

DE LA CONCEPCIÓN AUTORITARIA Y DE LA CONCEPCIÓN DEMOCRÁTICA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

León Cortiñas - Peláez *

A los profesores:

Humberto PALACIOS-BARRERA (Univ. de Oriente-Santiago de Cuba), Eduardo NOVOA-MONREAL (Univ. de Chile), Lorenzo MARTÍN-RETO RTILLO BÁQUER (Univ. Complutense de Madrid-España), Jean-Jacques GLEIZAL (Univ. de Grenoble III - Francia) y Enrique A. MARÍN-QUIJADA (Univ. Central de Venezuela), a quienes por su docencia e investigación "crítica del Derecho" tanto deben estar reflexiones de una ciencia con conciencia.

SUMARIO

1. Una renovación de la disciplina
1. DE UNA "REVOLUCION" DOCTRINAL
2. Una alteración del concepto clásico. 3. Ante el Estado neoliberal; privatización y zonificación de la actividad. 4. Desdén hacia la clásica presentación patológica.
- II. EL GRAN CONTRASTE
5. Pluridisciplinariedad y jurisdicción administrativa.
6. Substrato democrático y raigambre autoritaria. 7. A) La concepción del Estado. 8. B) La Constitución. 9. C) El "Estado Social" y el Estado de Derecho. 10. D) E1 "liberalismo" y la nacionalización. 11. E) Técnica y terminología autoritarias. 12. F) Tecnoestructura y presidencialismo. 13. G) La "Daseinsvorsorge" y el "service public". 14. H) Juridicidad amplia o restringida. 15. I) Ambigüedades de la "tecnocracia judicial". 16. J)

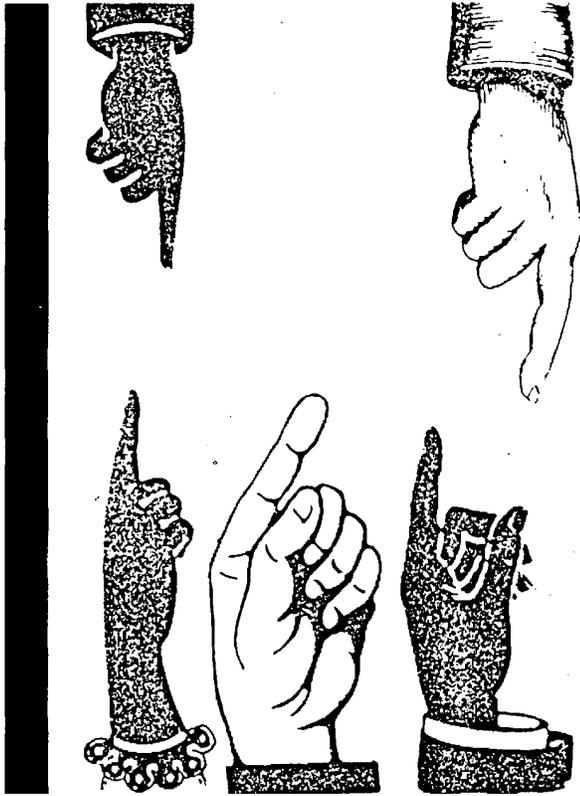
Una importante fuente "indirecta": objetividad y subjetividad en la doctrina. 17. K) Del estudio pluridisciplinario de la Administración. 18. L) La "neutralidad científica". 18. M) Ciencia y lecciones de la Historia. 20. a) La dicotomía de los derechos público y privado: La privatización neoliberal. - 21. b) Fetichismo normativo y jusnaturalismo. 22. C) Autogobierno, colegialidad y tecnocracia. 23. aa) Tradición republicana y trasfondo imperial. 24. bb) Un "Estado de servicio". 25. aaa) De la descentralización territorial. 26. bbb) De la descentralización funcional. 27. cc) Voluntad general y presidencialismo. 28 dd) Del acceso al pretorio. III. ANOTACIONES MARGINALES 29- Reservas. 30. A) El principio de legalidad. 31. B) La organización administrativa. 32. C) De las personas colectivas. 33- D) La distinción entre Estado de Derecho y Estado de Policía. 34. E) La "democratización" de las órdenes profesionales:

1. *Una renovación de la disciplina.* La antigua editorial parisiense Masson ha continuado con un valioso *Compendio de Derecho Administrativo*⁽¹⁾ la serie del primer ciclo universitario en derecho y ciencias económicas, inaugurada por un equipo de jóvenes profesores universitarios, sensibilizados a la necesidad de una apertura plu-ridisciplinaria de la investigación y la enseñanza.⁽²⁾

1 BOURJOL, Maurice, Droit administratif, 1. L'action administrative: 2 Le contrôle de l'action administrative, Paris: Masson et Cie., 1972-1973, 336 y 287 pp. Las citas posteriores, salvo indicación expresa, se referirán al volumen 1.

2 En esta línea, con referencia a la reforma de los planes de estudio promovida por Jean CARBONNIER (en privado) y André HAU- RIOU (en público) en 1954, *cfr.* CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Algunas facultades de Derecho europeas" (Esbozo de un panorama de sus planes de estudio: Roma, Friburgo de Suiza, París, Madrid) Montevideo: *Revista del Centro Estudiantes de Derecho* (núm. dedicado a la memoria del Dr. Eduardo J. Couture), t. XIX, núm. 85, 1956, pp 475-508.

* Coordinador del Taller de derecho público y Catedrático por oposición en las Universidades de México (U.A.M. y U.N.A.M.), Presidente honorario del *Club Alexander von Humboldt* de México.



Esta apertura implica una consideración seria, cuidada, de elementos de ciencia política y de ciencias administrativas (en el campo del derecho público) gravemente descuidados por la generación de la interguerra (1919-1939) y por la mayoría de los autores posteriores a la Liberación, contra los ejércitos nazis, en 1945.⁽³⁾

La modestia de la colección ("guías del estudiante"), la humilde presentación del autor, quien afirma de entrada que este trabajo no tiene la pretensión de innovar/ no deben inducir a error. El profesor Maurice BOURJOL, *ex-Maitre-Assistant* en la Universidad de París XI y *doyen* (director) de las Facultades de Derecho sucesivamente en las Universidades de Perpignan y de Tours, realiza una aportación capital al derecho administrativo, una renovación del método y las perspectivas científicas de la disciplina, que lo convierten en un modelo indispensable para los administrativistas del sistema jurídico neoliberal vigente en la mayoría de los países occidentales. La historia de la ciencia juzgará y es de

3 Para una visión interdisciplinaria y latinoamericana de esta apertura, *cfr.* CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas: Instituto de Derecho Público/Universidad Central de Venezuela, 1972, 126 pp. .

4 BOURJOL, p. 5.

temer que el autor pueda no ser profeta en su patria, de doctrina sólidamente enquistada en un tradicionalismo jurisprudencial casi incapaz de una autocrítica verdaderamente penetrante^(4a).

Este jurista de formación privatista,⁽⁵⁾ de sólida trayectoria como constitucionalista,⁽⁶⁾ nos aporta una obra destinada a colocarse a la cabeza de la producción científica en lengua francesa y a permanecer en esa cúspide, aun después de obras tan valiosas como las de Laubadère,⁽⁷⁾ Chapus y Chevallier⁽⁸⁾ y Loschak.⁽⁹⁾

I

DE UNA 'REVOLUCIÓN' DOCTRINAL

2. *Una alteración del concepto clásico.* El plan del *Compendio* es bastante diferente del seguido habitualmente por los autores franceses, lo que se fundamenta⁽¹⁰⁾ en dos razones.

En primer lugar, la evolución actual de la administración y del derecho administrativo hace surgir nuevas estructuras, formas inéditas de intervención administrativa las cuales, cabalgando sobre las fronteras del derecho público y del derecho privado, alteran la definición clásica del derecho administrativo.

En segundo lugar, esta presentación es conforme a la lógica de las cosas: parte de la acción administrativa, cualquiera sea el régimen jurídico al que esté sometida, y desemboca sobre el control de dicha acción por el juez administrativo, pero evoca

4^a Aunque ello puede ser atemperado por las creativas reformas, relativas en particular a la ejecución de sentencias y a las medidas cautelares positivas adoptadas, por inspiración del Consejero de Estado Guy BRAIBANT, mediante decretos del Primer Ministro ROCARD de fecha 2 sept. de 1988 y una circular del 13 oct. de 1988, los cuales anuncian una reforma legislativa mayor, todo ello en el marco de la ley de 31 dic. de 1987. *Cfr.* CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, Paris: Montchrestien/Domat droit public, 2a. ed., 1990, 856 pp., esp. 766-786 y concordantes; véase a este respecto, la espléndida contribución del maestro GARCÍA DE ENTERRIA, citada *infra*, en nota 31.

5 Vid, su tesis *Théorie générale des coutumes juridiques africaines. Contribution à une étude du système coutumier de l'Afrique occidentale française*, Toulouse, 1953, 415 ff.

6 Vid, sus libros anteriores: *Les districts urbains*, prefacio de Georges VEDEL, Paris: Berger-Levrault, 1963, 323 pp.; *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, prefacio de Luden MEHL, Paris: Berger-Levrault, 1969, 368 pp.; *Région et administraron régionale*, prefacio de Georges VEDEL, Paris: Berger-Levrault, 1970, 487 pp.

7 LAUBADÈRE, André de, *Traité de droit administratif*, Paris: L.G.D.J., tomos I y II (1980), III (1978) y IV (1977), respectivamente de 744, 535, 564 y 455 pp.; ahora actualizado en sucesivas ediciones, posteriores a su muerte en 1981 y por su previsora designación expresa, por los profesores Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET,

8 CHAPUS, René, *Droit administratif général*, Paris: Montchrestien/Domat droit public, 2 vols., 5a. ed., 1990-1991, 973-625 pp.; complementado por el tercer volumen precitado en la nota 4a.

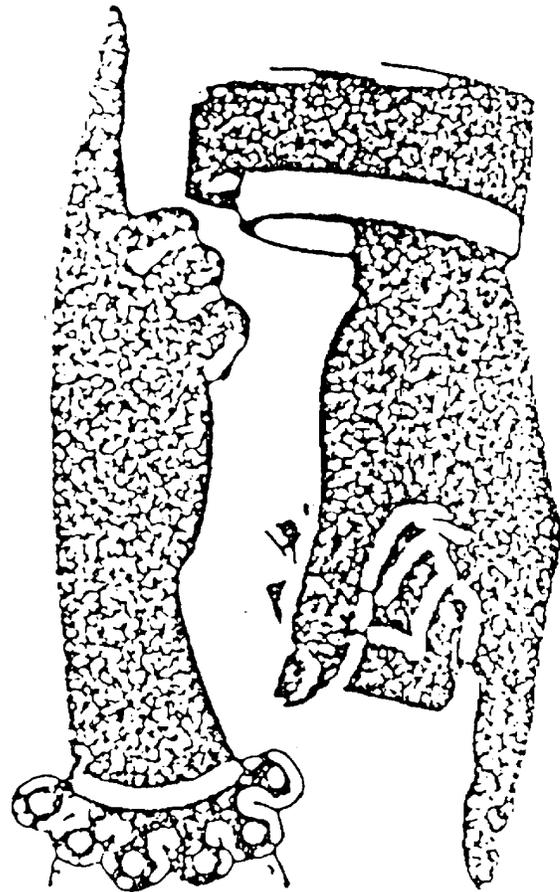
9 CHEVALLIER, Jacques y LOSCHAK, Danièle, *Science administrative*, Paris: L.G.D.J., 2 vols., 1978, 557 + 699 pp.

10 BOURJOL, p. 5.

también los demás controles (jurisdiccionales y políticos) a los cuales la administración está, o debería estar, sometida.

3. *Ante el Estado neoliberal: privatización y zonificación de la actividad.* La *Introducción General*⁽¹¹⁾ comprende tres capítulos, respectivamente, sobre *Administración y derecho administrativo*, *Bases Históricas* y *Bases económicas y constitucionales*. Estos desarrollos interesantísimos, de gran originalidad, oponen sucesivamente la aproximación cibernética de la administración (una estructura horizontal) a la aproximación jurídica (una estructura vertical)⁽¹²⁾, la concepción clásica del derecho administrativo⁽¹²⁾ a una concepción moderna, híbrida, paralela a la aparición de un Estado neoliberal.^(13,14)

Adaptando el esquema cibernético de Lucien Mehl, Bourjol señala que la definición contemporánea del derecho administrativo se funda en la distinción de tres zonas principales de la actividad administrativa⁽¹⁵⁾ *un núcleo central* (decisiones ejecutorias, contratos y



11 BOURJOL, pp. 10-57.

12 Configurada por una legalidad (por un Derecho después de la Constitución de 1958) de la administración, pero por una legalidad especial, confluencia ambigua de las tradiciones liberal (manifestada según BOURJOL por la teoría del Poder Público) y democrática (manifestada por la teoría del Servicio Público).

13 En esta concepción moderna forjada por la corriente neoliberal, el derecho aplicable (sea público o privado) a la administración se apoya en la confusión de poderes, en beneficio del Poder Ejecutivo; y esta administración, como veremos *infra* en el numeral 14, va atenuando el principio clásico de legalidad, al punto de que la "sumisión a la Ley entra en decadencia".

