S. Cassese, *«Une des formes de l'État nouveau du monde»*, cit., p. 169.

[225] P. Legendre, *Histoire*, cit., p. 470 y 480.

discutir los motivos de la medida que se le imponga y la Administración debe, por lo tanto, informarle sobre la decisión que tome, darle la posibilidad de actuar por medio de un abogado, comunicándole los motivos de la decisión. Tales obligaciones fueron extendidas por medio del Decreto de 1983 de las sanciones a todas las decisiones desfavorables para el destinatario.

La participación de los administrados, presente en los derechos a informarse, criticar y proponer, y las correspondientes obligaciones de la Administración, están previstas también en materia de obras públicas mediante las *enquêtes publiques*. Ya en el siglo XIX existían procedimientos de consulta y participación para los distintos sectores (expropiaciones, minas, etc.). No obstante, una ley de 1983 democratizó las *enquêtes publiques* en materia ambiental, estableciendo reglas sobre su desarrollo y garantizando la independencia del *commissaire enquêteur* (nombrado por el presidente del Tribunal Administrativo y ya no por el prefecto)[226]. Una Ley decisiva, de 1995, instituyó una *Commission nationale du débat public*, para las grandes operaciones de *aménagement*. Por último, una Ley de 2002 reformó la composición de la Comisión y el procedimiento de la *enquête*[227].

Otro conjunto de obligaciones que gravan la actividad administrativa es el que se refiere a la transparencia y al acceso a los documentos administrativos. Dos leyes de 1978, sobre la informática, las bases de datos y las libertades, y sobre el derecho de acceso a los documentos administrativos, establecieron el derecho de acceso de los ciudadanos a la información que les concierne, contenida en los *fichiers* públicos y privados (para garantizarlo se instituyó la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*) y el acceso a los documentos administrativos, con la excepción de aquellos secretos por motivos militares y diplomáticos, de aquéllos relativos a la vida privada, de los médicos, etc. (para garantizarlo se instituyó la *Commission d'accès aux documents administratifs*, que controla el respeto de estas disposiciones y, en general, el acceso de los ciudadanos a los documentos). Luego, estas disposiciones fueron integradas a aquéllas dispuestas por el Título I de la Ley del 12 de abril de 2000, n. 321, *relative aux droit des citoyens dans leurs relations avec les administrations*[228].

---

[226] Sobre las *enquêtes publiques*, R. Hostiou y J.-C. Hélin, *Droit des enqêtes publiques*, Paris, éd. Le Moniteur, 1993.

[227] Sobre las reformas, léase el *dossier* de *AJDA*, 58, 2002, titulado *Désentralization: réformes en cours*, en particular la p. 281 ss., con artículos de Y. Jegounzo, I. Muller-Quoy, J. C. Hélin y R. Hostiou, G. Marcou.

[228] **Para un examen de la ley, B. Delaunay,** *La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, en *Rev. dr. Publ.*, 1666, 2000, p. 1191 ss.; J. Arrighi de Casanova y S. Formery, *Une nouvelle étape de l'amélioration des relations entre l'Administration er les citoyens: la loi «DCRA» du 12 avril 2000*, en *Rev. f. dr. Adm.*, 16, 2000, p. 725 ss.; A. Treppoz, *La loi du 12 avril 2000 sur les relations entre citoyens et les administrations*, en *Droit administratif*, 29, 2000, p. 4 ss.; B. G. Mattarella. *Aggiornamento sui rapporti tra amministrazione e cittadini in Francia* (*Loi 12 aprile 2000*, *n. 321*), in *Giorn. Dir. Amm.*, *2001*, p. 17 ss.; además de *dossier* de *AJDA*, 56, 2000, p. 471 ss., en de materia de

En este orden de ideas, la Administración no debe producir inconvenientes excesivos en su actuar respecto de los beneficios esperados, especialmente en materia de expropiaciones (principio de proporcionalidad introducido por la jurisprudencia a través de la teoría del balance coste-beneficio) y debe motivar las decisiones desfavorables para los destinatarios, así como las que se apartan de las normas generales (obligación de motivación, establecida por una Ley de 1979 y luego por otra de 1986).

10. EL DUALISMO JURISDICCIONAL Y LAS NUEVAS FORMAS DE JUSTICIA

Paralelamente al dualismo entre Derecho Privado y Derecho Administrativo, en Francia existe un dualismo judicial entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa[229]. Éste puede definirse como dualismo paritario. De hecho, por un lado, las cuestiones administrativas están todas asignadas al juez administrativo[230]; por otro lado, los conflictos –como se señalará– están sometidos a un *Tribunal del conflits*, compuesto de modo paritario por jueces ordinarios y jueces administrativos[231].

La institución de un juez de la Administración tiene origen en la reacción frente a las intervenciones de los *Parlements* del Antiguo Régimen en la esfera administrativa. Por cuanto el Art. 13 de la Ley 16 del 24 de agosto de 1790, estableció «les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparés des fonctions administratives. Les juges ne pourront, è peine de forfaiture, troubler de quelque manière que se soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions».

Como consecuencia a esta reacción, se desarrolló la figura de un juez administrativo más cercano a la Administración, considerado, inclusive, como parte de ésta. Sin embargo, al mismo tiempo, más experto en cuestiones administrativas y más aceptado por la Administración.

El reparto de la jurisdicción está reservado por la Constitución (Art. 34) a la ley y está tutelado por el *Tribunal des conflits*, instituido en 1872, con composición paritaria de jueces de la Corte de Casación y del Consejo de Estado.

Relations administration-administrés, con los escritos de P. Ferrari, Y. Gounin, P. Combeau y M. Le Gars. Sobre la trasparencia, léase, por último, el n. 97 del 2001 de *Pouvoirs*, dedicado a *Transparence et secret*.

[229] Sobre el dualismo jurisdiccional el *dossier* en *AJDA*, 46, 1990 p. 579 ss.; sobre el tema, léase también el análisis de M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 36 ss.

[230] Mientras en Italia lo son sólo aquéllas de la denominada jurisdicción exclusiva, para las otras permanece una jurisdicción del juez ordinario en materia de derechos subjetivos.

[231] En Italia, en cambio, el juez de la jurisdicción es la Corte de Casación, que pertenece al ordenamiento judicial.

Decide pocas decenas de casos al año y sólo debe indicar el juez competente; pero, cumpliendo con tal función, fija el régimen jurídico aplicable al caso.

Cuando se aplica el Derecho Administrativo, es competente el juez administrativo, cuando se aplica el Derecho Privado, es competente el juez ordinario. ¿Pero cuándo se aplica el Derecho Administrativo? Se retoma aquí al problema ya examinado del *service public*, que constituye desde hace mucho tiempo el criterio único de identificación del régimen jurídico aplicable y del juez competente. Sobrevenida la crisis de la noción, hoy no existe un criterio único, y el legislador intenta resolver el problema con el criterio de los *blocs de compétence*, reservado a uno u otro juez.

Tal como se expuso, existen, sin embargo, materias adjudicadas al juez ordinario con base en tradiciones o normas antiguas (éste es el caso de la libertad personal y de la propiedad), o con base en un carácter económico-privatista de los servicios (éste es el caso de los servicios públicos gestionados por privados, que se rigen por el Código Civil).

La organización de los jueces administrativos se articula sobre tres niveles (salvo las jurisdicciones administrativas especializadas): *Conseil d'État*, Tribunales Administrativos de Apelación, Tribunales Administrativos.

El *Conseil d'État*[232], instituido –como ya se dijo– en 1799, se caracterizó históricamente por una fuerte continuidad, no obstante sus muchos altibajos: potente, pero especialmente como órgano que colaboraba con la legislación, durante el Primer Imperio, sufrió una crisis en la Restauración y se recuperó con la Monarquía de Julio. Tuvo su apogeo en el Segundo Imperio; durante la Tercera República vio declinar su propio poder en el campo legislativo, mientras desarrollaba su papel contencioso.

Está articulado en seis secciones: una contenciosa, organizada, a su vez, en subsecciones; cuatro consultivas; una denominada de informes y estudios. Los miembros del Consejo de Estado son alrededor de trescientos, un tercio de los cuales destinados en el extranjero. Lo preside el Ministro de justicia, pero, *de facto*, el vice-presidente. Son seis los presidentes de secciones, los consejeros son cerca de ciento veinte, aproximadamente ciento cincuenta los *maîtres des requêtes* y alrededor de veinte los *auditeurs*.

Se accede al *Conseil d'État* a través del *École nationale d'administration (*ENA), pero entre un tercio y un cuarto de sus componentes los nombra el gobierno.

El *status* de los componentes del *Conseil d'État* no es el de magistrados. Tienen pocas garantías establecidas por la ley. Sin embargo, una convención constitucional-administrativa les reconoce, de hecho, bastantes garantías. Los

---

[232] Sobre el *Conseil d'État* el texto más actualizado es de J. Massot y T. Girardot, *Le Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 1999; léase también J. P. Costa, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine*, Paris, Económica, 1993.

consejeros hacen su carrera por antigüedad, salvo los presidentes de sección y el vice-presidente, que son nombrados por el gobierno.

Además de su original importancia de *administrateur-juge*, para quien juzgar a la Administración también es administrar, el *Conseil* d'État desarrolla funciones consultivas para la Administración, funciones que tienen una notable relevancia práctica, como lo demuestra el número de consultas resueltas (entre 2.000 y 2.500 por año) y de la autoridad que se les reconoce.

El *Conseil d'État*, como juez, desarrolla tres funciones. La primera es la función jurisdiccional de primer grado: ésta, después de la institución de los Tribunales Administrativos, es una excepción, limitada a los actos más importantes del Gobierno. La segunda es una competencia de apelación, restringida después del 1987 (por causa de la institución de las Cortes administrativas de apelación) a pocas materias, como la de las elecciones locales. La tercera es la más amplia, y consiste en una competencia de casación, sobre cuestiones de Derecho.

El juicio frente al *Conseil d'État* presenta dos particularidades. La primera es la presencia del *commissaire du gouvernement* que, sin ser el representante de la Administración, saca conclusiones de todas las cuestiones y propone una solución en sesión pública. La segunda es el número restringido de abogados admitidos para la defensa frente al *Conseil d'État* y la *Cour de cassation*, cerca de noventa, además de aproximadamente veinte *sociétés civiles professionnelles*.

Las *Cours administratives d'appel*, instituidas –como ya se expuso– en 1987, son siete. Están precedidas por un consejero de Estado y desarrollan sólo funciones jurisdiccionales[233].

Los Tribunales Administrativos (hoy Consejos de Prefectura) son veintisiete (más ocho en los territorios y dominios de ultramar) y desarrollan también funciones consultivas, aunque más limitadas, así como funciones jurisdiccionales.

Finalmente, el *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des tours administratives d'appel* obra como órgano de garantía de la independencia y de la inamovilidad de los jueces de los dos últimos órganos.

Los recursos que pueden presentarse ante los jueces administrativos son de dos tipos: *pour excès de pouvoir* y *de pleine juridiction* o *de plein contentieux*, el primero dirigido a obtener la anulación de un acto administrativo, el segundo encaminado a alcanzar una condena de pago por parte de la Administración por responsabilidad.