14 La dialéctica de la aplicación alternativa o mixta del derecho público o del derecho privado a la Administración Pública sigue motivando las perplejidades de la doctrina. En Francia, es tema poco menos que obsesivo de Charles EISENMANN, pudiendo apuntarse tres de sus trabajos: "Droit public, droit privé", París: *Rev. du droit public*, 1951, pp. 903-979; "Un dogmefaux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas de Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., "Prefacio" de Marcel WALI-NE, t. IV, pp. 417-438; y, más ampliamente, en la aún poco explorada recopilación postuma de sus clases de doctorado (1948-1973), titulada *Cours de droit administratif*, París: L.G.D.J., 2 vols., 1982-1983, 788 + 909 pp., esp. t. I., pp. 303-525 y 527 + 763. En Alemania: WOLFF, Hans-Julius; BACHOF, Otto y STÖBER, Rolf, *Verwaltungsrecht I. // u. III* (Derecho administrativo I, II y III), Munich: Beck, 1991, 3 vols. respectivamente de 624 + 659 + 550 pp., hablan (I, parágrafos 22-23) de un *Privatverwaltungsrecht* (derecho administrativo privado) y plantean una muy matizada gama teórica de interacción entre ambos derechos; ERICHSEN, Hans-Uwe y MARTENS, Wolfgang (directores), *Afgemeines Verwaltungsrecht* (derecho administrativo general), Berlín: de Gruyter, 1978, XXXII + 540 pp., esp. 13-20, realizan un enfoque más "pragmático" en esta obra colectiva; PUETTNER, Guenter, "Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts" (Tendencias evolutivas en la dogmática del derecho administrativo), parece asumir un escepticismo "vazferreiriano" en su contribución a la *Festschrift fuer Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März. 1984* (Homenaje a Otto Bachof en su 70 cumpleaños, el 6 de marzo de 1984), Munich: Beck, 1984, VIII + 390 pp., esp. 115-129. Últimamente, una síntesis personalísima nos ofrece CHARLIER, Robert-Edouard, *L'Etat et son droit (leur logique et leurs incohérences)*, París: *Economica*, 1984, 456 pp., *in totum*, esp. 274-279.

15 Cuadro de la p. 21 y p. 19.

servicios públicos administrativos) regido por el derecho administrativo *stricto sensu* y sometido al juez administrativo; una zona fronteriza y móvil (actos de gobierno y actividades judiciales, fundados en el principio de la separación de poderes) que escapa al control de juez administrativo; *una zona de intervención económica*, de límites igualmente móviles.⁽¹⁶⁾ Esta zonificación del concepto? se re corta (pero nunca

16 Hibridación dosificada del derecho administrativo en servicios públicos industriales y comerciales, empresas públicas que no administran un servicio público, actividades privadas de interés general. Para un balance más reciente de estos niveles de cometidos del Poder Público, *cf.* CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)", Madrid: *Revista de administración pública*, sept.-dic. de 1986, núm. 111, pp. 51-93; Montevideo: *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, t. III, 1986, núm. 13-14, pp. 12-31 y No. 15, pp. 150-167; ciudad de Panamá: *Anuario de Derecho*, año XV, núm. 15, 1986, pp. 11-57; ciudad de México: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, ene.-jun. de 1987, t. XXXVII, núms. 151-152-153, pp. 55-94; San José de Costa Rica: *Revista de ciencias jurídicas*, may.-ago. 1987, núm. 57, pp. 39-80; Guanajuato: *Investigaciones jurídicas*. Boletín núm. 35/Facultad de Derecho de la Univ. de Guanajuato, jul.-sep. 1989, pp. 216-260; Sao Paulo: *Revista da Faculdade de Direito*, en prensa; para una lectura crítica de este balance de CORTIÑAS, cotejado con la postura de SAYAGUÉS, véase CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", Montevideo: *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, mayo de 1987, t. III, núm. 18, pp. 345-366.

17 Así determinado por la jurisprudencia administrativa, que asume un papel abiertamente político. LOSCHAK, Danièle, *Le role*

coincide) con los tres niveles de la administración en el modelo de Mehl, es decir: a) el más elevado o selector de finalidad (*sélecteur*) (actividades "axiológicas" de los órganos políticos tales como el jefe de Estado, el Gobierno y el Parlamento); b) el nivel medio (*transducteur*) o Administración en sentido estricto (órganos administrativos, tanto de información y concepción, como de autoridad y ejecución); c) el nivel inferior (*ieffecteur*), integrado por los órganos de producción, de cambio y de consumo de bienes y servicios materiales e inmateriales, nivel que no sólo recibe información axiológica (de los gobiernos) y se la devuelve (elecciones, referéndums, opinión pública), sino que también recibe (de la Administración) una información "descendente" (aplicación de leyes y reglamentos, decisiones individuales) y le devuelve una "información ascendente" (estadísticas, declaraciones).

Este derecho administrativo, fruto de la historia, comprende tres "estratos", respectivamente de la implantación de las estructuras administrativas,⁽¹⁸⁾ del clasicismo⁽¹⁹⁾ y de la búsqueda de un nuevo equilibrio.⁽²⁰⁾

En efecto, las estructuras políticas parlamentarias del capitalismo liberal no corresponden a la nueva revolución industrial (automación, energía nuclear, electrónica, investigación operacional) del capitalismo molecular de grandes unidades (*société surdéveloppée*). El movimiento de concentración industrial y bancaria, que domina la economía actual, experimenta un avance decisivo apoyado en el progreso técnico y en la apertura de nuevos mercados; la modernización empresarial genera grupos privados (nacionales o multinacionales) colocados en posición de "monopolio",⁽²¹⁾ cuya dominación de la producción se realiza gracias a la intervención conjugada

politique du juge administratif français, París: L.G.D.J., 1972, 349 pp.; GAUDEMET, Vves, *Les méthodes du juge administratif*, París: L.G.D.J., "prefacio" de Georges VEDEL, 1972, 323 pp.; véase en particular, los fallos C.E. *Epoux Bertin y Ministre de l'agriculture c/ consorts Grimouard*, 20 abr., 1956, en LONGWEIL-BRAIBANT-HUBAC, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París: Sirey, 9a. ed., 1991, con puntual y copiosa anotación jurisprudencial.

18 Cuando, de 1789 a 1870, la burguesía consolida su poder, el Estado liberal se arraiga? el desarrollo industrial despegó.

19 De 1870 a 1940, cuando la primera Guerra Mundial separa el apogeo y la crisis del parlamentarismo, acompañada de un creciente debilitamiento de la legalidad formal y de los fundamentos democráticos de la descentralización, todo ello sin perjuicio de un robustecimiento institucional y de un refinamiento técnico crecientes del control jurisdiccional de la administración.

20 Durante e inmediatamente después de la segunda Guerra Mundial, desde 1940 a 1958, con las experiencias contradictorias del régimen autoritario de Vichy y de la democracia de la IV República, bajo la cual la invocación de las tradiciones, de la III República conjugada con la revalorización de las nacionalizaciones y del servicio público, no impide la preparación institucional y económica de la V República, mediante el redescubrimiento de la economía mixta y la planificación, factores (no sólo en Francia sino también en México y quizá en general en América Latina) de la "privatización" y de la centralización y concentración del Poder Público posteriores.

21 Cfr. sobre la complejidad del distinguo entre monopolio de hecho y monopolio de derecho, en relación con los cometidos no-

del "complejo técnico-financiero" del Estado y del sistema bancario privado,⁽²²⁾ la "libre competencia" sólo tiene lugar entre estos dos grupos, organizados y patrocinados por el Estado (planificador y comerciante) y por la naciente Comunidad Europea, apoyada en la concentración y formación de empresas multinacionales⁽²³⁾ y en un derecho europeo⁽²⁴⁾ de origen esencialmente gubernamental, que deroga progresivamente las bases tradicionales del derecho administrativo de origen parlamentario y aun jurisprudencial.

La unidad de acción política y administrativa y la decadencia de la Ley formal en la Constitución de 1958,⁽²⁵⁾ completan con la normativa constitucional, el marco económico indicado, y forjan un nuevo derecho administrativo, siempre considerado técnicamente autónomo y especial, pero "de nuevo estilo".

En efecto, por obra de la "privatización" del régimen jurídico de la actividad administrativa, el derecho administrativo sólo recubre un sector (núcleo central y parte de

esenciales del Poder Público, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Albores fiscales y administrativos de la privatización", Caracas: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 121, año LXVI, 1991, pp. 131-210, y ciudad de México: *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 3a. época, año III, ago. de 1990, pp. 55-116; y, recientemente, "Reflexiones de actualidad sobre desconcentración y servicio público en el Distrito Federal", en ciudad de México: *Alegatos* (Sección Casos Prácticos), UAM-Azcapotzalco (Depto. de Derecho), abr. de 1991, núm. 17, pp. 66-95, esp. numerales 41-47

22 Esta "conjugación", rota en México por la nacionalización bancaria del 2 sept. de 1982, ha sido restaurada por decreto constituyente publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 jun. de 1990, derogatorio del párrafo 5o. del artículo 28 de la Constitución, que constitucionalizara (D.O.F. 17 nov. de 1982) la exclusividad del Poder Público en la prestación del desde entonces "cometido esencial" (entre 1982 y 1990) de banca y crédito.

23 No siempre todas "europeas", acota BOURJOL, p. 45.

24 El tema, aún "ajeno" a América Latina, amerita urgentes información y reflexión ante el horizonte del Mercosur, del Acuerdo del Libre Comercio (Canadá/E. Unidos de América/México), y de la Iniciativa de las Américas planteada en 1990 por el Presidente George Bush. Para una apoyatura introductoria, en la experiencia comunitaria europea, pueden verse: *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., "prefacio" de Marcel WALINE, en su vol. II, pp. 487-830; IPSEN, Hans Peter, *Europa- eisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr, 1972, 540 pp.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y MUÑOZ MACHADO, Santiago, Directores, *Tratado de derecho comunitario europeo* (Estudio sistemático desde el derecho español), Madrid: Civitas, 3 vols., 805 + 666 + 874 pp., 1986; y, por todos, el gigantesco *Comentario* dirigido por J. MEGRET, M. WAELBROECK, J.V. LOUIS y otros. *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 10 vols. en curso de publicación desde 1987, de los cuales sólo conocemos siete.

25 Las profecías, referentes al "juego", de la función legislativa y de la potestad reglamentaria, instaurado por los artículos 37 y 34 de la Constitución francesa de 1958, habrían sido desmentidas en la práctica de sus dos primeras décadas de vigencia, según la matizada doctrina, algo oficialista ("giscardiana"), documentada por FAVOREU, Louis (director), *Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978, 288 pp.

la zona fronteriza) de la acción administrativa, la búsqueda de cuyo único criterio" jurisprudencial lleva a constatar la inexistencia del mismo. La decadencia de la Ley formal debilita el principio de la legalidad y los elementos de la infralegalidad administrativa (reglamentos subordinados y autónomos) predominan y se acumulan con la expansión de la función gubernamental, jurisdiccionalmente injusticiable y, de hecho, políticamente incontrolable. El control jurisdiccional "se queda sin aliento" tratando de seguir una evolución que era constitucionalmente previsible y que lo lleva a controlar actos gubernamentales en sentido estricto (los reglamentos autónomos), y con ellos a inmiscuirse en el dominio de la política. El intervencionismo económico hace muy difícil el control jurisdiccional respecto de decisiones necesariamente particulares y cada vez menos vinculadas a reglas generales precisas.⁽²⁷⁾ Sin embargo, este "nuevo estilo" del derecho administrativo significa el cuestionamiento de una parte considerable de las libertades públicas y de la igualdad entre los ciudadanos.⁽²⁸⁾

4. *Desdén hacia la clásica presentación patológica.* Esta apasionante *Introducción General* permite desdeñar el clásico esquema de la asignatura, centrado en el predominio del contencioso sobre el derecho material.⁽²⁹⁾ Aquella estructuración de *common lawyers* hacía predominar la patología y fisiología, estudiaba inicialmente las formas desviadas de la acción, para apenas ocuparse de ésta en un

26 Cfr. en el sentido de su inexistencia, CHENOT, Bernard, "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat", París: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1950, núm. 4, pp. 77 ss., cuya indefinición empírica fuera calificada de "existencialismo jurídico". Por el contrario, esta postura pragmática y de juez fue vigorosamente atacada, desde distintas posturas doctrinales (servicio público, potestad pública, interés general, régimen administrativo, actos de autoridad frente a actos de gestión): así, por todos, RIVERO, Jean, "Apologie pour les faiseurs de systèmes", París: *Dalloz*, 1951, chr. XXIII, pp. 99-102; y del mismo RIVERO, "Existe-t-il un critère du droit administratif?", París: *Rev. du droit public*, 1953, núm. 2, pp. 279-286.

27 Cfr., la precursora lucidez de BARBÉ PÉREZ, Héctor "Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., "prefacio" de Marcel WALINE, 1969, t. V, pp. 19-43.

28 BOURJOL, p. 52; cfr., la clásica tesis de RIVERO, Jean, *Les mesures d'ordre intérieur administratives* (Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics), París: Sirey, 1934, 301 pp., la cual cabría ahora cotejar con la renovadora de MOCKLE, Daniel, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglamentaires*, París: L.G.D.J., *Préface* de Jean UNTERMAIER, 624 pp., 1984, *in totum*. Para una síntesis general, véase CHAPUS, René, *Droit administratif général*, París: Montchrestien/Domat droit public, 2 vols, 5a. ed., 1990-91, t. 1, 973 pp., esp. 355-365.

29 Desdeñando igualmente la postura "defensiva", v. por todos, MARTÍN-MATEO, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1991, *in totum*, y respecto del mismo, *ministrativo*, año II, No. 4, 1972, pp. 179-183. nuestra reseña en Buenos Aires: *Rev. argentina de derecho administrativo*, año II, No. 4, 1972, pp. 179-183

segundo movimiento. El profesor francés prefiere, como es lógico, tratar en primer lugar de la acción, en su sentido más amplio como "derecho de la administración". Por ello, el resto de su primer volumen comprende cuatro títulos: I) Los datos fundamentales: imputación (teoría de las personas públicas) y límites (principio de legalidad) de la acción; II) Los marcos jurídicos: la organización administrativa del Estado y de las colectividades territoriales; III) Los medios: los actos administrativos (unilaterales y contractuales,' 'administrativos" o de derecho privado); IV) Las formas: policía administrativa, servicio público, intervención del Estado en materia económica.⁽³⁰⁾

II

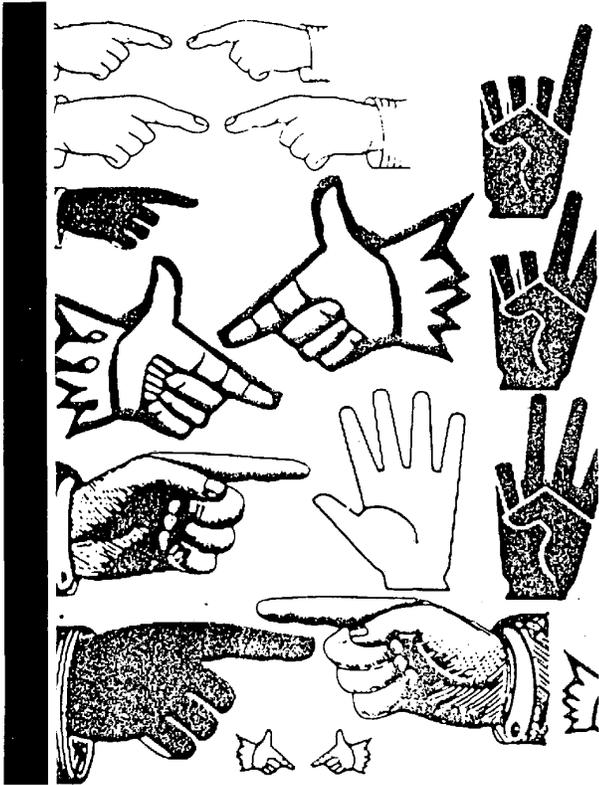
EL GRAN CONTRASTE

5. *Pluridisciplinariedad y jurisdicción administrativa.* La riqueza del planteamiento insito en el plan de Bourjol, se refleja en la abundancia de aportaciones relevantes que, aquí y allá, a lo largo de páginas ejemplares, muestran el acierto de la pluridisciplinariedad implantada en Francia por la reorganización universitaria de 1954-1969- La historia, la economía y la política, los tres pilares de toda aproximación científica del derecho administrativo según el maestro Alejandro Nieto de la Universidad Complutense de Madrid, se conjugan para multiplicar los aciertos, la clarividencia expositiva y crítica de Bourjol, verdadera sacudida al polvoriento edificio de una Administración Pública progresivamente alejada de la sabiduría de un Laferrière o de un Duguit, por el servilismo doctrinal para con una jurisprudencia cuya admirable continuidad y adaptabilidad⁽³¹⁾ no logran ocultar su incompatibilidad con los principios revolucionarios de 1789 y republicanos de 1848, reafirmados por el Preámbulo constitucional de 1958.

6. *Substracto democrático y raigambre autoritaria.* Obra de tesis, subtendida constantemente por la reivindicación implícita de los grandes principios políticos que forjaron el clasicismo administrativo francés irradiándolo por el mundo entero, la realización de Bourjol pertenece a una selecta corriente. Es la protagonizada contemporáneamente

30 Cfr., nuestra contribución precitada *supra* en la nota 16 y, en la misma, la referencia en su propia nota 16 al diálogo en el anfiteatro Maurice Hauriou de la Facultad de Toulouse, en 1981, con el profesor Jean-Arnaud MAZÉRES, así como en la Universidad de París I, en el curso de doctorado de Estado del profesor Gérard COÑAC.

31 Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid: Civitas, 1989, 194 pp., con deslumbrante autocrítica del maestro, y su bibliografía. La fineza y profundidad de esta aportación española han determinado, en julio de 1991, su traducción francesa y publicación inmediatas por el *Conseil d'Etat* en su revista *Etudes et documents*, según nos lo confirma el Consejero Guy BRAIBANT, presidente de la Sección del Informe.



por Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde, Friedhelm Hase, Karl-Heinz Ladeur y Dieter H. Scheuing, en Alemania; por Eduardo García de Enterría, Lorenzo Martín- Retortillo Báquer y Alejandro Nieto en España; por Eduardo Novoa Monreal y José Rodríguez Elizondo (Santiago), Enrique A. Marín-Quijada (Caracas) y Alberto Ruiz Eldredge (Lima), entre tantos otros, en nuestra América.

Para realce de este substráete democrático, es oportuno contrastarla con el *Tratado* del profesor alemán Forsthoff, de la Universidad de Heidelberg.³²

Dejando de lado otros puntos menores, el sugestivo contraste entre Forsthoff y Bourjol, se manifiesta en los temas que siguen:

La concepción del Estado (A), la Constitución (B), el Estado de Derecho (C), el liberalismo y su incompatibilidad con la plenitud democrática y social del Estado de Derecho (D), la seguridad terminológica haciendo participar al ciudadano (y no a vagos administrados, profanos o sujetos) en una Administración *desde abajo* (E), la tecnocracia como

32 La difusión de cuya raigambre autoritaria se vale ahora, además de la vieja traducción castellana de la quinta edición alemana, de una traducción belga de la 9a. ed., realizada por su discípulo francés Michel FROMONT: FORSTHOFF, Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles: Emile Bruylant, 1969, 753 pp. En las notas que siguen, este *Traité* y la precitada obra de BOURJOL se citan abreviadamente por los respectivos apellidos y la página respectiva.

enmascaramiento axiológico tendente a quebrar la relación permanente entre la base y la cúspide administrativas (F), la Administración como servicio en lugar de la Administración concebida como poder autoritario (G), la amplia y creciente visión del "bloque de la legalidad" tendente a superar el debilitamiento de la ley formal (H), la modernidad de la jurisprudencia manejada y la tendencia a frenar los excesos del Ejecutivo moderno mediante una creciente afirmación del Poder Judicial como verdadero Poder del Estado (I), la apertura doctrinal sin sectarismos (J), la aportación de la ciencia administrativa (K) y la presencia subyacente pero constante de la ciencia política (L), la historia —normativa, pero también económica, social y política— como escenario de un Derecho Administrativo encarnado (M).⁽³³⁾ Corolarios, derivados pero igualmente fundamentales, de la postura ante dichos temas, los hallaremos luego en los siguientes puntos: la relación del Derecho Público con el privado (a), la metodología positivista y la sumisión de las normas positivas a un Derecho superior (b) y la democracia administrativa (c).

Esta última repercute en cuatro aspectos, igualmente significativos: la raigambre republicana del Derecho administrativo (aa), la concepción del Estado como servidor de los ciudadanos (bb) —y ello tanto en la descentralización territorial (aaa) como en la descentralización funcional (bbb)—, 1a- búsqueda de la máxima espontaneidad e inmediatez de *la base* en las decisiones de la jerarquía administrativa (cc) y una justicia administrativa de fácil y casi irrestricto acceso (dd).

7. A) *La concepción del Estado*. Es todo un parte aguas. Para el profesor alemán, es un ente trascendente⁽³⁴⁾, situado por encima e independiente de los ciudadanos,⁽³⁵⁾ cuya autoridad es superior a la regla de Derecho⁽³⁶⁾ y no admite una limitación jurisdiccionalmente deslindable⁽³⁷⁾ de sus derechos públicos, no concibiéndose siquiera que dicho proceso objetivo pueda ser suscitado por los ciudadanos legítimamente interesados en la regularidad interna de la Administración: por debajo de la aparente renuencia del profesor nacionalsocialista a pronunciarse sobre las relaciones entre Derecho y Estado,⁽³⁸⁾

33 Respecto de este último punto, más ampliamente, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Un derecho administrativo comunitario latinoamericano (Notas para una consideración multidisciplinaria)", originalmente "prólogo" a Fernando AGUIRRE-BASTOS, *El grupo subregional andino en el proceso de integración económica en América Latina*, su tesis de Oxford editada en Valencia-Venezuela: Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, 1976; reproducido en ciudad de México: *Revista latinoamericana de administración pública*, núm. 7, con "Presentación" de Andrés CASO-LOMBARDO, 1978, pp. 5-78.

34 FORSTHOFF, p. 55.

35 FORSTHOFF, p. 177

36 FORSTHOFF, p. 350

37 FORSTHOFF, p. 653.

38 FORSTHOFF, p. 292.

comprende que su totalitarismo⁽³⁹⁾ —inmanente a toda su concepción del derecho administrativo— lo lleve a desconocer la vigencia de un individuo jurídicamente respetable con anterioridad al Estado⁽⁴⁰⁾ y a imaginar que la limitación de éste emana, abstractamente, del orden jurídico⁽⁴¹⁾ y no de la acción política de ciudadanos responsables que no admiten el trato de meros subditos.

Por el contrario, el Hombre (*Mensch*) es el centro de la concepción del autor francés,⁽⁴²⁾ y el Estado no está al servicio de la ganancia de unos pocos sino del interés de la colectividad en su totalidad⁽⁴³⁾ la cual mediante su voluntad soberana libremente expresada, emite (*effecteur*) informaciones axiológicas⁽⁴⁴⁾ que habilitan al Poder para la adopción (*sélecteur*) de capitales decisiones políticas, que modelan la actividad administrativa (*transducteur*); el Poder inicial está en la base, la cúspide no hace sino ejecutar sus aspiraciones, con un margen de discrecionalidad siempre limitado por la periodicidad de las consultas (elecciones, referéndums, opinión pública) a la base⁽⁴⁵⁾ y por sus representantes permanentes (Parlamento) en el nivel de selección de finalidades.

8.B) *La Constitución*. En la versión autoritaria, la regla suprema es temida y —siguiendo a Otto Mayer— colocada en el plano de lo contingente,⁽⁴⁶⁾ de lo eventualmente prescindible o reductible a las buenas intenciones,⁽⁴⁷⁾ evitándose la "confusión" de lo constitucional y lo administrativo a pretexto de la inconveniencia científica de las consideraciones de principio,⁽⁴⁸⁾ evitación axiológica que no impide remitirse el teórico nazi Cari Schmitt,⁽⁴⁹⁾ respecto del tema tabú así rehuido.

39 Sobre la actualidad y matices de esta noción, véase HABA, Enrique-Pedro, *La idea de totalitarismo y la libertad individual* (Autopsia de una noción mistificadora), "prólogo" de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Bogotá: Temis, 1976, XXXVI + 256 pp.; y, del mismo HABA, *Tratado básico de derechos humanos*, San José de Costa Rica: Juricentro, 1986, 4 vols., en curso de publicación, de los cuales han aparecido el I y II, XLVI + 970 pp., respecto de los cuales puede verse nuestra recensión en Madrid: *Revista de administración pública*, 1990, núm. 121, pp. 534-537.

40 FORSTHOFF, p. 292.

41 *Ibidem*.

42 BOURJOL, p. 13.

43 BOURJOL, p. 291.

44 BOURJOL, p. 20.

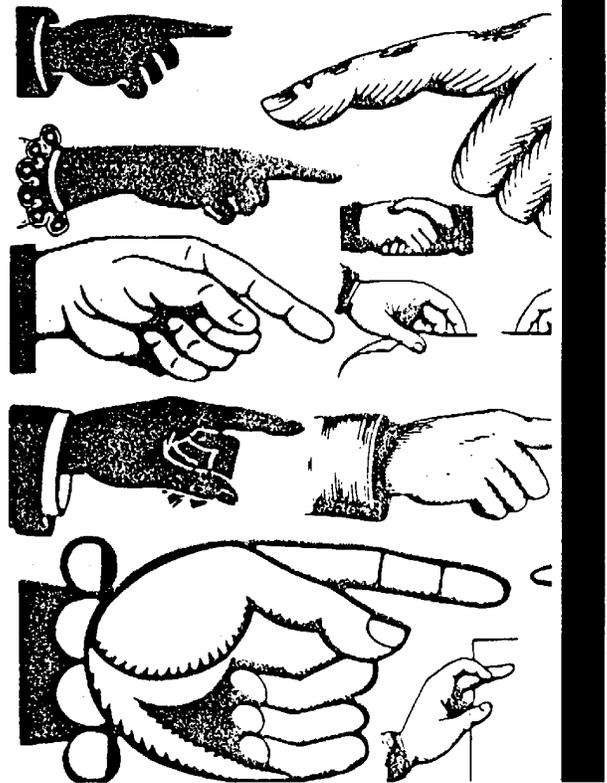
45 *Ibidem*.

46 FORSTHOFF, p. 60 en nota. Por el contrario, para que las exigencias de una Constitución democrática penetren por los más variados intersticios del sistema jurídico de las administraciones públicas, *cfr.* MARTÍN-RETORTILLO BÀQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: I.E.A.L., 1983, 630 pp.

47 FORSTHOFF, p. 94.

48 FORSTHOFF, p. 43.

49 FORSTHOFF, p. 208 en su nota 2. Respecto del enmascaramiento schmittiano de la ciencia, *cfr.* HABA, Enrique-Pedro, "decisionismo e iusnaturalismo como ideologías" (Algunas otras nociones en torno a las ideologías de Cari Schmitt sobre el derecho y el Estado), Suprema Corte de Justicia: *Revista Judicial*, año VII, núm. 24, San José de Costa Rica, 1983, pp. 9-27, con una extensa bibliografía, citando en particular la omnicompreensiva monografía de HOFMANN,



Por el contrario, la Constitución⁽⁵⁰⁾ preside las consideraciones normativas del maestro francés,⁽⁵¹⁾ quien concordantemente afirma la imperatividad del Preámbulo de 1946,⁽⁵²⁾ confirmada por el fallo del Consejo Constitucional de julio de 1971.⁽⁵³⁾

9.C) *El "Estado Social" y el Estado de Derecho*. Este es presentado por el profesor alemán como una ideología⁽⁵⁴⁾, en ocaso⁽⁵⁵⁾, que ya no existe más,⁽⁵⁶⁾ y que no podrá revivir,⁽⁵⁷⁾ pero su afirmación no supone la postulación de una antítesis de progreso sino la restauración nostálgica del *Totaler Staatw* exaltado por Ernst FORSTHOFF en 1933,

Hasso, *Legitimitaet gegen Legalitaet. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (Legitimidad contra legalidad. El camino de la filosofía política de Cari Schmitt), Neuwied y Berlín: Luchterhand, 1964, 304 pp.

50 *Cfr.* recientemente, LUCHAIRE, Uancois y MAUS, Dídier, *Documents pour servir a l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, París: Conseil d'Etat, 1991, 3 vols.

51 BOURJOL, pp. 46 ss., 119.

52 BOURJOL, p. 325.

53 BOURJOL, p. 49.

54 FORSTHOFF, p. 81.

55 FORSTHOFF, p. 112.

56 *Ibidem*.