En cuanto a su objeto, el control jurisdiccional se extiende a todos los actos del poder ejecutivo, incluso a los reglamentos y los *actes de gouvernement* (con la exclusión de aquéllos de nivel constitucional e internacional, como ya se seña-

---

[233] Para un examen de su actividad, léase M.-A- Latournerie. *Reflections on the Development of French Administrative Courts*, en *Eur. Publ. Law*, 6, 2000, p. 401ss.

ló). Se puede decir que no existe un capítulo importante de la historia francesa que no haya subrayado la importancia del *Conseil d'État;* basta pensar en el *arrêt Canal* (1962) ligado al caso de Algeria, en el *arrêt Barel* (1954) relacionado con la guerra fría y en el maccarthysmo o en las decisiones tocantes a los eventos de mayo y junio de 1968.

El control desarrollado por el juez administrativo es muy amplio: aquél sobre el *excès de pouvoir* «aseguró gradualmente una verificación de la discrecionalidad administrativa cualitativamente más intensa que la presente en otros ordenamientos»[234].

El juez administrativo controla el error en la motivación, la exactitud de la motivación y la veracidad de los hechos colocados como fundamento de la decisión, la calificación jurídica de los hechos, el error manifiesto en la evaluación, la proporcionalidad, la violación de la ley, etc.

El juez administrativo anula, pero no ordena la reintegración. Es perentorio para la Administración adecuarse, so pena de cometer una ilegalidad. Por este motivo, las decisiones de los jueces administrativos han sido a menudo consideradas, en el pasado, como platónicas (especialmente aquéllas relativas a los entes locales). Para remediar dicho estado de cosas, se introdujeron, en 1980, las *astreintes* y, en 1995, el poder de requerimiento. Con las primeras, el juez condena al pago de una suma de dinero. Con el segundo poder, el juez asegura la ejecución de las decisiones y prescribe las medidas que la Administración Pública debe tomar.

En 1995 la estructura de la justicia administrativa francesa se completó con la introducción de la tutela cautelar (suspensión provisional de las decisiones administrativas en caso de urgencia). El *sursis à exécution* se admite con la condición de que la ejecución del acto administrativo comporte un perjuicio no reparable y que exista un serio fundamento que justifique la anulación (lo que obliga a determinar el mérito). La decisión en sede cautelar no tiene autoridad de cosa juzgada y el juez, sucesivamente, puede decidir los méritos de modo diverso.

El juez administrativo puede ordenar otras medidas provisionales, como el *constat d'urgence*, hecho por un experto, en general para salvaguardar una prueba, y el *référé*, consistente en la prescripción de medidas de instrucción[235].

---

[234] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 42.

[235] Los *procédures d'urgence* han sido recientemente reformados por la ley del 30 de junio de 2000, *relative au référé devant les juridictions administratives*, incorporada al *Code de justice administrative*, del cual constituye el libro V; para un estudio en conjunto, R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 10ª ed., Paris, Montchrestien, 2001, p. 1232 ss.; véanse también M. Fouletier, *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridiction administratives*, en *Rev. Fr. Dr. adm.*, 16, 2000, p. 963 ss., y M. Rinaldi, Il déféré préfectoral e il sursis à exécution *nella disciplina dei contratti in Francia alla luce della legge n. 2000-597 del 30 giugno 2000: un puro riordino della materia*, en *Dir. Pubbl, comp. Eur.*, 2002, p. 727 ss.

En conclusión, el juez administrativo asegura una tutela eficaz, en la cual, sin embargo, existen inconvenientes. Entre los aspectos positivos, se cita el doble papel del juez administrativo, juez de casos individuales e instrumento de orientación general de la Administración Pública (esta última función desarrollada sea gracias al doble papel del juez, sea gracias a las *conclusions* de los *commissaires du gouvernement*) y la progresiva ampliación de la tutela, que se vuelve más eficaz que la que habría asegurado el juez ordinario[236].

Entre los aspectos negativos, en cambio, se mencionan la hipertrofia y la sobrecarga, una cierta reverencia respecto al poder ejecutivo[237] y la permanencia de zonas de *non-droit*, confinadas con la negación de la justicia[238].

El análisis de la justicia administrativa, entendida en sentido amplio, no estaría completo si no se mencionasen las crecientes intervenciones de los jueces penales (baste recordar las que han conducido a la apertura de los procedimientos penales a cargo de los prefectos), la búsqueda de modos alternativos de resolver los conflictos con la Administración (recursos administrativos, arbitraje, mediación, conciliación, transacciones)[239] y la introducción, en 1973, del *médiateur*, *magistrature d'influence*, cuyo titular lo nombra el gobierno, cuenta con dependencias propias descentralizadas y examina, sin poder de decisión, los recursos de los ciudadanos.

Para estudiar el panorama actualizado de la Administración y del Derecho Administrativo francés, se puede leer el fascículo de la *Documentación Administrativa* española dedicado al Derecho Administrativo francés[240], el fascículo sobre *le Droit Administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation*, de AJDA[241] y el volumen publicado por el Congreso del *Institut International des Sciences Administratives* de Paris, 1998[242]. Pero son imprescindibles los estudios ingleses, en los cuales se encuentra una amalgama entre crítica y admiración, junto a una visión muy insular que en del Derecho Administrativo considera sólo la justicia administrativa. En la principal de estas obras, las ventajas y los méritos del sistema francés se ilustran así:

---

[236] S. Cassese, *«Une des formes de l'État nouveau du monde»*, cit., p. 168 s.

[237] A. Marion, *Du mauvais fonctionnement de la juridiction administrative et de quelques moyens d'y remédier*, en *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 21 ss.

[238] D. Loschak, *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire?*, en *Pouvoirs*, n. 46, 1988, p. 43 ss.

[239] **Sobre este tema, el estudio del** *conseil d'État*, *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage ne matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993, J.-F. Brisson, *Régler autrement les litiges administratifs: les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés*, en Rev. *Dr. Publ.*, 112, 1996, p. 793 ss., y el *dossier* sobre *les modes alternatifs de règlement des litiges*, en *AJDA*, 53, 1997, P. 3 ss.

[240] N. 239, 1994, julio-septiembre.

[241] 1995, 20 juin.

[242] *A propos de l'administration française*, ed. de F. Gallouedec-Genuys, Paris, La Documentation française, 1998.

«the simple and coherent system of administrative discretion [...] The Genius of those who have shaped the 'droit administrative' was to have anticipated this development in France by nearly two countries»[243].

El enfoque limitado a la *judicial review* es compartido también por los estudios norteamericanos del Derecho Administrativo francés[244].

VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL REINO UNIDO AL INICIO DEL SIGLO XXI

1. *MINISTERIAL RESPONSABILITY Y PARTISAN NEUTRALITY* DE LA BUROCRACIA

La base constitucional de la Administración inglesa parte de la temprana afirmación de la *parliamentary sovereignty*. La *glorious revolution* de 1688 y los progresos del siglo XIX, junto a la sucesiva ampliación del sufragio, situan en primer plano al Parlamento en la fase precedente al desarrollo de aparatos administrativos en las dimensiones que hoy conocemos. Frente a la soberanía parlamentaria se encuentra la *ministerial responsibility* del gobierno y, por lo tanto, la burocracia permanece escondida detrás del gobierno, como una *faceless figure* anónima.

La estructura constitucional delineada produce un resultado particular, del cual es difícil encontrar un equivalente en otro sistema. De ella se deduce, por un lado, una rígida separación entre política y Administración; por otro lado, la *partisan neutrality* de la burocracia.

La separación entre política y Administración requiere el divorcio entre burocracia y política, establecido por las convenciones constitucionales y reconocido por el *Masterman Report* (1949) y por el *Armitage Report* (1978). Los *civil servants* no pueden ser candidatos a las elecciones políticas nacionales o europeas, no pueden expresar opiniones políticas en público o apoyar a candidatos, pueden participar en la vida política local sólo con autorización (esto vale para el empleo público que se puede definir como estatal, y para los grados más altos; dichas reglas convencionales se atenúan, en cambio, si se desciende en la jerarquía y se pasa a los empleados locales).

Esta separación comporta la imparcialidad de la Administración, pero en un sentido diferente de aquél en el que se entiende el concepto en Italia o en Francia. El empleado público debe servir lealmente al gobierno encargado,

[243] L. N. Brown y J. Bell, *French administrative law*, cit., p. 304-305.

[244] B. Schwartz, *French administrative law and the common law world*, New York, New York University Press, 1954, también este dedicado en gran parte a *judicial review* y *liability of the State*.

cualquiera que sea su orientación, estando de su parte, aconsejándolo y asegurando que las decisiones que se tomen respondan a los intereses de su partido. Dicha práctica se denomina *partisan neutrality*.

Los dos aspectos (la separación entre burocracia y política y la *partisan neutrality* de la burocracia) están estrechamente relacionados, pues el primero existe en función del segundo: un *civil servant* que manifieste públicamente sus propias opiniones políticas no estaría en grado de servir, indiferentemente, a cualquier Ministro.

Este papel de la burocracia, resumido en la expresión *yes*, *mister*, que podría parecer inferior es, sin embargo, compensado por dos contrapesos. El primero es la ausencia de los «cuscinetti» o intermediarios, entre el nivel político y el nivel administrativo: en el Reino Unido no hay y no podría haber gabinetes de los ministerios, compuestos por personal técnico y político de confianza de cada Ministro. El segundo es el prestigio del que goza el *civil service*, cuya obra es, normalmente, requerida y preciada.

Sin embargo, inclusive con estos contrapesos, el equilibrio así establecido sería precario si éste no se fundara en un ordenamiento que tradicionalmente ha distinguido *policy* de *management*, en el sentido en que no ha asignado a los vértices políticos funciones ejecutivas. Por lo cual, la colaboración entre el Ministro y el *civil servant* se desarrolla sobre cuestiones de dirección, no de gestión[245].

La distinción se acentuó con la constitución de las *Agencies* centrales, con la difusión de los *Contracting-out*, de los servicios públicos y con el *New Public Management*, que han acentuado la separación entre la actividad del gobierno y la gestión pública[246].

---

[245] *The changing Constitution*, ed. By J. Jowell y D. Oliver, 4ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000.

[246] Sobre las tendencias de la Administración Pública después de las reformas Thatcher y el *New Public Management*, P. Self, *Government by the Market? The Politics of Public Choice*, Basigstoke, Macmillan, 1993; G. Jordan, *The British administrative system: principles versus practice*, London, Routlege, 1994; O. E. Hughes, *Public management and administration: an introduction*, London, Macmillan, 1994; A. Doig y J. Wilson, *What Price New Public Management*, en *Pol. Q.*, 1998, p. 276 ss.; N. Flynn, Modernising British Government, en *Parl Aff.*, 1999, p. 582 ss.; A. Gray y B. Jenkins, *British Government and Administration 1997-1998: Modernisation and Democratisation?*, en *Parl Aff.*, 1999, p. 140 ss., Id., *Government and Administration 1998-1999: Overcoming «Conservatism»-A Job Half Done?*, *ivi*, 2000, p. 219 ss.; las contribuciones presentadas en el *Symposium on New Labour and the modernisation of public management*, en *Publ. Adm.*, 2001, p. 1 ss., y, finalmente, A. Discoll y J. Morris, *Stepping out: historical Devices and Culture Change Management in the UK Civil Service*, *ivi*, 2001, p. 8044 ss. Sobre las recientes reformas constitucionales y administrativas, *Constitutional Reform in the United Kingdom; Practice and Principles*, ed. By I. Hare and C. Foryth, Oxford, Hart Publishing, 1998, *Constitutional Futures: A History of the New Ten Years*, ed. By R. Hazell, Oxford, Oxford University Press 1999, R. Hazell, *Reinventing the Constitution: Can the State Survive?* In *Publ. Law*, 1999, p. 84 ss., *The Executive in the Constitution: Strusture*, *Autonomy and Internal Control*, ed. By T. Daintith y A. Page, Oxford, Oxford University Press 1999, R. Hazell y D. Sinclair, *The British Constitution in 1997-1998: Labour's Constitutional Revolution*, *in Parl Aff.*, 1999, p. 161 ss., R. Hazell, M. Roussel, B. Seyd y D, Sinclair, *The British Constitution*

2. EL PAPEL LIMITADO DEL ELEMENTO JURÍDICO

El personal administrativo de formación legal dominó hasta el siglo XVII. Su decadencia comenzó con la crisis del *political patronage* y aumentó con la división de las profesiones legales en dos categorías, *solicitors* y *barristers*. «By the end of the nineteenth Century, legally trained civil servants were rapidly disappearing in the administrative elite»[247]. Actualmente, los *civil servants* con preparación jurídica representan un porcentaje irrisorio (calculado como el 4% en 1970[248]).