57 *Ibidem*.

58 "El Estado total", sugestivo título del volumen publicado en 1933, por FORSTHOFF y en ocasión del ascenso del movimiento nacionalsocialista al poder en perjuicio de la República alemana de Weimar, Hamburgo: Hanseatische Verlaganstalt, 48 pp.

restauración cuya imposibilidad lo lleva reiteradamente a preconizar la "neutralización axiológica" del Estado, la contradicción insuperable" entre Estado de Derecho y Estado Social, y a truncar reiteradamente —perversamente diría el maestro de Tubinga Otto BACHOF— el imperativo democrático de la Administración en la Constitución de Bonn, mediante una cita incompleta,⁽⁶⁰⁾ de los artículos 20 y 28 de la *Grundgesetz*.

10. D) El "*liberalismo*" y la *nacionalización*. Un aparente liberalismo del Traité, su calculada invocación, aquí y allá, del Estado de Derecho, no logran engañar al lector advertido, que comprende la ilusión restauradora (del militarismo forjado, por la propiedad privada de los medios de producción, en la zona del Rhur) que anida, al igual que en su "correligionario" Ernest-Rudolf Huber, cuando alienta, en contra de los imperativos democráticos y sociales de la *Grundgesetz*, la presunta incompatibilidad de ésta con la quiebra de posiciones económicas dominantes⁽⁶¹⁾. *Inversamente, la plenitud democrática y social de Estado* postulada por el Consejo Nacional de la Resistencia[^] y por los Preámbulos de 1946 y 1958 en las Constituciones francesas, lleva al maestro francés al realce del propósito de las nacionalizaciones de 1946, que define, con el profesor Jean Rivero, como "la transferencia a la-nación de la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas privadas para sustraerlas a la apropiación capitalista y organizar su gestión según las exigencias del interés general". *En una economía que permanece liberal,*

la nacionalización no es una socialización, porque no modifica la naturaleza del poder político; ella no es tampoco una estatización porque la empresa pública nacional está sometida en principio al derecho privado y constituye una entidad jurídica diferente del Estado. La nacionalización responde a la idea de "democracia económica", que realiza la síntesis del "servicio público" y del "interés general", y que tiene su fundamento, en el marco de una economía planificada, en la descentralización del poder decisorio en beneficio de los asalariados y usuarios de la empresa⁽⁶³⁾.

11. E) *Técnica y terminología autoritarias*. Naturalmente la ambigüedad constante entre un liberalismo de fachada y un totalitarismo fuertemente interiorizado,⁽⁶⁴⁾ crea en la

59 FORSTHOFF, p. 122.

60 FORSTHOFF, pp. 122 y 299

61 FORSTHOFF, p. 126.

62 BOURJOL, p. 308.

63 BOURJOL, *ibidem*. CFR. NOVOA-MONTREAL, Eduardo, *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1974, 136 pp. y, del mismo NOVOA-MONREAL, *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros* (caso de los productos exportados), ciudad de México: UNAM-I.I.J., 1976, 224 pp., ambos *In totum*.

64 FORSTHOFF, p. 40.

concepción autoritaria no sólo *incoherencias técnicas* entre el derecho administrativo —bastante envejecido en jurisprudencia y en doctrina que se exponen— y el derecho constitucional vigente⁽⁶⁵⁾ sino, expresivamente, *una reiterada inseguridad terminológica*. Ésta se manifiesta en la repugnancia por el vocablo *ciudadano*, rara vez empleado⁽⁶⁶⁾ y entonces para neutralizarlo en su gravitación social y mediatizarlo⁽⁶⁷⁾ en sus relaciones con el Estado, vocablo que se prefiere remplazar por los más vagos de *individuo*⁽⁶⁸⁾ o por los "cosificantes" de *administrado*⁽⁶⁹⁾ *profano*⁽⁷⁰⁾ y *sujeto*.⁽⁷¹⁾

En el fondo, contrastando con la citada definición democrática sobre las nacionalizaciones, la Administración no supone una participación de los ciudadanos en su seno, no son éstos los que la forjan para multiplicar mediante sus servicios, y bajo pautas axiológicas que ellos inspiran, la dignidad de la persona humana en sociedad: muy al contrario, para Forsthoff, la Administración es neutra,⁽⁷²⁾ mera dadora⁽⁷³⁾ de prestaciones, proveedora,⁽⁷⁴⁾ *desde arriba*, sin condicionamiento alguno por una base ciudadana de la cual se la distingue expresamente.⁽⁷⁵⁾

12.F) *Tecnoestructuray presidencialismo*. La tecnocracia irrumpe así⁽⁷⁶⁾ como nueva base de la Administración y *Ersatz* del añorado partido único⁽⁷⁷⁾ que evitará sólo transitoriamente los males⁽⁷⁸⁾ de los partidos políticos cuyas "preocupaciones"⁽⁷⁹⁾ es menester neutralizar. La pregonada neutralidad⁽⁸⁰⁾ la postulada exclusión de fines extra-jurídicos,⁽⁸¹⁾ desnuda así su verdadero alcance.

Este enmascaramiento axiológico contrasta con la permanente relación de la base (*effecteur*) con la cúspide (*sélecteur*), que hace de la elección la piedra angular y el criterio de la descentralización⁽⁸²⁾ criterio que procede aplicar

65 En efecto, la Constitución democrática y social de 1949 de la República de Bonn sólo es tenida en cuenta en momentos en que su silenciamiento sería flagrante, como en FORSTHOFF, p. 465, y, entonces, para pretender la continuidad de los derogados principios de la Constitución de Weimar, *cf.* nuevamente la aportación de Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER, precitada *supra*, en nota 46.

66 Salvo omisión nuestra, sólo en FORSTHOFF, pp. 129, 133, 538 y 566.

67 Neutralización operada mediante la propia administración: FORSTHOFF, p. 116.

68 FORSTHOFF, p. 292.

69 FORSTHOFF, p. 103.

70 FORSTHOFF, p. 640

71 FORSTHOFF, p. 187

72 FORSTHOFF, p. 43.

73 *Geber*, en alemán: FORSTHOFF, p. 533.

74 FORSTHOFF, p. 84

75 FORSTHOFF, p. 236 en nota 71.

76 FORSTHOFF, pp. 136 y 440.

77 FORSTHOFF, p. 44.

78 FORSTHOFF, p. 83, habla de su "influencia irritante sobre la Administración".

79 FORSTHOFF, p. 742.

80 FORSTHOFF, p. 738.

81 FORSTHOFF, p. 235

82 BOURJOL, p. 104.

igualmente a las capitales y administraciones metropolitanas⁽⁸³⁾ reducidas en nuestros días al rango minusvalorado de áreas coloniales, impedidas de elegir libremente sus autoridades administrativas nombradas por el poder central^(83a) Afortunadamente limitada al nivel ministerial⁽⁸⁴⁾ en países de régimen presidencial fuertemente personalizado en que el Jefe de Estado avoca las grandes decisiones políticas, dicha tecnocracia se agrava sin embargo en la medida en que la "tecnocracia pública" debe concertarse con la "tecnocracia privada", lo que lleva a dichas *tecnestructuras*⁽⁸⁵⁾ a la elaboración de soluciones, a la formulación de opciones, que los parlamentarios y otros sectores sociales *amateurs* no podrán contradecir. Dicha subordinación al poder presidencial, así como su impermeabilidad a las "informaciones axiológicas (elecciones, referéndums, opinión pública)" elevadas desde la base (*effecteur*) provocan el aislamiento (*base-clos*) de la tecnestructura, que no sólo se aleja de las asambleas parlamentarias (*amateurs*) sino que instaura con los administrados relaciones de autoridad, vueltas más eficaces por la desconcentración administrativa, apenas moderada por la aparición de formas de administración consultiva⁽⁸⁶⁾.

13.G) La "*Daseinsvorsorge*" y el "*service public*". La Administración como poder autoritario se enfrenta en nuestros autores a la Administración como servicio.

Para el autoritario, ella "dispone" de los individuos,⁽⁸⁷⁾ que son "independientes" de ella,⁽⁸⁸⁾ y la paternalista⁽⁸⁹⁾ concepción de la *Desetnsvorsorge*⁽⁹⁰⁾ coincide con la afirmación, ciertamente excesiva y

algo sospechosa, de que el *service public* es una noción desquiciada⁽⁹¹⁾ que el autor apoya no en la reciente literatura francesa sino en una bibliografía alemana, no sólo envejecida⁽⁹²⁾ sino inefablemente ilustrada por una indiscutida figura de la nueva doctrina de cuño nacionalsocialista,⁽⁹³⁾ además, la *Deseinsvorsorge*, cuando desborda el marco del derecho administrativo, no lo hace en momento alguno⁽⁹⁴⁾ hacia el campo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, no aparece vinculada a las garantías constitucionales del Estado, sino sólo al derecho económico, el derecho del trabajo y la seguridad social⁽⁹⁵⁾.

Para el jurista galo, el criterio del servicio público permanece como el criterio principal del derecho administrativo para la jurisprudencia y una parte de la doctrina,⁽⁹⁶⁾ y el viraje constituido por la creación jurisprudencial en 1921 de los servicios industriales y comerciales⁽⁹⁷⁾ testimonia la adulteración de los postulados de democracia económica por obra del auge de la economía neoliberal. Ésta somete a las empresas públicas a las "leyes" del mercado capitalista nacional e internacional, bastante poco compatibles con la del servicio público⁽⁹⁸⁾ dicho viraje significó, por una parte, una limitación del poder público en materia económica privando a los servicios públicos intervencionistas de las garantías del régimen administrativo; y, por otra parte, la entrega del control de dichas actividades al juez judicial, menos preocupado de las exigencias del servicio público y defensor tradicional de la iniciativa privada⁽⁹⁹⁾

91 FORSTHOFF, p. 535.

92 FORSTHOFF, p. 535 en nota 7

93 El señor profesor Román SCHNUR, recientemente llamado a Tubinga.

94 FORSTHOFF, p. 535. En sentido contrario y que consideramos de principio, potenciador de libertades y ello inclusive bajo la dictadura franquista, véanse dos libros ejemplares del profesor Lorenzo MARTÍM-RETORTILLO BÁQUER, *Las sanciones de orden público en derecho español* (Memoria sobre jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo en materia de orden público), Madrid: Tecnos, vol. I, 1973, 390 pp., y *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Madrid: cuadernos Civitas, 1975, 68 pp.

95 FORSTHOFF, *ibidem*.

96 BOURJOL, p. 32.

97 *El fallo Bac d' Eloka*.

98 BOURJOL, p. 319. En este último sentido, con estremecedora actualidad respecto de la ola neoliberal que sacude nuestras administraciones públicas occidentales, particularmente desde 1989, véase *L'agresion* (L'Etat-Giscard contre le secteur public), "Pré-face" del entonces todavía candidato presidencial francois MI- TERRAND, Paris: Club socialiste d'ulivre, 1980, 324 pp.

99 BOURJOL, p. 320. Para esta desconfianza en los jueces judiciales, que postula algo ingenuamente la "superior conciencia social y republicana" de los jueces administrativos autónomos, *cfr.* GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El Poder Público y la jurisdicción administrativa en México*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1982, 251 pp. Lo postulado es exacto en la realidad postrevolucionaria francesa, aún hoy vigente en esta materia, según nuestra reiterada experiencia (1961-1974, y visitas posteriores): cabría, empero, desconfiar quizá de una importación extralógica en un país tan diferente como México donde, inclusive después de la amplia constitucionalización de la jurisdicción administrativa autónoma (arts. 73. XXXIX.H, 104.1.B., 116.IV y concordantes), seguimos

83 BOURJOL, p. 152 en nota 1

83a Es el caso del Distrito Federal de México, desde 1928; *cfr.* MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *La entidad federativa Distrito Federal*, Naucalpan de Juárez/Estado de México: U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 2 de abr. de 1991, 20 ff. y anexos, trabajo escrito para el concurso de oposición en las cátedras de derecho administrativo, en el que fuera declarado, por unanimidad, ganador con el núm. 1 por el Sínoo integrado por los profesores Miguel ACOSTA-ROMERO (presidente), León CORTIÑAS-PELÁEZ, Rafael IBARRA GIL, Marcial PÉREZ Y PÉREZ (secretario) y Jerardo ESPINOZA-CARRILLO.

84 Ministre-technicien" según BOURJOL, p. 48.

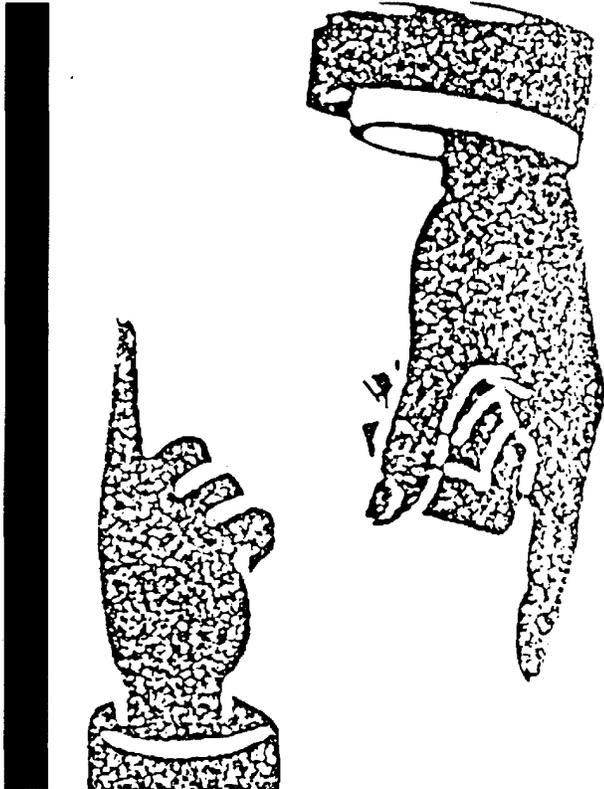
85 BOURJOL, *ibidem*.

86 BOURJOL, *ibidem*; sería el caso de las consultas populares, establecidas en materia de planeación económica y social por el artículo 26.3 de la Constitución federal mexicana, por decreto constituyente publicado en el *Diario Oficial* el 3 feb. de 1983.

87 FORSTHOFF, p. 39; en sentido contrario, la reciente contribución de PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, Paris: Dalloz, 1991, XXXII+ 776 pp., *in totum*, esp. 90-115.

88 FORSTHOFF, pp. 134, 439, 467, 472.

89 FORSTHOFF, p. 590. FORSTHOFF, pp. 533 ss., término que proponemos traducir como "promoción integral del Hombre", como ya lo planteábamos en nuestra traducción de WOLFF, Hans-Julius, "El derecho administrativo de prestaciones", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., 1969, "prefacio" de Marcel WALINE, en su t. V., p. 351 en nota.



Esta jurisprudencia vacilante,⁽¹⁰⁰⁾ de la cual se ha dicho que no es "ni muy gloriosa ni muy enriquecedora"⁽¹⁰¹⁾ y que es calificada de 'congénitamente detestable'⁽¹⁰²⁾ traduce la utilización de una técnica jurídica⁽¹⁰³⁾ para frenar una evolución políticamente desagradable⁽¹⁰⁴⁾ sin embargo, a pesar de ella, la noción de servicio público juega, como noción de síntesis, un papel importante como criterio de competencia del juez administrativo, en la definición del acto administrativo, de las obras públicas, etcétera⁽¹⁰⁵⁾. Políticamente, todo depende de la concepción que tengan los gobernantes, en un momento dado, de las exigencias del interés general: el liberalismo impartía al servicio público un dominio limitado, pero sometiéndolo a un régimen unitario de derecho público, mientras que el neoliberalismo

careciendo de requisitos satisfactoriamente específicos para su reclutamiento, carrera y creciente especialización, como sabiamente los exigía en su ley del 25 de mayo de 1853 don Teodosio LARES, estupendo jurista y fundador del derecho administrativo, no sólo en México sino probablemente en toda América Latina; *cf.* LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852, XVI+410 pp., ahora en edición facsimilar con "prólogo" de Antonio CARRILLO- FLORES, ciudad de México: U.N.A.M., 1978

100 BOURJOL, p. 320.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

103 Particularmente por el Tribunal de Conflictos de Francia.

104 BOURJOL, p. 320.

105 BOURJOL, p. 294.

extiende el campo de intervención del poder público, "privatizando" su régimen.⁽¹⁰⁶⁾

14. H) *Juridicidad amplia o restringida*. El imperio de la Ley formal es, antagónicamente, rebajado o exaltado. Para el autor autoritario, la *consuetudo abrogatoria* (la costumbre derogatoria de la Ley) tiene existencia incontestable,⁽¹⁰⁷⁾ puesto que en todos los tiempos ha habido prescripciones superadas por los acontecimientos⁽¹⁰⁸⁾; en particular, la Administración sólo está parcialmente sometida a la Ley,⁽¹⁰⁹⁾ moviéndose en el campo de una amplia discrecionalidad,¹¹⁰ que se afirma como "centro del derecho administrativo"¹¹¹ e incontrolable por los tribunales administrativos, libertad respecto del control de juridicidad que también se aplica a las relaciones interadministrativas⁽¹¹²⁾, cuyos conflictos se reputan de naturaleza diversa a los conflictos entre órganos constitucionales.⁽¹¹³⁾ Dicha visión enpequeñecida de la juridicidad, ciertamente cuestionada en la misma Alemania Federal,⁽¹¹⁴⁾ lleva incluso a justificar la independencia de la

106 BOURJOL, p. 294.

107 FORSTHOFF, p. 240.

108 Afirmación jurídica excesiva, eco del decisionismo de Cari SCHMITT, practicado por el dictador Gabriel Terra en Uruguay pretendiendo legitimar su golpe de Estado de 1933, reasumido también en Uruguay por los legistas de la dictadura iniciada por el ex estudiante de derecho Jorge Pacheco-Areco y sus continuadores (1968-1985), preconizado en una aislada e infundada doctrina mexicana reciente por GONZÁLEZ-OROPEZA, Manuel, "Los empleados superiores de Hacienda", ciudad de México: *Anuario Jurídico* (U.N.A.M./Instituto de Investigaciones Jurídicas), tomos III-IV, 1976-1977, pp. 133-149. La práctica y la legislación mexicanas han rechazado casi de inmediato esta desviación, mediante el Acuerdo del Senado de la República, publicado en el *Diario Oficial* de 7 de dic. de 1987, relativo a la vigencia en lo pertinente del párrafo II del artículo 89 de la Constitución, Acuerdo desde entonces cumplido por el Ejecutivo, a pesar de una práctica secular de incumplimiento; este Acuerdo sigue las conclusiones, inspiradas en GARCIA DE ENTERRÍA, postuladas por CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "El cometido esencial de Hacienda y la ratificación del nombramiento de sus empleados superiores por el Senado", ciudad de México: *Rev. del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2a. época, año VII, núm. 75, marzo de 1986, pp. 825-870, ahora difundido en el volumen *De la administración hacendaria en México*, ciudad de México: I.N.A.P., col. Praxis núm. 77, 1988, 98 pp.

109 FORSTHOFF, p. 55.

110 *Ermessen*.

111 FORSTHOFF, p. 147.

112 Internas de la administración", en FORSTHOFF, pp. 212 y 470.

113 FORSTHOFF, p. 652, nota 64

114 Por los trabajos iniciales de la Escuela Democrática fundada por el maestro BACHOF en Tubinga: BACHOF, Otto, "Ueber einige Entwicklungstendenzen im gegenwaertigen deutschen Verwaltungsrecht" (Sobre algunas tendencias evolutivas del derecho administrativo alemán contemporáneo), en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, 5 vols., "prefacio" de Marcel WALINE, Madrid: I.E.A.L., 1969, en el t. V, pp. 439-462, esp. 457-459; ya antes, BACHOF, Otto, "Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung" (Acto administrativo e instrucciones de servicio), contribución a *Verfassung und Verwaltung, Festschrift fuer Wilhelm Laforet* (Constitución y administración, Estudios en Homenaje a Wilhelm Laforet), Munich: Isar, 1952, pp. 285-315, ahora reproducido en la recopilación de

Administración respecto del Derecho, pues ésta sería el propio fundamento de sí misma.⁽¹¹⁵⁾

Esta concepción autoritaria y tecnocrática contrasta con la riqueza del bloque de la legalidad,⁽¹¹⁶⁾ desarrollado por Maurice BOURJOL, quien critica la conmoción de la legalidad externa a la Administración que evoluciona en perjuicio de la Ley, particularmente luego de la Constitución francesa de 1958, cuya práctica equilibra la amplitud del dominio reglamentario con un creciente control jurisdiccional que lleva hacia un desarrollo progresivo de un "gobierno de los jueces".⁽¹¹⁷⁾

15.1) *Ambigüedades de la "tecnocracia judicial"*
Selección y valoración de la jurisprudencia parecen enfrentar arcaísmo con modernidad.

Para Forsthoff, la jurisprudencia reciente es, en general, la inmediatamente posterior a la segunda Guerra Mundial y excepcionalmente la de los años sesenta,⁽¹¹⁸⁾ recurriéndose sintomáticamente a la jurisprudencia del antiguo Tribunal Imperial,⁽¹¹⁹⁾ a pesar de reconocerse expresamente que el contenido del derecho administrativo cambia cuando la protección jurisdiccional es instaurada, puesto que las nociones adoptan un nuevo sentido,⁽¹²⁰⁾ lo que sin embargo prefiere olvidarse cuando se trata de limitar la libertad de prensa,⁽¹²¹⁾ con criterio de Estado autoritario y en camino hacia el nacionalsocialismo,⁽¹²²⁾ lo que también se olvida cuando los imperativos de un Estado democrático y social de Derecho podrían llevar a reconocer al legítimo interés la legitimación del derecho subjetivo⁽¹²³⁾.

reproducido en la recopilación de artículos de BACHOF, *Wege zum Rechtsstaat* (Caminos hacia el Estado de Derecho), Königstein/Ts.: Athenaeum, 1979, VIII +394 pp., pp. 49-79, esp. 73-74; RUPP, Hans-Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre-Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis* (Cuestiones fundamentales de la actual doctrina del derecho administrativo), Tübingen: Mohr, 1965, X + 300 pp.; PIETZCKER, Jost, "Grundrechtsbetroffenheit in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik" (Involucramiento de los derechos fundamentales en la dogmática del derecho administrativo), en PUETTNER, Guenter (Herausgeber) *et al.*, *Festschrift fuer Otto Bachof-zum 70 Geburtstag am 6. März. 1984.* (Homenaje a Otto Bachof en su 70 cumpleaños el 6 de marzo de 1984), Munich: Beck, VIII + 390 pp., esp. 131-149; últimamente, la profunda aportación del "Breve tratado" (*Kurz Lehrbuch*) de WOLFF, Hans-Julius, BACHOF, Otto y STOBER, Rolf, *Verwaltungsrecht* (I, II u III) (Derecho administrativo I, II y III), Munich: Beck, 3 vols., respectivamente de 624 + 659 y 550 pp., esp. t. I, parágrafos 30 y concordantes.

115 FORSTHOFF, p. 237

116 BOURJOL, pp. 78 ss.

117 BOURJOL, p. 87.

118 FORSTHOFF, *passim*.

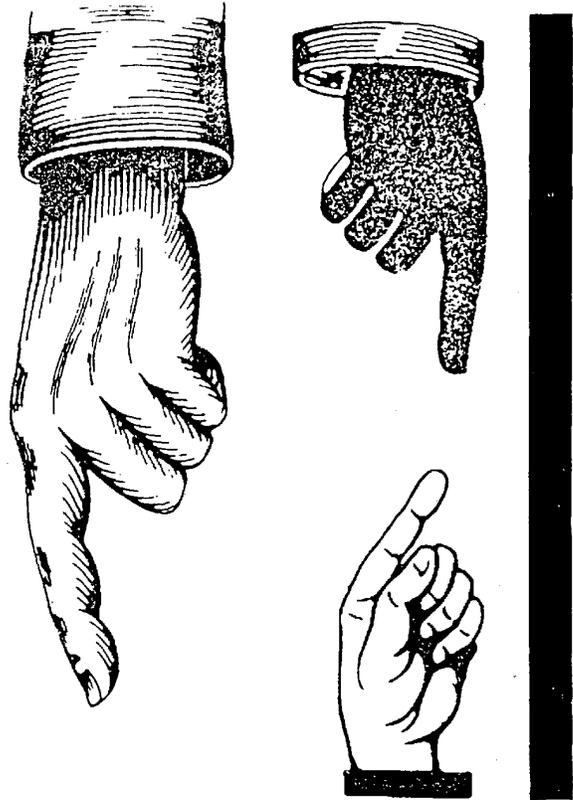
119 FORSTHOFF, p. 191 y nota 31.

120 FORSTHOFF, p. 148 nota 5.

121 FORSTHOFF, p. 446.

122 Así, la jurisprudencia liberticida bajo la Constitución de la República de Weimar, que iba preparando el hundimiento de las instituciones y el advenimiento del Estado Total, exaltado por FORSTHOFF, *supra*, nota 58.

123 FORSTHOFF, pp. 502-503 y nota 71.



La visión fijista de la jurisprudencia⁽¹²⁴⁾ y un verdadero temporal poder de los jueces,⁽¹²⁵⁾ contrasta con el *Compendio* del profesor de Tours⁽¹²⁶⁾ cuyo *Avant-Propos* dedica una página capital a enseñar la técnica del comentario jurisprudencial, maneja la jurisprudencia reciente culminada por el fallo (*leading case*) del Consejo Constitucional,⁽¹²⁷⁾ tendente a un control material efectivo de la conformidad de la Ley formal con la Constitución y su Preámbulo (16 de julio de 1971), y no teme,⁽¹²⁸⁾ integrar el bloque de la legalidad con los principios generales del derecho "descubiertos" por la jurisprudencia, en elaboración de carácter político,⁽¹²⁹⁾ que manifiesta mediante

124 FORSTHOFF, p. 42.

125 La *Richtermacht* puesta de manifiesto por el maestro BACHOF en el marco de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), de 1949: *cfr.* BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. castellana de Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid: Taurus, 1963, *in totum*

126 BOURJOL, pp. 7-8.

127 BOURJOL, p. 49.

128 BOURJOL, p. 87

129 BOURJOL, p. 87; *cfr.* BACHOF, Otto, "El juez constitucional entre derecho y política", trad. castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Stuttgart: *Universitas*, año 21, 1966, pp. 137-152, y también en Montevideo: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, 1967, pp. 245-261; y, más recientemente aunque con erratas que hacen urgente su nueva publicación, BACHOF, Otto, "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política", trad. castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Guanajuato: *Boletín del*

esta naciente "tecnocracia judicial", una neta tendencia hacia un "gobierno de los jueces" como contrapeso a los excesos normativos infralegales^(129ª) de la monarquía electiva de la Quinta República (contrapesos en vía de robustecimiento, con la iniciativa 1991-92 del presidente Mitterrand de acortar el mandato presidencial y de fortalecer las potestades de la Asamblea).

16J) Una importante fuente "indirecta": *Objetividad y subjetividad en la doctrina*. El manejo de la doctrina enfrenta unilateralidad autoritaria con apertura democrática.