Este limitado número de empleados públicos juristas desarrolla funciones específicamente jurídicas, en las *legal offices*, a diferencia de los países en donde prevalece el *Juristenmonopol* y las personas con formación jurídica desempeñan el papel de generalistas. Este último se desarrolla, en el Reino Unido, por personas sin una preparación específica y que en general proceden de Oxford o Cambridge, donde han estudiado literatura clásica, filosofía, ciencia política.

Al papel secundario de la formación jurídica corresponde un desarrollo limitado de la misma cultura jurídica administrativa. El Derecho inglés no presenta, en el campo administrativo, la amplitud y el nivel de sofisticación del francés. Aquél se concentra principalmente en la *Administrative justice* (es decir, en la justicia administrativa), interesándose sólo esporádicamente en otros temas como las *public corporations* y el *local government*. Falta la obra de sistematización y organización de la cultura jurídica y la del juez *ad hoc*.

El inexistente desarrollo de la cultura jurídico-administrativa está relacionado con la tendencia inglesa dirigida a respetar las culturas administrativas locales, sin imponer reglas más generales. El campo en el cual se evidencia dicho fenómeno es en la colonización: en sus vastos dominios, el Reino Unido impuso una *indirect rule*, limitándose a gobernar, sin modificar los elementos tradicionales, las normas y las estructuras administrativas locales[249].

---

in 1998-99: The Counting Revolution, *ibid*., 2000, p. 242 ss., R. Hazell, *Reforming the Constitution*, en *Pol. Q*., 2001, p. 39 ss., N. Walker, *Beyond the Unitary Conception of the United Kingdom Constitution?*, en *Publ. Law*, 2002, p. 384 ss., además de los numerosos artículos publicados en los dos números de *Parl. Aff*., de F. F. Ridley y M. Rush, titulados respectivamente *UK 2000: Modernisation in progress?* (n. 2/2001) y *UK 2001: Into the Second Term* (N. 2/2002).

[247] J. A. Armstrong. *The European Aministrative Elite*, cit., p. 161.

[248] Y. Menry, *Politique comparée*, cit.; del mismo autor, *Amministrazioni pubbliche e ordinamento europeo*, en *Diritto amministrativo comunitario*, de L. Vandelli, Bottare y D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, p. 245 ss.

[249] Sobre la *indirect rule* es interesante el escrito de un no-jurista como B. Malinowski, *The Dynamics of Cultural Change* (1945), New Haven (cr), Yale University Press, 1961. Malinowski observa que la *indirect rule* comprende una reordenación de la soberanía, de las fuentes del poder ejecutivo y del sistema financiero. El resto se funda sobre la colaboración y la división del trabajo entre la autoridad local y el control de la fuerza dominante.

3. DE LA *RULE OF LAW* AL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Si el elemento jurídico tiene un papel limitado en la Administración, el Derecho Administrativo fue, hasta tiempos recientes, incluso desconocido. Fundado sobre el principio del monismo, sea jurídico o judicial, el ordenamiento inglés no podía admitir la existencia un Derecho separado, con principios propios. Por otra parte, la ausencia de jueces *ad hoc* contribuía a reforzar el carácter unitario del Derecho.

El sistema constitucional estaba dominado, según Dicey, por la *rule of law*, a la que atribuía tres significados: que el Estado no tiene poderes especiales; que los empleados públicos son personalmente responsables; que los jueces ordinarios son competentes para juzgar a los empleados públicos y su actividad[250]. En síntesis, para Dicey la *rule of law* es el bastión que se erige contra el Derecho Administrativo, sirve para negar el Derecho Administrativo, pues implica que todos están sometidos al mismo Derecho y al mismo juez[251].

Y si es cierto que los intentos recientes de dar un contenido preciso a la *rule of law*, apartándose de Dicey, no han tenido éxito[252], es igualmente cierto que los pasos en sentido opuesto al viejo sistema se han dado aplicando criterios inspirados en la concepción monista. El Art. 2 de la Ley de 1947, que suprime la inmunidad de la Corona, dispone que ésta debe someterse al régimen de responsabilidad que le sería aplicable si fuera una persona privada, mayor de edad y plenamente capaz.

El resultado más importante de la actividad de las Cortes inglesas en el siglo XX, según Lord Diplock, es el reconocimiento del Derecho Administrativo[253]. En la famosa decisión O'Reilly v. Mackman, de 1982[254], Lord Diplock escribió: «the appreciation of the distinction in substantive law between what is private law and what is public law has itself been a late-comer to the English legal system. It is the consequence of the development that has taken place in the last 30 years of the procedures available for judicial control of administrative action»[255].

---

[250] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, 2ª ed., London, Butterworths, 1997, p. 39-40.

[251] A. V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 187-196.

[252] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit. p. 65. Léase también J. Jowell, *The Rule of Law today*, en *the Changing Constitution*, cit., p. 3 ss., en particular p. 22.

[253] En A. C., 1982, 167, cit. De M. P. Chiti, *L'affermazioni della giustizia amministrativa in Inghilterra. Dalla common law al droit administratif?*, en *Dir. Procedimiento. Amm.*, 1990, p 541 ss., p. 546.

[254] *2AC*, 1983. 237, p. 279, sobre C. Harlow y R. Rawlings, *Law and Administration*, cit., p. 554 ss.

[255] **Sobre los desarollos del Derecho Administrativo inglés, Lord Scarman,** *The development of administrative law: obstacles and opportunities*, en *Publ. Law*, 1990, p. 490 ss.; G. Borrie, *The regulation of Public and Private Power*, *ibid.*, 1990, p. 552 ss.; N. Bamforth, *Reform of Public Law: Pragmatism or*

Como observó un empleado público inglés, «it is no longer permitted to say that we have no administrative law, but most British administrators would find difficult to say what it is»[256].

La cuestión sobre la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado y sobre la existencia de un Derecho Administrativo como una rama separada continúa en discusión. También quien la acepta afirma que se trata de una «definition without distinction»[257] y que no existe un cuerpo de reglas enteramente autónomas y separadas del Derecho Privado. La división –se observa– se refiere principalmente a las acciones susceptibles de ejercicio y al procedimiento de control jurisdiccional de la Administración, sobre la afirmación de la *rule of exclusivity* (por la cual la *application for judicial review* –o control jurisdiccional de la Administración– se localiza en una unidad especializada de la *High Court*). Ello no obstante, no se aplica en otros ámbitos, como los contratos o la responsabilidad[258].

El reconocimiento pleno del Derecho Administrativo en el Reino Unido encuentra, en realidad, dos obstáculos. El primero deriva del hecho de que el Derecho inglés es, en gran medida, *judge-made law* y que la ausencia de un juez especializado se refleja en la afirmación del campo del Derecho relativo. El segundo se refiere a que un cuerpo tendencialmente coherente y dotado de principios propios es visto por el gobierno como una limitación de su propio poder y por el Parlamento como una negación de su soberanía legislativa, que el mismo Gobierno tiene interés en proteger pues, como patrón de la mayoría

---

Principle?, en *Mod Law Rev.*, n. 58, 1995, p. 722 (especialmente sobre la *judicially-led transformation*); C. Harlow, *Back to Basics: Reinventing Administrative Law*, en *Publ. Law*, 1997, p. 245 ss.; *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints and New Horizons*, ed. por P. Leyland y T. Woods, London, Blackstone, 1997; D. Oliver, *Public Law procedures and remedies –Do We Need Them?*, *ibid*., 2002, p. 91 ss.; P. P. Caig, *Public Law, Political Theory and Legal Theory*, in *Publ. Law*, 2000, p. 211 ss., donde el autor trata tanto la *constitutional*, como la *administrative law*, analizando sus relaciones; en referencia, en cambio, a las relaciones entre el *public law* inglés y el de otros países, C. Harlow, *Export, Import. The Ebb and Flow of English Public Law*, *ibid*., p. 240 ss.

[256] C. H. Sisson. *The Spirit of British Administration*, London, Faber, 1959, p. 49.

[257] **C. Halow,** *«Public» and «Private» law: definition without distinction*, en *Mod. Law Rev.*, 43, 1980, p. 241 ss.; léanse también los siguientes escritos: H. Woolf, *Public law-private law: why the divide? A personal view*, en *Publ. Law*, 1986, p. 220 ss.; D. Oliver, *The frontiers of public law*, en *Publ. Law*, 1993, p. 2 ss.; Lors Woold of Barnes, *Droit Publi-English Style*, *ibid*., 1995, p. 57 ss.; G. Drewry, *Public Law*, en *Publ. Adm*., 73, 1995, p. 41 (trad. it. en *Prob. Amm. Pubbl.* 1996, p. 385 ss.); D. Oliver, *Le comuni fondamenta e le differente del diritto pubblico e privato*, en *Prob. Amm. Pubbl.*, 1998, p. 559 ss.; Id., *Common Values and the Public Private Divide*, London, Butterworth, 1999; Id., *Droit public-droit privé en Angleterre*, en *Rev. Intern. Dr. Comp.*, 2001, p. 329 ss.; el *review article* de M. Taggart, *Reinvented Government, traffic Lights and the Convergence of Public and Private. Review of Harlow and Rawlings:* Law and Administration, en *Publ. Law*, 1999, p. 124 ss.

[258] **C. Halow y R. Rawiling,** *Law and administration*, cit., p. 7-9; en el sentido de que el Derecho Público tiene actualmente sus propios principios y su propio juez, M. Loughling, *The development of Public law in the United Kingdom*, en *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 621 ss., en particular, p. 639.

parlamentaria, controla el Parlamento y se sirve de dicha posición[259]. Se puede decir, por lo tanto, que las dificultades de la afirmación del Derecho Administrativo derivan también del sistema constitucional inglés: en los países en los cuales hay una menor continuidad y una mayor dialéctica entre el Parlamento y el Gobierno, el Parlamento está más dispuesto a dictar normas de control del Gobierno y de la Administración Pública y a desarrollar, de esta manera, el Derecho Administrativo.

Paradójicamente, el mayor énfasis de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado proviene, en el Reino Unido, de las privatizaciones realizadas a partir de 1979. Éstas, por una parte, atraen la atención sobre las diferencias entre propiedad pública y propiedad privada; por otra, en el sector de las *public utilities* contribuyen a un desarrollo de la denominada *regulation* («regulación» de los sectores regulados) y, por lo tanto, suponen una sustitución de la propiedad pública por una propiedad privada limitada por el Derecho Administrativo.

Todas estas dificultades e incertidumbres se reflejan también en el desarrollo científico del Derecho Administrativo de dos maneras como mínimo. Por un lado, el Derecho Administrativo encuentra dificultades para romper el cordón umbilical con el Derecho Constitucional: basta decir que la mayor parte de los manuales tratan las dos ramas del Derecho. Por otro lado, como ya se expuso, el Derecho Administrativo se interesa por la patología de la Administración (de la justicia administrativa), en vez de reconstruir los principios y los conceptos del sector[260].

Recientemente se ha manifestado la tesis que afirma que la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público en el Reino Unido es fruto de un trasplante insatisfactorio por la diversidad del contexto con respecto a Francia[261]. Ésta habría tenido una teoría del Estado, una concepción de la Administración como un cuerpo separado regido por principios especiales, una concepción «categórica» del Derecho, una particular forma de separación de los poderes y procedimientos judiciales «inquisitoriales». En Inglaterra, en cambio, la centralización estaría limitada y acogida de forma tardía, la teoría jurídica habría tenido otra evolución, la concepción del Derecho es de carácter «reactivo» (o, en inglés, «remedial»), esto es, basado en medidas de defensa que se activan ante determinadas circunstancias; el sistema judicial es independiente, etc. Este tipo de análisis, aun teniendo el mérito de poner el Derecho en su contexto, presenta el defecto de absolutizar el contexto, como si este no fuera fruto de contingencias.

---

[259] Lord Scarman, *The development*, cit., p. 493.

[260] D. J. Galligan, *Judicial review and textbook writers*, en *Ox. J. Leg. Sr.*, 2, 1982, p. 257 ss.

[261] J. W. F. Allison, *A continetal distinction in the common law*, cit.

4. UN CENTRO FRAGMENTADO Y UNA PERIFERIA BAJO CONTROL CENTRAL

La Administración central inglesa jamás se preocupó por la uniformidad. Actualmente está compuesta por una variedad de cuerpos y estructuras, a menudo difícilmente clasificables y, por este motivo, agrupados en familias que constituyen conceptos-paraguas.

La complejidad de la Administración deriva en parte de la complejidad del gobierno que, sin poseer una estructura fija, hoy está compuesto, aparte del *Prime minister*, por veintidós *cabinet ministers*[262] y por sesenta y un *junior ministres*, de los cuales veintisiete son *ministers of State* y treinta y cuatro *parliamentary under-secretaries*[263].

En el centro de la organización estatal hay dieciocho grandes aparatos dirigidos por un ministro, pero denominados de diversas formas: *Office of the Deputy Prime Minister; Cabinet Office; Department for Culture, Media and Sport; Ministry of Defence; Department for Education and Skills; Department for Environment, Food and Rural Affairs; Foreign and Commonwealth Office; Department of Health; Home Office; Department for international Development; Lord Chancellor's Department; Northern Ireland Office; Scotland Office; Department of Trade and Industry; Department for Transport; Her Majesty treasury; Wales Office; Department for Work and Pensions.*

Junto a estas estructuras, existen veinte *non ministerial Departments*, los cuales comprenden los distintos puestos de control de las *public utilities*[264] y *Charity Commission*, *The Crown Estate*, *The Crown Prosecution Service*, *HM Customs and Excise*, *Office of Fair Trading*, *Food Standards Agency*, *Forestry Commission*, *Inland Revenue*, *Commissioner for the Reduction of the National Debt*, *Office of HM Paymaster General*, *Public Works Loan Board*, *Serious Fraud Office*, *Office for Standards in Education.*

Existen también autoridades independientes, como la *Competition Commission* (que sustituyó, en 1999, la *Monopolies and Mergers Commission*), la *Commission for Racial Equality*, la *Civil Aviation Authority* y cerca de ciento cincuenta *agencies* (definidas, por el nombre del programa con el que se dio inicio a su constitu-

---

[262] A éstos debe sumarse el *Minister of State for Work* y el *Government Chief Whip*, *House of Lords and Captain of the Gentleman at Arms*, que participan en las reuniones del *Cabinet*, aun sin ser miembros.

[263] En el caso en el que a un *department* no se le asigne un *secretary of State*, los *Parliamentary under-secretaries* se denominan *Parliamentary secretaries.* Sobre los *junior ministers*, se puede leer el estudio de K. Theakston, *Junior Ministers in the 1990s*, en *Parl. Aff.*, 1999, p. 230 ss.

[264] Se trata de las siguientes oficinas: *Office of Gas and Electricity Markets/Gas and Electricity Markets Authority (Ofgem)*, *Office of the International Rail Regulator*, *Office of the Rail Regulator*, *Office for the Regulation of Electricity and Gas (Northern Ireland)*, *Postal Service Commission*, *Office of Telecommunications*, *Office of Water Services.*

ción, *next steps agencies*[265]), que tienen en sus dependencias trescientas ochenta mil personas aproximadamente. Entre estas *agencies* existen instituciones como la *Highway Agency*, la *Medicines Control Agency*, la *Vehicle Certification Agency*[266]. Si las relaciones entre el centro y la periferia en la primera mitad del siglo XIX se caracterizaban, como ya se señaló, por el hecho de que el centro gobernaba y la periferia administraba, por lo cual, según una antigua expresión, los ingleses podían administrarse estado en la puerta de la casa; en la segunda mitad del siglo, pero especialmente en la centuria sucesiva, se ha registrado un continuo progreso de la centralización que caracteriza el ordenamiento actual.

En primer lugar, en un sistema en el que si la decisión era central, la ejecución era local, se fueron constituyendo *field offices*, no muy diversas de los *services extérieurs* de la Administración francesa.

En segundo lugar, a pesar del peso del regionalismo, sólo Escocia presenta una estructura regional plena, seguida por la autonomía más atenuada de Gales. Inglaterra, aunque dividida en siete áreas regionales, acorde a fines económicos, permanece bajo una estructura unitaria. En este orden de ideas, el regionalismo perdura como un elemento periférico del sistema, limitado a las partes que, en su condición de regiones históricas o lingüísticas, siempre han tenido una fuerte identidad autónoma[267].

---

[265] La principal característica que diferencia tales estructuras respecto a las otras *agencies* instituidas fuera del programa *Next Steps* es que, mientras estas últimas están reguladas por *Statute*, que disciplina detalladamente su composición y sus poderes, la organización y el funcionamiento de las *Next Steps agencies* se establecen mediante un *Framework agreement*, estipulado entre el ministro y la agencia. Sobre este punto, P. P. Craig, *Administrative Law*, 4ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1999, p. 80 ss., R. Perez, Le next steps agencies *e il riordino del siema amministrativo inglese*, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991 p. 1344 ss., A. Adonis, *La reforma della funzione pubblica in Gran Bretagna. Il programma «Next Steps»*, en *La reforma amministrativa in Europa*, de Y. Meny y V. Wright, Bologna, Il Mulino, 1994, n. 547 ss., N– Lewis, *Reviewind Change in Government: New Public Management and Next Steps*, en *Publ. Law*, 1994, p. 105 ss., J. Fuller, *Next stops learned and future policy*, en *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1999, p. 523 ss., S. Cattaneo, *Agencies e regulation nel Regno Unito*, en *Le Autorità independenti. Da fattori evolutuvi ad elementi della trasizione nel diritto pubblico italiano*, ed. de S. Labriola, Milano, 1999, p. 731 ss. Para un estudio sobre las diferentes tipologías de *agencie*, L. Pilatzky, *Quangos and agencies*, en *Publ Adm.*, 1992, p. 555 ss.

[266] **Sobre la compleja organización central inglesa, B. W. Hogwood,** *Les familles de Whitehall: les administrations centrales et les types d'agences en Grande-Bretagne*, en *Riv. Inter. Sc. Adm.*, 1995, p. 587 ss.; el n. sobre *The Quango Debate* de *Parl. Aff.*, 48, 1995, n. 2, p. 181 ss.; *Public Bodies 1996*, *London*, H.m.s.o., 1996. Respecto a la modernización dirigida por el gobierno laborista en el segunda mitad de los años noventa del siglo XX, pueden leerse *Modernizzare l'amministrazione pubblica. Il libro bianco del Regno Unito*, con la presentación de S. Cassese, Bologna, Clueb, 2000, N. Williams, *The Changing Face of Whitehall: Open Goverment*, *Policy Development and the Quest for efficiency*, en *Pol. Q.*, 1998, p. 258 ss., Id., *Modernising Government: Policy Networks*, *Competition and the Quest for Efficiency*, *ibid.*, 2000, p. 412 ss., M. Flinders, *Governance in Whitehall*, en *Publ. Adm.*, 2000, p. 305 ss., D Kanavagh y D. Richards, *Departmentalism and Joined-Up Government: Back to the Future?*, en *Parl. Aff.*, 2001, p. 1 ss.

[267] Sobre los caracteres del federalismo británico y sobre la llamada *devolution* de 1998 con el *Scotland Act*, el *Government of Wales Act* y el *Northern Ireland Act*, léanse V. Bogdanor, *Devolution: Decentralisation or Disintegration*, en *Pol. Q.*, 1999, p. 185 ss., N. Burroes, *Devolution*, London. Sweer and

En tercer lugar, la reforma de 1972, realizada en 1974 y modificada en 1985 y en el bienio 1999-2000, redujo los mil quinientos poderes locales precedentes a cerca de cuatrocientos entes de mayores dimensiones (cuarenta y siete condados, divididos en cerca de trecientos distritos, salvo otros organismos como *boroughs* y *parishes*)[268]. Ningún país con arraigadas autonomías locales, y menos Francia (aunque la necesitaría por el número excesivo de *collectivités locales*), ha experimentado una reforma de tal envergadura, decidida desde lo alto, con la reducción a un tercio de los poderes locales.

El número de los empleados locales sobre el total de los empleados públicos, que son –como se expuso– cerca de dos tercios (aunque comprende los profesores, a pesar de que la centralización del sistema escolar tras la introducción del *nacional curriculum* debería excluirlos), comparado con el de otros países, como Francia, y con el punto de partida del Reino Unido, confirma estas conclusiones[269].

5. LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y LOS *CIVIL SERVANTS*

Los empleados públicos británicos son cerca de seis millones, de los cuales los *civil servants* son una pequeña parte (aproximadamente cien mil, después de que otros trecientos ochenta mil pasaran a las *agencies* donde se desarrollan actividades operativas centrales). Los sectores donde es mayor el número de los *civil servants* son *Social Security*, *Revenue* y *Defence*. La parte restante del personal depende de los entes locales (entre éstos, numerosos profesores), del *National Health Service* (con distintos estatutos) y de la policía.

Maxwell, 2000, *The State and the Nations: The first Year of Devolution in the United Kingdom*, ed. de R. Hazell, Thorverton, Imprint Academic, 2000, y M. Laffin, *Constitutional Design: A Framework for Analysis*, en *Parl Aff.*, 2000, p. 532 ss. Sobre el tema de los *corcordats* entre el gobierno británico y las *devolvved administration*, R. Rawilings, *Concordats of the Constitution*, en *LQR*, 2000, 16, p. 257 ss y J. Poirier, *The Functions of Intergovenmental Agreements: Post-Devolution Concordats in a Comparative Perspective*, en *Publ. Law*, 2001, p. 134 ss.