El *Compendio* francés se revela nuevamente como una obra de indiscutible clase científica, citando limpia y pertinentemente autores del derecho administrativo contemporáneo —de todas las corrientes— y cotejándolos con el pensamiento de los grandes clásicos, presentados éstos igualmente en su "abanico" global: incluso contrastando con la doctrina francesa corriente, se citan los autores constantemente a nivel del texto, la doctrina parece adquirir —como en los países italo-ibéricos y latinoamericanos— relevancia casi de "fuente indirecta" del Derecho, y la probidad de Maurice Bourjol lo lleva incluso a presentar cuadros esquemáticos, donde se brinda en columnas paralelas, la postura de varios autores con referencia a una noción: así, respecto de interés general- interés público-utilidad pública,⁽¹³⁰⁾ administración y derecho administrativo,⁽¹³¹⁾ policía administrativa,⁽¹³²⁾ servicio público,⁽¹³³⁾ empresa pública.⁽¹³⁴⁾

departamento de investigaciones jurídicas (Escuela de Derecho-Univ. de Guanajuato), núm. 10, 1983, pp. 46-66, y, también, en ciudad de México: *Boletín mexicano de derecho comparado* (U.N.A.M.-I.I.J.), nueva serie, año XXX, núm. 57, dic. de 1986, pp. 837-852. En el mismo sentido, más ampliamente: CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Jurisdicción administrativa y tecnocracia judicial", en *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, 2 vols., Caracas: Instituto de derecho público U.C.V., 1984, t. I, pp. 235-254; y el trabajo citado *supra*; en nota 33.

129ª Son los manifestados por las reglas infralegales y prácticas parareglamentarias estudiadas por la tesis de MOCKLE, precitada en la nota 28. En general y, en el caso de México en particular, urge preceptuar tanto su obligatoria publicación en el *Diario Oficial* como su automática impugnabilidad ante la jurisdicción competente (sea ésta la autónoma de lo contencioso-administrativo, sea en su defecto la del Poder Judicial Federal).

130 BOURJOL, p. 22; al respecto, MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la ENEP "Acatlán", tesis profesional de licenciatura con mención honorífica, 1984, 423 ff.

131 BOURJOL, p. 23.

132 BOURJOL, p. 287, y, en postura posterior que radicaliza la búsqueda de nuevas relaciones de la policía y el Estado, GLEIZAL, Jean-Jacques, *La police nationale* (droit et pratique policière en France), tesis con prefacio de André DEMICHEL, Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 1974, 362 pp., y del mismo GLEIZAL, *Le désordre policier*, París: P.U.F., 1985, 202 pp.; para su concepto del derecho administrativo, véase GLEIZAL, Jean-Jacques, *Le droit politique de l'Etat*. París: P.U.F., 1980, a cotejar con el de DEMICHEL, André, *Le droit administratif*, París: L.G.D.J., 1978, ambos *in totum*.

133 BOURJOL, p. 306.

134 BOURJOL, p. 318.

La sospechosa subjetividad del libro de Forsthoff desnuda cándidamente su interiorizado totalitarismo no bien se profundiza un poco en sus referencias doctrinales: la ignorancia total de la más reciente doctrina de los años sesenta (precisamente la que tiende a ajustar el clásico derecho administrativo imperial a los principios republicanos de la *Grundgesetz*), el silencio de la mayoría de la doctrina contemporánea⁽¹³⁵⁾, bastarían *per se* para presentar una imagen incompleta, fragmentaria, parcial, del derecho administrativo alemán contemporáneo; pero esta imagen se revela falseada, parcializada, tendenciosa, cuando se observa la simultánea y casi sistemática mención de los autores más proclives al totalitarismo⁽¹³⁶⁾.

17. K) *Del estudio pluridisciplinario de la Administración*. La aportación de la ciencia administrativa (o, en general, de las ciencias administrativas) enfrenta igualmente dos posturas antagónicas, que no pueden dejar de relacionarse con la implícita *Weltanschauung* de ambos autores.

En la obra del profesor francés, hay que hilar muy fino para captar, aquí o allá, la repercusión, anónima, de la importante labor desarrollada en las Universidades francesas, desde 1965, por los juristas que se han volcado al estudio pluridisciplinario de la Administración. Tratándose de una obra enfocada como guía estudiantil para segundo año de licenciatura, es lógico que se omita casi toda referencia a los recientes libros de ciencia de la administración⁽¹³⁷⁾ y que la referencia doctrinal se limite a los trabajos específicamente de derecho administrativo, pero es innegable que éste se prolonga material y científicamente en las consecuencias analíticas y sintéticas de aquéllos, en temas como el enfoque cibernético de la Administración⁽¹³⁸⁾ bases históricas,⁽¹³⁹⁾ bases económicas,⁽¹⁴⁰⁾ todo lo referente a la organización administrativa, en especial lo referente a sus equilibrios⁽¹⁴¹⁾ y a su reforma.⁽¹⁴²⁾

Dialécticamente hallamos en el académico alemán un silencio obstinado respecto de los autores recientes,⁽¹⁴³⁾ pero en su caso dicha reserva no se

135 Concretamente, refiriéndose sólo a autores anteriores a 1966, que es la fecha de la edición traducida por el profesor FROMONT, FORSTHOFF omite toda referencia a los trabajos de Wolfgang ABENDROTH, Otto BACHOF, Guenter DUERIG, Horst EHMKE, Hermann HESSE, Hans-Heinrich RUPP, Ulrich SCHEUNER y Klaus VOGEL.

136 Así, la referencia a Ernst-Rudolf HUBER, Theodor MAUNZ, Carl SCHMITT, Román SCHNUR y Werner WEBER.

137 Así, los de Michel CROZIER, Jacques CHEVALLIER, Charles DEBBASCH, François GAZIER, Bernard GOURNAY, Georges LANGROD, Danièle LOSCHAK, Henry PUGET y Céline WIENER.

138 BOURJOL, p. 11 y esp. pp. 20-21.

139 BOURJOL, pp. 24 ss.

140 BOURJOL, p. 43 ss.

141 BOURJOL, pp. 101 ss.

142 BOURJOL, pp. 225 ss.

143 Tales como Ernst-Wolfgang BOECKENFOERDE, Ralf DAHRENDORF, Thomas ELLWEIN, Niklas LUHMANN, Fritz MORSTEIN-MARX, Paul MEYER y Karl-Josef PARTSCH, para no referirnos sino a aquellos ya relevantes a fines de 1965.

Justifica dada la naturaleza de un *Tratado (Lehrbuch)*, máxime que ello coincide con referencias anticuadas,⁽¹⁴⁴⁾ algunas del siglo pasado,⁽¹⁴⁵⁾ y con una presentación calculadamente elogiosa⁽¹⁴⁶⁾ de la *Verwaltungslehre* de Lorenz von STEIN, cuya actualización contemporánea se vincula justamente a Rudolf SMEND y su escuela,⁽¹⁴⁷⁾ pero tratando de abstraer la actual "vuelta a Stein" de su intrínseca raíz democrática en el siglo XIX.⁽¹⁴⁸⁾

18.L) La "*neutralidad científica*". La ciencia política tiene consecuentemente una misión muy diferente en ambas obras.

El *Compendio*, sin enfatizarla, la tiene cuidadosamente en cuenta, aunque más no fuera merced a los indicados desarrollos de ciencia administrativa.

Por el contrario, el *Traité*, si bien habla de ella *pour la galerie*⁽¹⁴⁹⁾, la desconoce en Lorenz von STEIN⁽¹⁵⁰⁾, y, en general, tiende a despreocuparse aparentemente de ella, tras una fachada de "neutralidad científica" cuya segunda intención, cuya reserva mental, ya hemos puesto antes de manifiesto.

19- M) *Ciencia y lecciones de la Historia*. La historia, concordantemente, encarna todos los desarrollos del *Compendio* y es frecuentemente olvidada por el *Traité*.

En efecto, aparte de los respectivos capítulos introductorios sobre bases históricas⁽¹⁵¹⁾ del derecho administrativo, historia de la administración alemana,⁽¹⁵²⁾ e historia de la ciencia del derecho administrativo,⁽¹⁵³⁾ es comprensible que Bourjol pueda evocar la historia de su país y de su disciplina sin complejos y sin solución de continuidad, particularmente cuando se refiere al régimen de Vichy⁽¹⁵⁴⁾.

Por el contrario, el ex miembro de la Asociación de los Profesores Alemanes de Derecho Público (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*),⁽¹⁵⁵⁾ habla poco de la República de Weimar, fragmentariamente de la Administración republicana y democrática de Bonn, y, salvo rara excepción expresa, saltea un período administrativo tan típico como el de 1933-1945⁽¹⁵⁶⁾, en el que Forsthoff publicara importantes trabajos de legislación y jurisprudencia

del nacional-socialismo. No debe olvidarse que, sintomáticamente, Ernst-Rudolf Huber, su "correligionario" de Gotinga (al igual que Werner Weber), detiene igualmente los tomos de su historia constitucional en 1933. También cabe apuntar la tendencia del *Traité* a desdeñar la originalidad de la *Grundgesetz* y la dinámica de sus instituciones, como si la etiqueta republicana cubriera realidades idénticas en una República Imperial y en una República Democrática y Social,⁽¹⁵⁷⁾ Toda esta actitud temerosa del futuro (que implique un cambio en el sentido del crecimiento de la democracia), distorsionante del presente (salvo en lo que implique volver, así sea por medios desviados y aparentemente "técnicos", al pasado) y, en definitiva, nostálgica, opone el *Traité* al *Compendio* en tres puntos. Queremos tocarlos para finalizar este paralelismo que sólo busca poner de relieve la soberana actualidad y vigencia del libro de Maurice Bourjol, frente a los administrativistas del pasado.

Nos referimos a la postura de nuestros autores respecto de la relación del Derecho Público y el derecho privado en el seno de la acción administrativa (a), del positivismo jurídico ante el Derecho Natural (b) y, fundamentalmente, de la creciente multiplicación de pequeños esfuerzos concretos en pro de la democratización de la Administración desde adentro (c), tales como se manifiestan en los epígrafes de cogestión y autogestión en las empresas, del *selfgovernment* en lo local, de la participación en general, de los principios de colegialidad e igualdad vistos históricamente, del control popular en materia jurisdiccional (*Popularklage*).

20. a) *La dicotomía de los derechos público y privado: La privatización neoliberal*. - La ambigüedad de la relación Derecho Público/derecho privado, ante la Administración, encuentra una reflexión aparentemente convergente en ambos autores pero en el fondo, divergente.

El *Traité*, por su parte, considera irreductibles las técnicas jurídicas de Derecho Público y las del derecho privado,⁽¹⁵⁸⁾ y ve en éstas una inadaptación absoluta a los problemas del derecho administrativo,⁽¹⁵⁹⁾ sin embargo, afirma más lejos,⁽¹⁶⁰⁾ que la definición de la Administración no depende ya de la distinción entre el Derecho Público y el derecho privado, distinción que se ha vuelto problemática, aconsejando abandonar la expresión "actividades comerciales" para la actividad de la Administración regida por el derecho privado.⁽¹⁶¹⁾

144 FORSTHOFF, p. 76, nota 45.

145 FORSTHOFF, p. 96, nota 15.

146 FORSTHOFF, p. 98.

147 FORSTHOFF, p. 99.

148 Ibidem

149 FORSTHOFF, p. 736,

150 FORSTHOFF, p. 98

151 BOURJOL, pp. 24 ss

152 FORSTHOFF, pp. 59 ss.

153 FORSTHOFF, pp. 90 ss.

154 BOURJOL, p. 35.

155 "Ex miembro", porque FORSTHOFF fue expulsado, al igual que Cari SCHMITT, considerando la *Vereinigung* que su membresía era incompatible, dada su "colaboración" con el régimen nacionalsocialista.

156 FORSTHOFF, pp. 117, 356 nota 30, y 665

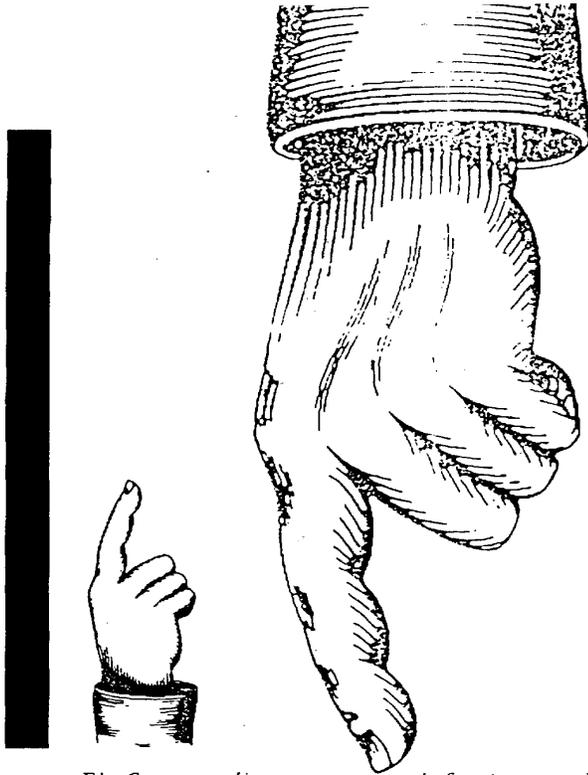
157 FORSTHOFF, p. 465.

158 FORSTHOFF, p. 153.

159 FORSTHOFF, p. 154.

160 FORSTHOFF, p. 132.

161 Para un rechazo formal de esta confusión de los planos público y privado del derecho, *cf.* precursoramente, SAYAGUES-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, ahora en 5a. ed., con notas de actualización por Daniel-Hugo MARTINS, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, 2 vols., en su t. I, numerales 41 y 235 ss.



El Compendio, reconoce el fenómeno de privatización⁽¹⁶²⁾ de los servicios públicos en régimen neoliberal, pero ello no le impide, no sólo criticar severamente la jurisprudencia "política" del Tribunal de Conflictos que la inaugurara⁽¹⁶³⁾, sino tampoco engañarse olvidando que las sociedades de economía mixta, por ejemplo, tras la pantalla del Estado, son el "caballo de Troya" del capital privado en una explotación que se ha vuelto rentable;⁽¹⁶⁴⁾ más categóricamente aún, señala que la privatización del régimen de-servicio público (servicios industriales y comerciales) engendra conflictos jurisdiccionales y axiológicos insuperables, que terminan conduciendo al sacrificio de los imperativos del servicio público en nombre de las exigencias del comercio y la industria.⁽¹⁶⁵⁾

En el mismo sentido, CORTIÑAS-PELÁEZ, precitado *supra*, nota 3, esp. numeral 21; y, del mismo CORTIÑAS, en- el trabajo precitado *supra*, nota 16, numerales 24, 42 y notas 66- 67, pp. 49 y 51.