[268] Y. Meny, *Politique comparée*, cit.

[269] Sobre la organización periférica, C. Gray, *Goverment beyond the cenire: subnacional politics in Britain*, London. Macmillan, 1994, que distingue cuatro categorías de organismos periféricos: *local government*, *National Health Service*, *regional and local outposts of the centre*, *quangos*. Sobre *local government*, léanse además, *Local Government in the 1990s*, ed. de J. Stewart y G. Stoker, Basingstoke, Macmillan, 1995; J. Stewart, *The nature of British Local Government*, Besingstoke, Macmilla, 2000; J. Stewart, *The nature of British Local Government*, Palgrave Macmillan, 2000; R. Leach y J. Percy-Smith, *Local Governance in Britain*, Palgrave, 2001. Con referencia a las modificaciones introducidas en el bienio 1999-2000, M. Loughlin, *Restructuring of central-local government relations*, en *The Changing Cosntitution*, cit., p. 137 ss.; P. Vincent-Jones, *Central-Local Relations under the Local government Act 1999: A New Consensus?*, en *Mod. Law. Rev.*,2000, p. 84 ss.; J. Brooks, *Labour's Modernization of Local Govenment*, en *Publ. Adm.*, 2000, p. 593 ss.; D. Wilson, *Local Govenment: Balancing Diversity and Uniformity*, en *UK 2000: Modernisation in progress?*, cit.; L. Pratchett, *Local goverment: From Modernisation to Consolidation*, en *UK 2001: Into the Second Term*, cit., p. 331 ss.

El mismo estatuto de los *civil servants* está, en realidad, constituido por un conjunto de reglas diferentes e inciertas sobre muchos puntos. Inclusive, el *civil service* no tiene una definición precisa: el término incluye a los *servants of the Crown* que no forman parte de la categoría de los militares.

Los *civil servants* están sometidos a pocas leyes. Para lo demás, sobre ellos se ejerce la *royal prerogative*, es decir, el residual poder discrecional de la Corona, que se ejerce a través de *orders in Council*, *Regulations*, *Instructions*, *Minister for the Civil Service* o mediante el *Treasury*. Salarios y condiciones de trabajo se determinan mediante negociaciones[270].

A diferencia de los pocos grados franceses, el *civil service* comprende doce grados jerárquicos y oficios diversos, que van desde el *Social Security Group* al *Professional and Technology Group* y al *Administration Group*.

La parte más interesante es la constituida por los primeros siete cargos (al vértice de los cuales se encuentra el *Permanent Secretary*, director colaborador del ministro), que se ordenan en una estructura abierta, de carácter interministerial. En dicha estructura el acceso es, en principio, no sectorial, pero interministerial y los procedimientos de reclutamiento se desarrollan bajo el control de un organismo que debe garantizar la neutralidad de la selección, realizada según el mérito (*Civil Service Commission*, luego *Office of Civil Service Commissioners*)[271].

Las razones del éxito del *civil service* dependen de un conjunto de elementos. Básicamente, del número restringido del personal con esta calificación. En segundo lugar, del reclutamiento hecho en base al mérito y de una genérica representación de personas, lo que permite el acceso de diversas especialidades, a diferencia de otras Administraciones públicas dominadas por personas con formación jurídica. En tercer lugar, de la tradición de anonimato, discreción y abstención de la participación pública en la política, ya señalada.

Lo anterior no quiere decir que no se presenten periódicamente propuestas de reforma, como la elaborada por Fulton (1968) o la que formulaba contrac-

---

[270] Sobre el *civil service* inglés, G. Fry, *policy and Management in the British civil service*, London, Prentice Hall-Harvestel Wheatsheaf, 1995, especialmente p. 5 s., donde se reporta la observación de Lord Balfour (1928) según la cual la Crona y el *civil service* son los dos elementos de la Constitución inglesa «able to mitigate the stresses and strains inseparable from party warfare»; K. Theakston, *Continuity, Change and Crisis: the Civil Service since 1945*, en *Publ. Pol. Adm.*, 10, 1995, n. 3, p. 45 ss.; M. Freedland, *Contracting the employment of civil servants– a transparent exercise?*, *en* Publ. Law, 1995, p. 224 ss.; P. Barberis, *The Civil Service in an Era of Change*, London, Dartmouth, 1998; R. A. W. Rhodes, *New Labour's civil service: Summing-up joinig-up*, *en Pol. Q.*, 2000, p. 251 ss.; C. Pilking, *The Civil service in Britain today*, Manchester, Manchester University Press, 1999. Sobre la necesidad de un estatuto unitario para el *civil service*, N. D. Pilkington, *A Civil Service Act for the United Kingdom*, en *Publ. Law*, *1998*, p. 463 ss.; V. Bogdanor *Civil Service reform: A Critique*, en *Pol. Q.*, 2001, p. 291 ss. Sobre otras funciones, P. Barberis. *The élite of the élite: permanent secretaries in the British higher civil service*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

[271] A. Claisse y M. C., Meiniger, *Fonctions*, cit., p. 55-56 y 69.

tualizar la relación que todavía permanece sometida al poder unilateral del ejecutivo, la cual alcanza hasta el *prerogative power of dismissal at will*[272].

6. PODERES Y OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Mientras en un ordenamiento como el francés en el centro del Derecho Administrativo está el acto administrativo, éste juega un papel menor en el Derecho Administrativo inglés. El motivo, ya expuesto y al cual se retomará, es que la justicia administrativa francesa, no pudiendo responsabilizar a los funcionarios, a causa de su (relativa) inmunidad inicial, desarrolló la teoría del acto administrativo como objeto de su intervención. El control judicial de la Administración inglesa no ha podido, por largo tiempo, atacar a la Corona y evolucionó, entonces, sin centrarse en el acto administrativo, gran ausente en el Derecho Administrativo inglés.

Esto no quiere decir que el Derecho Administrativo inglés no prevea un poder de acción unilateral, que, sin embargo no se refiere al acto y no está institucionalizado[273]. Existen, por lo tanto, también en el Reino Unido, medidas cautelares, inspecciones con acceso coactivo, secuestros, órdenes de demolición etc., dispuestos por la Administración Pública y ejecutados por ésta en caso de incumplimiento del particular.

Los poderes unilaterales encuentran su fuente en la *royal prerogative* y en leyes específicas. La primera, que no se sustrae al control judicial, permite el ejercicio de poderes unilaterales en las relaciones internacionales. De hecho, a causa de la ausencia de un principio de separación de poderes, el ejecutivo dispone de todos los poderes del Estado salvo los que le están expresamente sustraídos, como los unilaterales en materia de libertad personal.

Por su parte, leyes específicas atribuyen a la Administración Pública poderes unilaterales en materia de sanidad, de seguridad del trabajo, de urbanismo, de protección de bienes culturales, de protección del medio ambiente, mediante los cuales puede ordenar (hacer u omitir), acceder a propiedad privada, ins-

---

[272] **Sobre el surgimiento hay abundante literatura, entre la cual se encuentra en particular: C.** Charlot, *L'énarchia à L'inglaise*, Lille, Presses Universitaires de Lille, 1989; S. Fredman y G. S. Morris, *The State as Employer Service Committee-Fight Report: the Role of the Civil Service*, I, Session 1993-1994, London, Hmso, 1994; The Civil Servise, *Continuity and Change*, London, Hmso, july 1994; R. Pyper, *The British Civil Service*, London, Prentice Hall-Harvester Wheatsheaf, 1995; G. Fry, *Policy and Management in the British Civil Service*, cit.; K. Dowding, *The Civil Service*, London Routledge, 1995; G. Fry, *Policy and Management in the British Civil Service since 1946*, Oxford, Blackwell, 1995; J. Burnham, *Whitehall and the civil service issues for the Millennium and beyond*, Sheffield, Sheffield Hallma University Press, 2000; C. D. Foster, *The civil service under stress: the fall in civil service power and authority*, en *Publ. Adm.*, 2001, p. 725 ss.

[273] M. Lefébvre, *Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français*, Paris, L.g.d.j., 1961.

peccionar sin el consenso del privado, pedir la exhibición de actos, ejecutar directamente, etc.[274]

En este orden de ideas, el Derecho Administrativo inglés está, pese al *cliché* difundido del «tipo ideal» producido por el error de Dicey, fundado sobre el concepto de autoridad que actúa, en virtud de sus poderes, de modo unilateral y no debe necesariamente ponerse de acuerdo con los privados o dirigirse al juez para la previa verificación jurisdiccional de sus decisiones.

¿Pero cómo se equilibra la acción administrativa? Según un modelo frecuente en el Reino Unido, más que a través de principios propios del Derecho Administrativo, se realiza a través de principios judiciales, principalmente el de *natural justice* o *fairness*, que trae consigo la obligación de imparcialidad (*bias* o *Nemo judex in causa sua*) y la obligación de escuchar a las partes (*hearing* o *audi alteram partem*).

La obligación de *bias* implica que quien decide debe ser imparcial, no sólo en el sentido de que no debe tener un interés personal en la decisión, sino que tampoco debe tener un interés en la decisión misma: por ejemplo, quien propone una sanción administrativa no debe, luego, decidir sobre su imposición.

El *hearing* comprende la *notice*, la audiencia, el derecho de quien es escuchado a tener un representante o defensor, la obligación de motivar, después de la audiencia, la decisión alcanzada, el derecho de defensa en sede judicial contra la decisión.

La decisión más importante sobre el *hearing* es aquélla de la *House of Lords* Ridge v. Baldwin, de 1964[275], en la cual se afirma que un empleado público destituido tiene derecho a la previa contestación de las objeciones y a ser escuchado.

7. LA *ADMINISTRATIVE JUSTICE*

El Derecho Administrativo inglés, como se ha descrito, tuvo una evolución relativamente rudimentaria. La situación cambia cuando se pasa a las zonas de frontera situadas entre la actividad administrativa y la política y entre la actividad administrativa y la jurisdiccional. En la primera, está la institución de las *inquiries*, que permiten la consulta de los interesados antes de la adopción de decisiones que afectan a la colectividad (por ejemplo, el trazo de una vía). Las *inquiries* responden a las mismas exigencias y tienen una estructura parecida

[274] Sobre el uso de los poderes ejecutivos por parte de la Administración Pública inglesa, hay pocos escritos, entre ellos, P. Diamond, *Dishonourable Defences: The Use of Injunction and the EEC Treaty-Case Study of the Shops Act 1950*, en *Mod Law Rev., 54, 1991*, p. 22 ss.

[275] *IC*, 1964, 40, sobre el que C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit., p. 500 ss. sobre la prohibición de *bias*, en cambio, léase D. Williams, *Bias; The Judges and the Separation of Power*, en *Publ. Law*, 2000, p. 45 ss.

a las *enquêtes publiques* francesas. En cambio, en la segunda zona de frontera, ubicada entre Administración y justicia, en el Reino Unido existe un conjunto de órganos que desarrollan funciones administrativas de manera jurisdiccional, poco frecuentes en Francia[276] y desarrolladas en el Reino Unido gracias a la originaria ausencia de separación entre los poderes públicos.

De forma distinta, pertenecen a esta zona de frontera los *justices of peace* y los *administrative Tribunals*. Los *justices of peace* son órganos locales, ya desarrollados en el siglo XIX, compuestos por *magistrates* nombrados desde el centro, pero con designación local. Estos *magistrates*, hoy poco menos de treinta mil, son *laymen*, es decir, no especialistas, y están acompañados en las sedes y para los casos más importantes por especialistas. Desempeñan tanto funciones jurisdiccionales menores, en materia penal y administrativa, como funciones administrativas locales, como, por ejemplo, la expedición de licencias.

Los *Tribunals* (denominados también *commissions*, *comités*, *authorities*, etc.) han tenido su mayor desarrollo en el siglo XX y en sede central. Desempeñan actividades que se encuentran en la frontera entre la función administrativa y la judicial, definidas como *quasi-judicial*, especialmente en el campo del *Welfare* (sanidad, seguridad social, instrucción, inmigración, etc.). Regidos por dos leyes, de 1958 y 1992, son cerca de dos mil, de ochenta tipos diferentes. Examinan cada año más de un millón de casos, tomando aproximadamente trecientas mil decisiones (la parte restante de los casos se resuelve de forma amistosa)[277].

Las características a destacar de los *Tribunals* son las siguientes. Están compuestos por expertos en el sector, nombrados por el gobierno pero elegidos de listas de nombres indicados por el Lord Chancellor, sin el consenso del cual no pueden ser suspendidos. Deciden de modo independiente del Gobierno y de la Administración, al término de un procedimiento contencioso (con *hearing*), inclusive más informal que el procedimiento judicial, en ciertos casos de tipo *adversarial* (cuando las partes están en primer plano), en otros de tipo *inquisitorial* (cuando el *Tribunal* ocupa el primer lugar). Tienen la obligación de motivar sus decisiones, las cuales se pueden impugnar antes la *High Court* por *questions of law*. Están bajo la vigilancia del *Council on Tribunals* que, según el informe de la comisión Franck (1957) habría debido ser el órgano que garantizara su inde-

---

[276] Véase una lista en L. N. Brown y J. Bell, *French administrative law*, cit., p. 309 ss.

[277] Sobre el número de los *lay magistrales*, *Magistrates Courts*, en *Surrey of Current Affairs*, XXII, 1922, march, n. 2, p. 55; sobre los *tribunals*, P. Gérard, *Les tribunaux administratifs britanniques*, en *AJDA*, 1992, p. 3 ss., y A. W. Bradley, *Administrative justice and Judicial review: taking Tribunals Seriously?*, en *Publ*, *Law*, 1992, p. 185 sss.; sobre la organización de la justicia administrativa inglesa, J. Bell, *L'organisation du contentieux administratif en Grande-Breatgne*, en *EDCE*, 38, 1987, p. 215. Para encuadrar lo *tribunals* en el sistema de *administrative justice* inglés, con específica referencia a los *laymen*, M. Adles, *Lay Tribunal members and amdinistrative justice*, en *Publ. Law*, 1999, p. 616 ss.

pendencia, pero, en cambio, con base en la ley, sólo tiene la función de evaluar su funcionamiento y de hacer recomendaciones[278].

Los *Tribunals* constituyen un avance importante y original del Derecho Administrativo inglés. Éstos responden al triple fin para el cual fueron instituidos: asegurar decisiones rápidas, no costosas y fundadas sobre un examen realizado por expertos; tomar decisiones sobre cuestiones referentes al Derecho de modo independiente del Gobierno; sustraer la protección de intereses relativos al *Welfare* a los tribunales, bajo el presupuesto de que éstos no son favorables a esa legislación[279].

En este sentido, es importante recalcar que el primer estudio de la *Administrative justice* asegurada por los *Tribunals* fue realizado por William A. Robson, laborista y profesor de London School of Economics and Political Science[280].

8. LA *JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATION*

El Derecho Administrativo inglés, por tradición, responde al principio «un derecho-un juez». Sin embargo, junto al monismo jurisdiccional siempre ha existido una timidez de los jueces respecto a la Administración Pública, timidez debida al respeto de dos principios básicos: la *parliamentary sovereignty* y la *ministerial responsibility*.

No obstante las posiciones asumidas por William Robson, Ivor Jennings y Harold Laski, en el segundo decenio del siglo XX, a favor del sistema de justicia administrativa, sólo en los años sesenta se comienza a comprender que las reglas, procedimientos y poderes tradicionales de los tribunales difícilmente podían aplicarse a casos distintos de los del *common law*, para los cuales fueron instaurados[281].

Hasta 1977, la tutela judicial frente a la Administración Pública se definió de forma esporádica y periférica, a causa de su arcaísmo, de la cautela de los jueces y de la influencia de Dicey, que no había reconocido la posición particular de la Administración Pública como una autoridad[282]. El control estaba fundado sobre los tradicionales *prerogative writs* (luego *orders*) de *certiorari*, de *prohibition* y de *mandamus*, que servían –como ya se señaló– para controlar las decisiones

---

[278] P. P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 253.

[279] P. P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 249 s.

[280] W. A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, *cit.*

[281] Sobre la lenta afirmación de la *judicial review*, M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 80 ss.

[282] S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1959, p. 4, cit, en M. P. Chiti, *L'affermazione*, cit., p. 541 s., n. 2.

de los jueces inferiores y fueron, luego, aplicados a decisiones administrativas; así como a acciones de *declaration* e *injunction*, típicos remedios de Derecho Privado.

El punto de quiebre, anticipado por decisiones judiciales ya a mitad de siglo, ocurre en 1977, cuando emana el Reglamento de procedimiento, denominado *Order 53*, como *rule* de la *Rule Committee* de la *High Court* (ésta será luego modificada en 1980 y en 1981 será proclamada como ley con el *Supreme Court Act*). Este reglamento introduce una nueva acción jurisdiccional frente a la Administración Pública, la *application for judicial review*, que modifica las acciones precedentes.

El siguiente paso lo dio la *House of Lords* en 1982, con la decisión fundamental «O'Reilly v. Mackman». Esta decisión establece la exclusividad del procedimiento de la *Order 53* para las cuestiones de Derecho Administrativo, distinguiendo así entre las cuestiones de Derecho Común y las referentes a los *public law rights*. La dicotomía entre cuestiones de *public law*, para las cuales está abierta la *application for judicial review*, y las controversias de Derecho Privado, donde se aplican los remedios ordinarios, se funda así sobre la base de un reglamento de procedimiento y una sentencia de los *Law Lords*.

¿Si la *judicial review* se aplica sólo a *issues de public law*, *cómo se definen éstos*? Con esta pregunta se afronta por primera vez el problema en el Reino Unido una cuestión nacida en Francia. Para distinguir los *public law cases*, es perentorio considerar la naturaleza del órgano del que proviene la decisión, así como la naturaleza de la función ejercitada. Sobre esta base los jueces ingleses han considerado aplicables los remedios de Derecho Público a las *Next Steps Agencies* y a la actividad de Derecho Privado de sujetos públicos con un *sufficiently public law element*, no a los *regulatory bodies*.

El verdadero cambio del Derecho Administrativo inglés ocurrió precisamente cuando, para decidir qué procedimiento seguir, fue necesario definir la naturaleza del órgano y de la función, tal como resaltó Lord Woolf of Barnes[283], que subraya «the dramatic nature of the changes that have occurred in the principles or substance of public law since the introduction of the new procedure for judicial review», señala «a rapid increase in the number and also the variety of public law applications to the court» y nota «a new appreciation of the significance of the distinction between English public and private law».

En cuanto al sujeto, la *Order 53*[284] dispone que «the Court shall not grant leave unless it considers that the applicant has a sufficient interest in the matter to which the application relates». En consecuencia, el procedimiento está dividido en dos fases, la *application for leave*, decidida sin audiencia, y la audiencia para definir los méritos.

---

[283] Lord Woolf of Barnes, *Droit public-English Style*, cit., p. 57 ss.

[284] Rule 3, subparagraph 7.

El *leave* es un filtro para no poner en peligro el interés público protegido por la Administración y, por otra parte, para impedir la invasión de las controversias, con las consecuentes hipertrofias y demoras. El *leave*, para cuyo uso no existe un criterio preciso, tiene un carácter muy discrecional[285] y hasta ahora se ha reconocido que puede no concederse por retardo, por insuficiente interés, por tratarse de un *no arguable case*, por la disponibilidad de acciones alternativas, porque la petición es prematura o porque no trata de cuestiones de Derecho Público. Como se puede apreciar, el *leave*, en esencia, permite un equilibrio, obra del juez, entre las prerrogativas de la Administración Pública y los intereses privados[286]. Esto, sin embargo, convierte en privilegio, aunque concedido por los tribunales, lo que debería ser un derecho. La situación se atenúa en virtud de la actitud que asumen los tribunales: en un primer momento utilizaron el *leave of the court* como instrumento de razonamiento; sucesivamente, asumieron una actitud más liberal[287].

También sobre los plazos para recurrir existen muchas ambigüedades. Según las disposiciones, el recurso debe ser presentado dentro de tres meses, pero *promptly*, sin *undue delay*, por lo que los tribunales pueden declarar fuera de plazo un recurso presentado dentro de los tres meses, pero no *promptly*.

Están sujetos a *judicial review* todos los actos del ejecutivo, incluidas las *orders*, *regulations* y *by-laws*.

En cuanto a los jueces, el ordenamiento inglés ha conseguido mantener el monismo jurisdiccional, pero equilibrándolo con la especialización: los jueces son los de la *High Court*, compuesta según la *Administrative List* o *Crown Office List*, que tiene competencia exclusiva en materia administrativa y forma la *Divisional Court of Queen's Bench Division*.

El ámbito de control, antes relativo a los vicios de competencia, se ha ido ampliando. Los *grounds for judicial review*, definidos por los mismos jueces, son: *illegality* o *ultra vires* (violación de la ley, error de derecho, abuso o exceso de poder, mala fe), *procedural impropriety* (violación de las garantías procedimentales de *natural justice*), *irrationality*, *proportionality*, *equality*[288].

En cuanto a los poderes del juez, son amplios y van desde *injunctions* e *interim injunctions* hasta *stop orders* y *restitutions and damages*.

La Administración, por regla general, se somete; también lo hace la Corona, aunque no se admitan los requerimientos directos respecto a esta última.

---

[285] C. Harlow y R. Rawilings, *Law and administration*, cit., p. 562, observan que, mientras los derechos, en las relaciones privadas, se garantizan por los tribunales *automatically*, en la *judicial review* «it is the court's prerogative to deny or fashion any reliefs»; considérese a la luz de la tradición de «deference» inglesa en relación con la autoridad y la tendencia de los jueces a no intervenir en las decisiones discrecionales de la Administración.

[286] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit., p. 532.

[287] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit., p. 541.

[288] M. P. Chiti, *L'affermazione*, cit., p. 38 s.

El incumplimiento puede ser calificado como *contempt* y el funcionario, en este caso, es considerado como personalmente responsable[289].

La tutela cautelar se asegura por medio de *interim reliefs*, consistentes en *injunctions*, que, sin embargo, no pueden ser dispuestos en relación con la Corona y otras autoridades, por lo cual éstas se tienen como áreas privilegiadas.

Para una evaluación del conjunto de la *judicial review* inglesa, es pertinente tener en cuenta que los casos resueltos son relativamente pocos (comparados con las decisiones de otros organismos llamados a resolver conflictos, como los *tribunals*), que se refieren mayormente a problemas periféricos (como los problemas de inmigración, los de la administración penitenciaria y los relativos a la asignación de vivienda) y que, finalmente, varios sectores de la actividad administrativa no son concernientes a las decisiones de las Cortes[290].