162 *Supra*, numerales 2 y 3.

163 BOURJOL, p. 320.

164 *Ibidem*. En este último sentido, en la legislación administrativa mexicana, las categorías de empresas de participación estatal (Leyes de 29 de dic. de 1976 v de 14 de mayo de 1986. respectivamente Orgánica de la Administración Pública Federal y Federal de entidades paraestatales, con su reglamento de 26 ene. 1990).

165 *Cfr.*, para la irrupción neoliberal de la privatización, en una ponderada visión de crítica histórica, las sucesivas obras de Ornar GUERRERO-OROZCO: esp. *La teoría de la Administración Pública*

Ello, con ser mucho no lo es todo. Además, haciéndose eco de un célebre informe del Tribunal de Cuentas de Francia, indica que la privatización orgánica (gestión de servicios públicos por personas privadas) tiene cuatro consecuencias precisas: *la primera*, la transferencia del poder de decisión, de órganos electos a órganos donde intervienen, fuertemente, intereses privados ajenos al interés general;⁽¹⁶⁶⁾ *la segunda*, la neutralización de los controles estatales y, en materia local, la reducción de los poderes de las colectividades territoriales; *la tercera*, la utilización de fondos públicos sin respetar las exigencias del derecho público, lo que lleva a cargas financieras muy fuertes; *la cuarta*, los riesgos serios de corrupción y favoritismo político.⁽¹⁶⁷⁾

21. b) *Fetichismo normativo y jusnaturalismo*. El Derecho Natural y la metodología positivista parecen una temática esotérica en obras de derecho administrativo general, excepción hecha de la consideración de los principios generales del Derecho como precipitado histórico directo del Derecho Natural.⁽¹⁶⁸⁾ Sin embargo, en las proximidades de la tiranía (de un hombre, de un partido o de una sociedad unidimensional), sigue siendo la voz de Antígona piedra angular de toda construcción social y política, como ya lo destacara el filósofo marxista Herbert Marcuse, en sus célebres conferencias de la Universidad Libre de Berlín.⁽¹⁶⁹⁾

Por todo ello, la ambigüedad del silencio de Bourjol nos parece deber ser valorada en el contexto histórico, económico y político del *Compendio*: éste se ciñe rigurosamente a su misión pedagógica, no entra explícitamente al tema, pero su constante relativismo histórico, presidido por los avatares de las nociones de interés general y servicio público, parece rechazar todo fetichismo normativo, incluso el del derecho humano y escrito vigente, es decir, se sitúa por encima del servilismo normativista del positivismo, sin recurrir empero para ello a un orden jurídico trascendente y preexistente. Cabría apuntar en este terreno una posible contradicción: en efecto, el maestro francés afirma, por un lado, que una persona

con "Estudio preliminar" de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Filadelfia-México-San Francisco-Sao Paulo: Harper & Row Latinoamericana, 1986, LXV + 398 pp.; y *Et Estado y la Administración Pública en México* (Una investigación sobre la actividad del Estado mexicano en retrospectiva y prospectiva!, ciudad de México: I.N.A.P., 1989, VIII+ 814 pp., esp. 575-770.

166 *Cfr.*, además de MARTINEZ-CASTAÑÓN, precitado en la nota 130, los desarrollos, de profunda síntesis, de WOLFF-BACHOF- STOBER, precitados en la nota 14, sobre "das oeffentliche Interesse" (el interés público) y el "Allgemeinwohl" (el bien común), esp. t. I, parágrafo 29.

167 BOURJOL, p. 322.

168 Así, el prólogo de Jean RIVERO a la clásica obra del Presidente Benoit JEANNEAU, la contribución de GARCÍA DE ENTERRIA y los trabajos en Uruguay de Héctor BARBÉ-PÉREZ y Alberto- Ramón REAL.

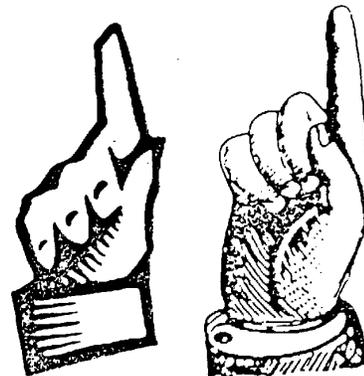
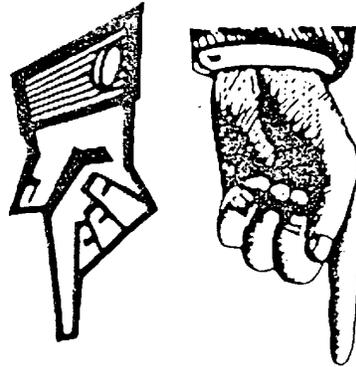
169 En 1967 precursoras del mayo francés y del octubre mexicano de 1968.

física adquiere "de pleno derecho" la personalidad jurídica, mientras que una persona moral no es creada sino como consecuencia de una intervención⁽¹⁷⁰⁾ del Estado;⁽¹⁷¹⁾ sin embargo, por otro lado, se adopta la teoría de los centros de interés jurídicamente protegidos,⁽¹⁷²⁾ y se dice que, por una abstracción jurídica los grupos humanos —*como por otra parte los individuos*— son considerados sujetos de derecho, pero que este reconocimiento no tiene lugar sino en función de la noción muy concreta de intereses que la sociedad juzga dignos de una protección.⁽¹⁷³⁾

Ernst Forsthoff, más filosófico, aborda incidentalmente el tema, por momentos rechazando,⁽¹⁷⁴⁾ y por momentos afirmando cautamente la referencia a un derecho más general y superior⁽¹⁷⁵⁾, sin el cual no puede ser comprendido e interpretado un orden jurídico positivo,⁽¹⁷⁶⁾ que se lo llame derecho natural o se le califique de otra manera "": en verdad, esta es otra de las imprecisiones conceptuales del autor, que limita el positivismo,⁽¹⁷⁷⁾ a la aceptación exclusiva del derecho escrito, limitación arbitraria que basta para subrayar la estrechez espacio-temporal de sus enfoques.

22. c) *Autogobierno, colegialidad y tecnocracia.* La democracia administrativa, finalmente, piedra de toque de todas las diferencias anteriormente enunciadas, marca netamente la oposición del *Traité* y del *Compendio*.

El *Traité* elude expresamente,⁽¹⁷⁸⁾ toda apreciación sobre el derecho de cogestión del personal en la administración pública, y, en general, omite todo comentario del principio de la participación,⁽¹⁷⁹⁾ concibiendo sólo vínculos de dependencia entre los ciudadanos y los trabajadores del Estado, en su caso, y la Administración; no deja de ser igualmente sintomático el rechazo expreso del



self-government considerando como "una institución extranjera que además no conviene a la situación alemana",⁽¹⁸⁰⁾ y el rechazo consecuente de una economía fundada en la autogestión.⁽¹⁸¹⁾ En semejante contexto, históricamente (y visceralmente, casi podría decirse) antidemocrático, no debe sorprender excesivamente la reivindicación (sin matices, superficialmente fundamentada) de la igualdad como una conquista del absolutismo,⁽¹⁸²⁾ lo que sí sorprende es la insistencia de Forsthoff por reivindicar a la colegialidad de las autoridades administrativas⁽¹⁸³⁾, en cuanto particularidad absolutista, en cuanto "creación" prusiana,⁽¹⁸⁴⁾ con ignorancia de las tradiciones hanseáticas y suizas de lengua alemana,⁽¹⁸⁵⁾ para no remitirnos a las quizá esotéricas de las ciudades italianas de la Edad Media, del derecho canónico, o de la República Oriental de Uruguay, ésta principalmente en sus sistemas constitucionales de 1918 y 1952. Como es natural, para un *Traité* de Derecho Administrativo que pretende en vano ignorar el Derecho Constitucional vigente y la base democrática de éste, es indeseable⁽¹⁸⁶⁾

170 BOURJOL, p. 61.

171 Afirmación que se opone, por ejemplo, a la de Hans Kelsen, quien ve en toda persona un centro jurídico de imputación de derechos y obligaciones, es decir, quien no distingue entre personas físicas y jurídicas, pues para él las personas físicas sólo tienen personalidad jurídica por el reconocimiento del Estado, lo cual explicaría, según el fallecido profesor de Berkeley, que históricamente haya habido personas físicas desposeídas de personería jurídica.

172 BOURJOL, p. 60.

173 BOURJOL, p. 60, subrayado nuestro.

174 FORSTHOFF, p. 129 y nota 26.

175 FORSTHOFF, p. 235.

176 FORSTHOFF, p. 236.

177 FORSTHOFF, p. 419.

178 FORSTHOFF, p. 119.

179 FORSTHOFF, pp. 439 y 603. En sentido contrario, por todos, MARÍN-QUIJADA, Enrique A., *La negociación colectiva en la función pública* (La participación de los agentes públicos del Estado en la determinación de sus condiciones de empleo), tesis del maestro venezolano para el doctorado de tercer ciclo en la Univ. de París I (Panthéon-Sorbonne), "prefacio" de su maestro Gérard LYON-CAEN, Bogotá: Temis, 1978, 250 pp.; robusteciendo recientemente esta postura, *cfr.* la tesis en Roma de ORTEGA-ALVAR EZ, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid: Tecnos, "Prólogo" de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, 338 pp.

180 FORSTHOFF, p. 684, nota 17.

181 FORSTHOFF, p. 686, con citas de E.R. HUBER, obviamente concordante con FORSTHOFF.

182 FORSTHOFF, p. 67.

183 183FORSTHOFF, p. 70.

184 Ibidem.

185 Se pasa así por alto el *Kollegialprinzip*.

186 FORSTHOFF, p. 297.

una apertura amplia y si posible ilimitada a la acción de los habitantes contra la arbitrariedad del Poder (*Popularklage*), pues una democratización radical de los procedimientos y procesos administrativos que permitiera a la mayoría de los ciudadanos la defensa de sus derechos públicos subjetivos equivaldría a la "disolución"⁽¹⁸⁷⁾ del orden jurídico.⁽¹⁸⁸⁾

Maurice Bourjol tiene la rara virtud de responder casi puntualmente a dichas exteriorizaciones reiteradas, tan fácilmente psicoanalizables, del *Traite*. Para un autor que respete objetivamente un derecho europeo occidental como el francés, que tenga en cuenta constantemente los datos de las ciencias políticas y administrativas, que no olvide ni la historia ni la jurisprudencia recientes, no hay posible confusión entre la tecnocracia neoliberal y la administración prestacional de un Estado democrático⁽¹⁸⁹⁾, hay una diferencia cualitativa irreversible entre el Estado burgués de Derecho y el Estado democrático y social de Derecho, en cuanto la prevalencia axiológica apunta siempre al Hombre⁽¹⁹⁰⁾ y no al Estado, al servicio y no al Poder. De ahí que puedan señalarse significativas posturas en favor de los indicados mecanismos tendentes a la realización de una auténtica democracia en el seno de la Administración Pública.

23. aa) *Tradicción republicana y tras fon do imperial*. La raigambre republicana del Derecho Administrativo francés se remonta al *Preámbulo* de la Constitución de 1958, el cual se remite a su vez a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y al *Preámbulo* de 1946. Ahora bien, la distinción ambigua entre *Preámbulo* y derecho positivo⁽¹⁹¹⁾, ha sido borrada por el *leading case* del Consejo

187 FORSTHOFF, p. 296.

188 Este individualismo "forsthoffiano" coincide con el de ciertos amparistas, que confunden la rentabilidad del litigio concebido como "negocio" y desdeñan la objetiva protección del ordenamiento constitucional. Cfr. MADRID-HURTADO, Miguel déla, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: ICAP del PRI, 1982, "Presentación" de Miguel ACOSTA-ROMERO, XXIV+ 683 pp., donde se fustiga la naturaleza coja, por subjetiva e individualista, del juicio de amparo, carente de verdadera defensa *objetiva* de la Constitución (numerales 1036 a 1051); en el mismo sentido, nuestro "prólogo" a GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México: Porrúa S.A., ahora en 3a. ed., 1990, 320 pp., esp. 14-15. Esta defensa *plena*, de principios jurídicos y no sólo de pingües intereses individuales o corporativos (por ejemplo, de grandes terratenientes, de empresas transnacionales), sigue escapando a los manuales "dominantes", poco interesados en la auténtica defensa de la Constitución.

189 Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Estado democrático y administración prestacional", ciudad de México: *Revista mexicana de ciencia política*, núm. 68, 1972, pp. 75-99; Concepción/Chile: *Revista de derecho*, núm. 158, 1972, pp. 5-49; Madrid: *Revista de administración pública*, núm. 67, 1972, pp. 95-149; Montevideo: *Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales*, XXI, núms. 1 -4, 1971, pp. 97-138; Valencia/Venezuela: *Revista de la facultad de derecho*, núms. 43-45, 1972, pp. 13-59.

190 En la genérica acepción alemana de *Mensch*, comprensiva de las especies varón y mujer, aparentemente desconocida por FORSTHOFF.

191 BOURJOL, p. 310.

Constitucional de Francia del 16 de julio de 1971,⁽¹⁹²⁾ superando las incoherentes sistematizaciones del Consejo de Estado,⁽¹⁹³⁾ que la precedieran: en efecto, para la máxima jurisdicción constitucional, el Preámbulo es la reafirmación solemne de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.⁽¹⁹⁴⁾

En verdad, esta tardía consagración jurisprudencial,⁽¹⁹⁵⁾ no debe inducir a engaño en cuanto a la riqueza de la tradición republicana francesa, que pronto tendrá (con altibajos, es verdad) dos siglos, mientras la alemana no llega al medio siglo, y éste en parte nutrido por la ambigua República *Imperial* de Weimar,⁽¹⁹⁶⁾ dicho sea esto como "atenuante" para Forsthoff, su "empecinado enemigo", en la certera calificación de las clases (*Vorlesungen*) de Bachof, el ilustre Rector y maestro de Tubinga.