Mientras que la justicia administrativa francesa tiene una larga historia, mucho más articulada y desarrollada, pero carente de eficacia, la inglesa, cuya vida es mucho más breve y menos desarrollada, está centrada en la eficacia de la protección que asegura. Sus puntos débiles son la discrecionalidad y el impacto *sporadic*, *peripheral and temporary*[291]. Sin embargo, en el Reino Unido, si bien no existen estructuras de justicia administrativa equivalentes a las del sistema francés, sí se presentan equivalencias funcionales, constituidas principalmente por los *Tribunals*[292].

---

[289] Consiglio di Stato, *Il Diritto Amministrativo nei paesi Cee-Principi comuni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1993, p. 239.

[290] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit., p. 536 ss.

[291] C. Harlow y R. Rawlings, *Law and administration*, cit., p. 565.

[292] Sobre la justicia administrativa (en sentido propio) en el Reino Unido, *Il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa in Ighilterra*, de M. P. Chiti, Milano, Giuffrè, 1983; *Cittadino e potere in Inghilterra*, de M. P. Chiti, Milano, Giuffrè, 1990; además de los manuales generales, ampliamete dedicados al tema, como J. F. Mc Eldowney, *Public Law*, 3ª ed., London, Sweer and Maxwell, 2002, P. P. Craig, *Administrative Law*, cit. H. W. R. Wade y C. F. Forsyth, *Administrative Law*, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000. Para reconstruir la evolución de la justicia de los años setenta del siglo XX, son útiles los siguiente escritos: M. Distel, *La réforme du contrôle de l'administration en Grande-Bretagne*, en *Rev. Intern. Dr. Competencia*., a. 1, 1971, p. 255 ss., y Id., *Aspects de l'évolution du contrôle jurisdictionnel de l'administration en Grande-Bretagne*, *ibid*., 1982, p. 41 ss.; C. Harlow, *Administrative Reaction to Judicial Review*, en *Publ. Law*, 1976, p. 116 ss.; P. McAuslan, *Administrative justice-a necessary report?*, in *Publ. Law*, 1988, p. 402 ss. J. G. McK. Laws, *Judicial Review I: The Ghost in the Machine: Principle in Public Law*, *ivi*, 1989, p. 27 ss.; H. W. R. Wade, *Beyond the Law: A British innovation in judicial review*, en *Adm. Law Rev*, 43, 19991, p. 559; D. Pannick, *Who is subject to Judicial Review and in respect of what?*, en *Publ. Law*, 1992, p. 1 ss.; J. Jowell, *Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context o f Judicial Review*, *ivi*, 1999, p. 448 ss. Finalmente, se señalan los volúmenes *Administration Justice in 21 Century*, ed. de M. Harris y M. Partington, Oxford-Portland, Hart, 1999, *Administrative Justice: Central Issue in U.K. and European Aministrative Law*, ed. de D. Longley and R. James, London, Cavendish, 1999, *Judicial Review and the Constitution*, ed. de C. Forsyth, Oxford, Hart, 2000, y, especialmente, S. A. de Smith, Lord Woolf y J. Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 5ª ed., London, Sweet and Maxwell, 1995 (a esta quinta edición le sigue, en 1998, un primer suplemento, de Lord Woolf y J. Jowell, con la asistencia de A. Le Sueur).

Como el *Médiateur* francés, existe en el Reino Unido un *Parliamentary Commissionner for administration*, instituido en 1967. Es nombrado por el gobierno y examina las reclamaciones de los ciudadanos, que recibe a través de los parlamentarios, por *maladministration*. Examina, de hecho, un millar de recursos por año. Sobre su ejemplo, se han establecido otros para las Administraciones locales, después del 1974[293].

Otro equivalente funcional de la justicia administrativa está garantizado, en el Reino Unido, por el sistema de controles. Éste quedó regulado por la Ley de 1983 y se encuentra asignado a dos órganos, el *National Audit Office*, presidido por el *Comptroller and Auditor General*, y la *Audit Commission*. El primer órgano, compuesto por cerca de setecientos cincuenta empleados y articulado en cinco divisiones, por sectores, controla la Administración central. Éste es independiente del Gobierno (el *Comptroller and Auditor General* es un funcionario de la *House of Commons*) y tiene derecho de acceso a los actos administrativos, ejerce controles financieros y de *value for money* verificando la regularidad, oportunidad y eficacia del gasto (y de la actividad administrativa). Se comunica con el Parlamento y a las dependencias controladas. La *Audit Commission* tiene menos independencia y desarrolla el control sobre los entes locales[294].

VII. CONCLUSIONES: ¿CONVERGENCIAS EN CONTEXTOS DIVERSOS O DIFERENCIAS EN CONTEXTOS SEMEJANTES?

El análisis presentado pretende señalar semejanzas y diferencias.

En primer lugar, tanto el Derecho Administrativo francés como el inglés garantizan un cierto grado de autonomía a la Administración frente a la política. En ambos casos, dicha autonomía se asegura mediante la presencia de una superestructura, constituida por *haute fonction publique* y por *higher civil servants*. Éstos son seleccionados según el principio de mérito, no por antigüedad, y forman parte de un cuerpo distinto, incluso sin estar separados del cuerpo administrativo, dotado de movilidad horizontal, no *cloisonné*. Sin embargo, entre los dos ordenamientos hay diferencias, en virtud de las cuales existen gabinetes ministeriales en Francia, institución desconocida en el Reino Unido; por otra parte, mientras en Francia existe una osmosis entre *grands corps* y política, en el Reino Unido hay una neta separación entre los dos.

---

[293] Sobre *Parliamentary Commissioner*, G. Drewry y C. Harlow, *A «Cutting Edge»? The Parliamentary Commissioner and MPs*, en *Mod. Law Rev.*, 53, 1990, p. 745 ss.

[294] Sobre los controles administrativos, F. White y K. Hollingsworth, *Audit, Accountability and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1999.

En segundo lugar, los dos Derechos Administrativos están sometidos a una *higher law*, el Derecho Comunitario, que se ha convertido en parte del Derecho que la Administración Pública debe respetar con base en el principio de la *règle de droite* de la *rule of law*. El derecho comunitario influye, por lo tanto, de manera uniforme, en los dos Derechos nacionales, aunque resulta difícil afirmar que deriven de él las mayores mutaciones del Derecho Administrativo francés e inglés[295] y sea probable que los resultados producidos en los Derechos nacionales no sean, luego, uniformes entre ellos tal como lo son los impulsos que provienen de la Unión Europea. Asimismo, los dos Derechos Administrativos están sometidos a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ejerce sobre ellos una influencia directa e indirecta; la primera se logra tanto a través de la obligación de cumplimiento asumida por los Estados adheridos a la Convención, como por la técnica de incorporación de esta a los derechos nacionales; la segunda está prevista en el Art. 6, co.2, TUE, por el cual «la Unión respeta los derechos fundamentales enunciados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, del cual resultan dos tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en cuanto a los principios generales del derecho comunitario»[296].

En tercer lugar, los dos Derechos Administrativos están unidos por dos elementos. Ante todo, ambos aceptan el principio de legalidad (*règle de droit*, *rule of law*). Luego, los dos, incluso estando constituidos bajo un gran número de leyes, reconocen el papel preponderante del juez en la ordenación de la legislación y en la definición de principios (*droit pretorien*, *Judie-made law*). El Derecho Administrativo pierde así su original matriz estatal, se atenúa el peso de la fuente parlamentaria y se disipa la relación entre Administración Pública y Gobierno (el juez también interviene como árbitro en conflictos surgidos entre un privado y una autoridad pública guiada por el gobierno). Sin embargo, si se pasa a examinar el lugar que ocupan los juristas en las respectivas Admi-

---

[295] La tesis por la cual los cambios principales del Derecho Administrativo francés no fueron provocados por la influencia del Derecho Comunitario está expuesta en G. Marcou, *Le Droit Administratif entre l'ordre juridique national et l'intégration européenne*, en *Les mutations du droit de l'administration en Europe – Pluralisme et convergences*, sous la direction de G. Marcou, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 63 ss., p. 18; este volumen contiene una valoración del conjunto de la influencia sobre los Derechos Administrativos nacionales del Derecho Comunitario. Sobre el tema, véase además, S. Cassese, *La signoria comunitaria del Diritto Amministrativo*, en *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, p. 291 ss., y, con referencia a la prevalencia de los principios de Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional francés, A.-L. Valembois, *La prévalence del principes généraux du droit communiautaire sur la loi nationale*, en *AJDA*, 2002, P. 1219 ss.

[296] S. Cassese, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, en *Dir. Pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 311 ss., en particular p. 312. Sobre la Convención europea de los derechos del hombre y sus relativos principios de Derecho Administrativo, véase el capítulo sobre bases constitucionales de este Tratado.

nistraciones, es notoria la gran brecha entre Francia y el Reino Unido, pues en el primer caso, a diferencia del segundo, aquéllos son numerosos y juegan un papel importante, si no dominante.

En cuarto lugar, el cese de funciones públicas y de tareas, la penetración del derecho privado en el derecho público, la consecuente crisis y revisión de los criterios de separación entre derecho administrativo y derecho privado en Francia; el cese de funciones públicas y de tareas y la consecuente necesidad de regular las actividades privatizadas en el Reino Unido, conducen, en ambos países, a un derecho mixto, cuyos límites son difíciles de definir. A este derecho mixto recurren, en los dos países, los poderes públicos, cuando se amplían sus funciones.

En este orden de ideas, se entrelazan tendencias y exigencias diversas. Por un lado, al disminuir funciones y tareas por parte de los poderes públicos, precisamente cuando se establecen formas de protección frente a la Administración Pública, surge el problema del control público de los poderes privados, de modo que, en relación con éstos, se pueden hacer valer los mismos valores y principios constitucionales que antes se aseguraban en relación con la Administración Pública[297].

Por otra parte, el *New Public Management*, la *Agencification*, el *Contracting-out*, las privatizaciones, han tenido su mayor realización precisamente en el Reino Unido, donde no se reconocía la distinción entre derecho público y derecho privado, pero con el paradójico resultado de aceptarla y ubicarla en primer plano: estas transformaciones, de hecho, no sirvieron sólo para quitar empleos, empresas, funciones, personal, bienes, etc. de las manos de la Administración Pública, sino que permitieron aplicarles un régimen diferente, más privatista, subrayando así la diferencia de naturaleza con el original. Por lo tanto, *New Public Management*, *Agencification*, *Contracting-out* y privatización suponen la distinción entre derecho público y derecho privado, también donde no se reconocía su existencia.

Además, en Francia, el liberalismo, la reducción de la intervención estatal, la erosión de los monopolios públicos y su adaptación al derecho de la competencia, la revalorización del mercado y de la empresa y la exaltación de los valores liberales acentúan la crisis de los Taggart hacia los criterios de distinción entre Derecho Público y Derecho Privado –en particular, el del *service public*– y, por lo tanto, de los métodos de identificación del Derecho Administrativo y constriñen a interrogarse sobre la adopción de criterios (formales y sustanciales) de distinción[298].

---

[297] El problema se discute en *The province of administrative law*, de M. Taggart, Oxford, Hart, 1997, en particular en la contribución de P. P. Craig, *Public Law and Control Over Private Power*, p. 196 ss.

[298] Puede ser interesante confrontar un punto de vista de la mitad de siglo sobre la distinción entre *service public* regulado *comme une Enterprise privée e service public* con un *régime juridique spécial*, el pri-

En quinto lugar, tanto en Francia como en el Reino Unido, el Derecho Administrativo adquiere un contenido intrínseco, constituido por principios comunes, como el principio de razonabilidad, el de proporcionalidad, la obligación de escuchar a los interesados, la obligación de motivación y la protección de las *legitimate expectations*[299].

El elemento básico de estos principios no se refiere a que éstos sean comunes, sino que –como se acaba de exponer– dichos principios definen por primera vez el contenido intrínseco del Derecho Administrativo, que no se encuentra en las manos del legislador, pues es fruto de un lento proceso al cual concurren normas y jurisprudencia comunitaria, intervenciones del Consejo Europeo, leyes y jueces nacionales. Todos éstos han contribuido a la constitución de un *corpus* de principios esenciales, de importancia superior a los legislativos.

Para comprender esta evolución es necesario recordar, como fue señalado por Jean Rivero, que, para los liberales del siglo XIX, herederos del pensamiento de 1789, «l'administration n'avait pas de contenu intrinsèque». Ésta dependía de la ejecución de la ley; por lo tanto, bastaba asegurar la elaboración democrática de la ley y el respeto al principio de legalidad por parte de la Administración (control judicial)[300].

En 1946, Filippo Vassalli hizo la misma observación, en términos críticos, para quien «los progresos del Derecho Administrativo fueron una de las más grandes estafas de los tiempos modernos. Los principados absolutos y los denominados regímenes de policía encontraban sus frenos en el respeto a los *«jura quaesita»* y a la razón de Estado; los límites estaban puestos en la conciencia de los gobernantes y en los motivos de oportunidad y de utilidad […]. La llamada fase del Estado de Derecho (*«Rechtsstaat»*), representada como el triunfo del Derecho frente al Estado y la sujeción de la Administración Pública a la ley, destruyó todo lo anterior: los límites efectivos, con la proclamación de la «soberanía de la ley», fueron sustituido por los límites meramente formales y ficticios, abriendo la puerta a las más incontenibles arbitrariedades: tanto más cuan-

---

mero propio de Inglaterra, el segundo de Francia (L. Rolland, *Précis de droit administratif*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 1947, p. 16-17), con el del inmediatamente sucesivo, por el cual se podía «admettre l'idee d'une Enterprise d'État entièrement soumise au droit privé», pero limitada a las organizaciones en forma de sociedad por acciones (R. Drago, *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, Pedone, 1950, p. 241 ss.), con el más importante en la actualidad (J. Caillosse, *La réforme administrative et la question du droit*, en *AJDA*, 1989, p. 3 ss. Id., *Le droit administratif contre la performance publique?*, *ibid*., 1999, 20 mars, p. 195 ss., y J. Boulouis, *Supprimer*, cit., p. 44 ss.)

[299] J. Schwarze, *The Couvergence of the Adminitrative Laws of the EU Member States*, en *Eur. Publ. Law*, IV, 1998, p. 191 ss.

[300] J. Rivero, *A propos des métamorphoses de l'administration d'aujord'hui-démocratie et administration*, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821 ss.

do la ley, situada en la jerarquía celestial por los teóricos del Derecho Público, fue degradada a dócil instrumento de cualquier autoproclamado gobierno»[301].

La sexta característica común al Derecho Administrativo inglés y francés está relacionada con la institución de las autoridades independientes o semi-independientes de regulación. Éstas producen dos consecuencias. En primer lugar, requieren de un procedimiento de decisión en el cual la autoridad delibera sobre la única base del interés asignado, sin hacerse cargo de la valoración de los intereses públicos concurrentes o contradictorios. Luego, caracterizan al Derecho Administrativo como un tercer Derecho, en función del arbitraje entre intereses privados contrapuestos. Por lo tanto, la relación binaria entre autoridad y privado se reemplaza por una relación trilateral, entre la autoridad y los dos o más intereses privados que está llamada a juzgar (consumidores y productores; usuarios y prestadores del servicio, etc.).

La séptima propiedad común entre los dos derechos se refiere a la estructura alcanzada por los dos aparatos administrativos y por los empleados públicos. De hecho, ambos están caracterizados por un grado notable de centralización y de deformidad administrativa de los aparatos centrales.

La última característica compartida concierne a la protección judicial diferenciada. En este elemento, los puntos de partida y los caminos sucesivos son distintos, mientras que los puntos de llegada son similares. En Inglaterra se parte de la inmunidad de la Corona, en Francia de la inmunidad de los funcionarios. En el Reino Unido la irresponsabilidad de la Corona constriñe al ciudadano víctima de un daño por un comportamiento ilegítimo de la Administración a dirigirse contra el funcionario. Lo anterior provoca dos consecuencias. Por un lado, la inutilidad de un juez especial, pues basta que el ordinario conozca de la responsabilidad del funcionario; por otro lado, la rémora de la ilegitimidad que deriva de la responsabilidad del funcionario. Esta última, sin embargo, muestra dos debilidades, cuyo remedio se planteará sucesivamente. Por un lado, no opera frente a decisiones administrativas ilegítimas que no causan un daño. Por otro lado, no se asegura un adecuado resarcimiento porque el patrimonio del funcionario es muy limitado respecto a los daños que sus decisiones pueden producir. El primer inconveniente se solucionará con la lenta evolución de la *judicial review*. El segundo, con la abolición, en 1947, del principio de inmunidad de la Corona. Más tarde, el primer remedio traerá consigo la constitución de una sección especial del juez ordinario (con un procedimiento especial, un juez especial o al menos una sección especial del juez ordinario).

---

[301] F. Vassalli, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ahora en Id., *Scritti Giuridici*, III, t. II, Milano Giuffrè, 1960, p. 571, nt. 2, después de haber observado que la responsabilidad del Estado, y no del funcionario, vuelve ilusoria la protección del ciudadano en contra de los daños de las Administraciones, «risultato paradossales del virtuosismo dei nostri dottori di Diritto Amministrativo negli ultimi decenni».

En Francia, en cambio, la garantía inicial de los funcionarios (suprimida de derecho en 1870, y de hecho más tarde) y su consecuente responsabilidad llevan a dos caminos diferentes. Por un lado, hacia la tutela frente al acto administrativo, que termina con su anulación. Por otro lado, hacia la acción directa contra el Estado, para obtener de éste el reconocimiento al que se sustraen los empleados públicos. El primer desarrollo pondrá al acto administrativo en el centro de la atención del juez y de la ciencia jurídica, éste será el capítulo fundamental del Derecho Administrativo. Pero desde el inicio del siglo XIX, la ciencia jurídica se interroga sobre la posible convergencia entre dos tipos de protección, la de anulación (*excès de pouvoir*) y la resarcitoria (*plein contentieux*).

En el ordenamiento vigente se pueden señalar convergencias y divergencias. Entre las primeras está la limitación de las categorías de los actos excluidos del control jurisdiccional; el establecimiento de jueces *ad hoc*, o especiales o de composición especial; el reconocimiento de procedimientos jurisdiccionales *ad hoc;* la nivelación del régimen de responsabilidad (gracias al abandono de la garantía del funcionario en Francia o la inmunidad de la Corona en el Reino Unido); el acercamiento (y en el futuro, la unión) de la tutela de anulación (en contra del acto) y la tutela resarcitoria (en contra del funcionario y del Estado). Entre las divergencias están, por un lado, la insuficiente eficacia de la justicia administrativa francesa; por otro, los límites de acceso a la *judicial review* en el Reino Unido.

A las convergencias y divergencias expuestas, se suman otras diferencias, como la derivada del legalismo de la cultura francesa y la producida por el *statut de la fonction public* francesa; o como la relacionada con la *partisan neutrality* de la burocracia inglesa y la abundancia de los *Tribunals* en el Reino Unido. También es diferente la mentalidad con la que se estudia el Derecho Administrativo, en Francia se tiende a la generalización, mientras que en Inglaterra, por el contrario, se tiende a la singularidad y a la diferencia entre cada instituto. No obstante, es interesante señalar que la actual convergencia tiene efecto también sobre la historiografía, pues lleva a plantear de otra manera los dos tipos ideales y su contraposición.

Como conclusión de esta evolución, quedan abiertas dos cuestiones. La primera es la siguiente: si las diferencias formales o estructurales están compensadas o más bien superadas por las equivalencias funcionales entre los dos Derechos Administrativos. La segunda es otra: si debe admitirse, como defienden los comparatistas, que pueden registrarse crecientes convergencias entre instituciones individuales, que se colocan, sin embargo, en contextos radicalmente diferentes; o si, en cambio, se debe reconocer que los contextos se han tornado similares, pero que las diferencias permanecen entre cada una de las instituciones[302].

---

[302] Todo esto se encuentra negado por la tesis extrema de *irreducible differences*, debidas a una distinta *mentalité* entre juristas continentales y juristas ingleses: P. Legrand, *European Legal Systems are*

En 1831, en una frase que se hizo famosa, ya enunciada previamente, el joven Alexis de Tocqueville escribió al vizconde Ernest de Blosseville, confesándole que no conocía el Derecho Administrativo: «chez nous, le droit administratif et el droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez ennemis pour se bien connaître. J'ai toujours vécu dans l'un et suis fort ignorant de ce qui se passe dans l'autre»[303].

Si este normando, quien tenía una buena preparación jurídica y había sido magistrado en Versailles, declaraba ser ignorante en el campo del Derecho Administrativo, más tarde, en 1900, el profesor de Derecho oxoniense Albert Venn Dicey hará una declaración inclusive más poderosa que la de su colega francés. William A. Robson se refiere a ésta del siguiente modo: «M. Barthélemy, the Dean of the Faculty of Law in the University of Paris, relates the thirty years ago he was spending a week-end with the late professor Dicey. In the course of the conversation M. Barthélemy asked a question about administrative law in this country. 'In England' replied Dicey 'we know nothing of administrative law; and we wish to know nothing'»[304]. Por lo tanto, el Derecho Administrativo, aun relativamente poco conocido en Francia en el cuarto decenio del siglo XIX, era, a finales de tal siglo, rechazado en Inglaterra. Allí, inclusive en los años ochenta del siglo XX permanecía como desconocido, como testimonia este episodio, relatado en 1989 por el historiador Henry Parris: «The Civil Service College had good rule that anyone invited to the College must become the personal guest of a member of staff. On one occasion, I had to entertain two very distinguished guests, a Professor of Public Law and a Deputy-Secretary of the Treasury, one of them to one another, the Treasury man asked the Professor, 'What is Public Law?' It was not a conversation gambit. He just didn't know and sought enlightenment»[305]. De esta manera, el círculo se cierra, señalando dos ciclos históricos, a un siglo y medio de distancia, el inicio de cada uno está marcado por la afirmación inicial del Derecho Administrativo, una rama del Derecho aún relativamente poco conocida en la Francia de 1831 y en el Reino Unido en 1980.

---

not Converging, en *Interpretación. Law Quart.*, 1996, p. 52 ss., y Id., *Le droit comparé*, cit. Léase también el opuesto, A. Ogus, *Competition between national legal Systems: a contribution of economic analisis to comparative law*, en *Intern. Law Quart*, 48, 1999, p. 405.

[303] A. Tocqueville, *Nouvelle correspondance*, cit., p. 67.

[304] W. A. Robson, *The report of the committee on ministres power*, cit., p. 346.

[305] De una carta del 14 de noviembre de 1989 al autor de este texto.