24bb) *Un Estado de Servicio*. El Estado sirve a sus ciudadanos, en particular a sus propios trabajadores (funcionarios y empleados), hay un vínculo de dependencia pero quien depende es el Estado⁽¹⁹⁷⁾.

Esta Administración, concebida "de abajo hacia arriba", es inexistente en el *Traite*, pero se manifiesta, aquí y allá, en todo el *Compendio* y, netamente, en materia de descentralización, tanto territorial como funcional, como veremos en los tres epígrafes que siguen.

25 aaa) *De la descentralización territorial*. La añoranza de un *selfgovernment* está implícita en toda la obra anterior de Bourjol, citada en las líneas de introducción a la presente reflexión. Quizá la extensión que dedica en el tomo I a las cuestiones de descentralización territorial,⁽¹⁹⁸⁾ sea algo excesiva, pues tiende a desequilibrar el conjunto, pero podría

192 BOURJOL, pp. 95-96.

193 BOURJOL, p. 95; cfr. empero la tesis de BATAILLER, Francine, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris: L.G.D.J., "préface" de Georges VEDEL, 1966, 587 pp.

194 BOURJOL, p. 95.

195 Que, para el derecho público francés, no tardaría en convertirse en la equivalente a la decisión *Marbury vs. Madison* de la Suprema Corte angloamericana.

196 Ambigüedad nutrida por el adjetivo, que solemos pasar por alto, en la denominación "Weimarer Reichsverfassung".

197 Para esta concepción del Estado de Servicio en México: LÓPEZ-PORTILLO Y PACHECO, José, "La reforma administrativa en la administración para el desarrollo en México", en el volumen colectivo publicado por la SECRETARÍA DE LA PRESIDENCIA, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (auto res mexicanos)*, ciudad de México: Dirección General de Estudios Administrativos, colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, serie: B) bibliográfica núm. 5, 1976, pp. 641-646, esp. p. 642; CARRILLO-CASTRO, Alejandro, *La reforma administrativa en México*, ciudad de México: Miguel ÁNGEL Porrúa S.A., 3 vols., 1980-1982, t. III. p. 305; CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Evaluación de la administración pública federal mexicana" (Su evolución a partir de México independiente hasta 1976), Madrid: *Revista de administración pública*, núm. 116, ags. 1988, pp. 359-407, esp. 374 y, también, en ciudad de México: *Revista de investigaciones jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 13, 1989, pp. 97-156, esp. 115.,

198 BOURJOL, pp. 138-234.

argumentarse en contrario que, precisamente, ello no es resultado de la erudición regionalista y municipalista del autor, sino de su convicción de que los verdaderos motores del Estado moderno deben hallarse en sus rodajes más próximos al ciudadano, en la búsqueda jamás lograda plenamente de una administración más humana, más comprensible al Hombre de la calle, precisamente por su inmediatividad de derecho positivo.

La exposición del *Compendio*, sin pérdida alguna de su objetividad y precisión, tiende aquí a mostrar las verdaderas alternativas de poder, que se suelen enmascarar tras los moldes actualmente vigentes en la *monarquía electiva*⁽¹⁹⁹⁾, instaurada en Francia por la Constitución de 1958. En general, irradia: su cultura histórica, que le permite rastrear no sólo en el centralismo a ultranza impuesto a Francia por el nazismo bajo el "Estado Francés" de Vichy,⁽²⁰⁰⁾ sino particularmente en el Estatuto de los Gobernadores Generales Coloniales,⁽²⁰¹⁾ los procedimientos y poderes de la institución prefectoral;⁽²⁰²⁾ y su sensibilidad política, que le permite mostrar la incompatibilidad entre las tradiciones locales francesas y el "centralismo desconcentrado" de la Quinta República,⁽²⁰³⁾ la cual ha institucionalizado, con anacronismo autoritario,⁽²⁰⁴⁾ la manifiesta desconfianza del poder central respecto de París y sus suburbios, estratégicamente "balkanizados",⁽²⁰⁵⁾ administrativa y electoralmente, para bloquear⁽²⁰⁶⁾ "el peligro... representado por los elegidos de una inmensa aglomeración, si uno no se pone en guardia al respecto... para el poder central",⁽²⁰⁷⁾ cuestión general de la neutralización burguesa de las capitales.⁽²⁰⁸⁾ La misma sensibilidad, que le permite

recordar, en pleno siglo XX, un reducto de democracia directa municipal en el derecho positivo, puesto que, "todo contribuyente puede sustituirse por su cuenta y riesgo, a la municipalidad, en el cumplimiento de los deberes que a ésta incumbirían y que se niega a ejecutar, previa deliberación",⁽²⁰⁹⁾ así como el Consejo General Departamental puede sustituirse a los poderes públicos constitucionales, en caso de circunstancias excepcionales, como ser la disolución ilegal de las cámaras.⁽²¹⁰⁾ Este último elemento normativo, anómalo en la *monarquía electiva* vigente en Francia, no impide a Bourjol reconocer la "ilusión",⁽²¹¹⁾ inmanente a todo enfoque del prefecto como agente local, ya que éste no es sino un "músculo local" del brazo central, enfrentado al Consejo General Departamental, órgano supremo⁽²¹²⁾ del poder local, cuyo presidente tiende a ser progresivamente desposeído de sus poderes administrativos,⁽²¹³⁾ con posterioridad a 1958 y en contradicción con la tradición republicana que pugna, desde 1870, por un ejecutivo departamental directamente elegido por el pueblo, reivindicación descentralizadora que el maestro francés califica de "fundamental",⁽²¹⁴⁾ siguiendo en ello la tradición de León Duguít y su escuela de Burdeos.⁽²¹⁵⁾

26. *bbb) De la descentralización funcional.* La tradición democrática del servicio público se refleja también, como

199 Según la feliz definición de André HAURIU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: Montchrestien, 1a. ed., 1966, 5a. ed. postuma, 1973, 978 pp., esp. la sección final de su segunda parte, dedicada a las instituciones de la V República.

200 BOURJOL, p. 160.

201 BOURJOL, pp. 140, 162

202 En los hechos, esta institución es muy anterior a Napoleón en el derecho público francés: CHAPMAN, Brian, *Los prefectos y la Francia provincial*, trad. directa del inglés por Amparo L. VELÁZ QUEZ y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Estudio preliminar" por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid: Instituto de estudios políticos, 1959, 339 pp., con selecta bibliografía; véase la síntesis y bibliografía actualizadas a 1990 por CHAPUS, precitado en nota 8, t. 1, pp. 157-165 y concordantes. En México, cabría estudiaren esta perspectiva comparativa del centralismo francés, la institución de los gobernadores estatales: *cfr.* ARTEAGA-NAVA, Elisur, *Derecho constitucional estatal*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1988, XIII +450 pp., esp. 243-252.

203 BOURJOL, p. 200.

204 BOURJOL, p. 154. Téngase presente empero que el régimen de la ciudad de París, en cuanto capital de la República francesa ha quedado profundamente modificado por las leyes de 31 de dic. de 1975 y 29 de dic. de 1986, las cuales la dotan de un Alcalde electo por sufragio universal directo y la rigen por el Código de las comunas; *cfr.* CHAPUS, precitado en nota 8, t. 1, pp. 221-224.

205 BOURJOL, p. 152.

206 Como confesara inefablemente el Primer Ministro degaullista Michel DEBRÉ, en su *Au service de la Nation*, p. 245.

207 BOURJOL, p. 152.

208 *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Del gobierno y administración de las zonas

metropolitanas", ciudad de México: Vivienda/INFONAVIT, núm. 10, 1977, pp. 2-33, reproducción actualizada de la ponencia general "Organización administrativa de las áreas metropolitanas", Santiago de Chile: *Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, publicada en Madrid: Instituto de estudios de administración local, t. II, nov. de 1969, pp. 41-81, y reproducida también en Montevideo: *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, t. 70, 1971, pp. 1-20. Complementariamente, v. *supra*, las notas 83a y 204.

209 BOURJOL, p. 189.

210 BOURJOL, p. 147, citando la Ley *Le Trévenec* de 15 de feb. De 1872

211 BOURJOL, p. 150

212 BOURJOL, p. 145

213 BOURJOL, p. 150

214 BOURJOL, *ibidem*

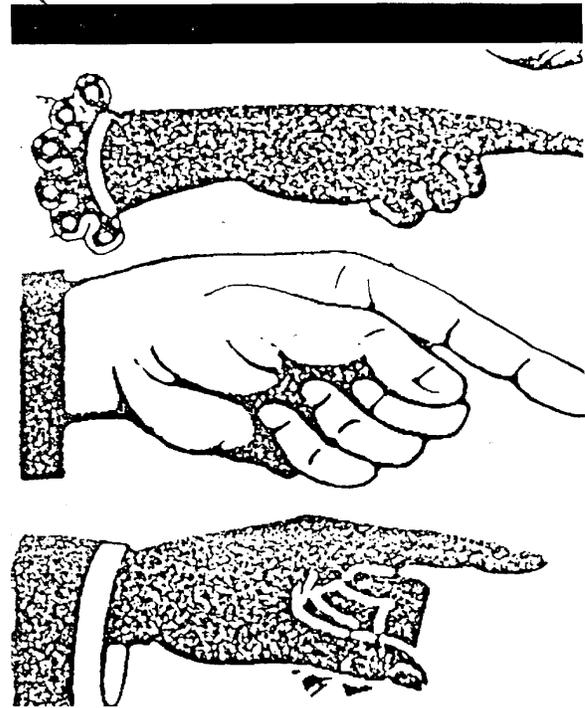
215 *Cfr.* Reiteradamente CORTIÑAS-PELÁEZ, León: "La nouvelle structure administrative de l'Université en Uruguay: Le cogouvernement des étudiants", París: *Rev. Du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1963, núm. 1, pp.20-47; "La reforma universitaria uruguaya: Autonomía y descentralización", Barcelona: *Revista del Instituto del derecho comparado*, t. XVIII,1962, pp.55-69; "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", en 34 artículos seleccionados de la *Revista de Administración Pública* con ocasión de su centenario (Selección, Introducción general y presentación por Alejandro NIETO), col. "Estudios administrativos", Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, 1200 pp., 550-589, reproducción de Madrid: *Revista de administración pública*, núm. 40,1963, pp.465-503, y de Montevideo: *La justicia uruguaya*, versión integral con los anexos del original, Secc. Doctr., 1969, pp. 85-115. Respecto de la significación de DUGUIT, que entendemos sigue siendo decisiva en la forja y comprensión democráticas del

es de imaginarse, en la descentralización funcional patentizada en las nacionalizaciones, que tienen su fundamento, en la descentralización del poder decisorio en beneficio de los asalariados y usuarios de la empresa,⁽²¹⁶⁾ eufemismo que evoca fácilmente la autogestión empresarial.

La autogestión es sumariamente rechazada por el *Traite* y sus epígonos⁽²¹⁷⁾, autogestión que "implica la evicción de las grandes feudalidades económicas y financieras y el retorno a la nación de los grandes medios de producción monopolizados, fruto del trabajo común", es decir, la instauración de una verdadera democracia económica y social"⁽²¹⁸⁾

27. ccc) *Voluntad general y presidencialismo*. La participación no es sino una forma ambigua —que Bourjol ni siquiera emplea— de esta concreta interacción entre los principios supremos del Derecho Constitucional y la organización concreta de las instituciones administrativas: la unidad del fenómeno administrativo en cuanto fenómeno humano —y por ende indisoluble de los elementos extra-normativos de lo jurídico⁽²¹⁹⁾ escapa en el jurista francés a la etiqueta equívoca de lo abstracto y se manifiesta específicamente a todos los niveles, horizontales y verticales, del *Droit administratif* que inspira estos "bar-tuleos".

Por ello, a la crítica pertinente, de ciencia administrativa y de derecho administrativo,⁽²²⁰⁾ de las proyectadas reformas descentralizadoras, se acumula la constatación sociológica⁽²²¹⁾ y de ciencia política, de la grave falsificación de la voluntad general que la *monarquía electiva* opera en la Administración descentralizada, lo cual no le impide, con rara ecuanimidad, su franca simpatía por la conciliación de los sistemas electorales mayoritario y proporcional propuesta por un legislador gobiernista.⁽²²²⁾ Esta búsqueda constante de una



mayor espontaneidad⁽²²³⁾ e inmediatez de las decisiones de la base,⁽²²⁴⁾ se completa lógicamente con una ponderada afirmación de la colegialidad como principio democrático de la organización del Poder, tanto central como local, lamentando las consecuencias del presidencialismo (ciertos autores "germánicos" confortablemente dirían *Führerprinzip*) que debilitan la gravitación del Gobierno,⁽²²⁵⁾ de la Comisión y del Consejo General departamentales,⁽²²⁶⁾ de la Comisión de Desarrollo Económico Regional,⁽²²⁷⁾ del Consejo de Administración de la Región Parisiense⁽²²⁸⁾ y del Consejo Comunal.⁽²²⁹⁾

28. dd) *Del acceso al pretorio*. El Juez Administrativo imparte Justicia, ésta no es sino una elementalísima función del Estado al Servicio de la Comunidad.

En lugar de delimitar cuidadosamente, como el *Traité*, la cara negativa del acceso del ciudadano al pretorio, el *Compendio* puja⁽²³⁰⁾ por una impugnabilidad máxima de los actos de la Administración, incluso contractuales.⁽²³¹⁾

216 BOURJOL, p. 308.

217 Así, MADRID-HURTADO precitado *supra*, en nota 188, p. 625, sin argumentación pero reconociendo que el derecho comparado va en sentido contrario: *cfr.*, para la amplia regulación y práctica de la codificación obrera en la industria de la República Federal de Alemania, NEUMANN-DUESBERG, Horst, "Das Betriebsverfassungsgesetz in der Bundesrepublik Deutschland" (El derecho constitucional de la fábrica en la República Federal de Alemania), en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., 1969, t. III, pp. 897-932.

218 BOURJOL, nota 1 de p. 308, citando el programa económico del Consejo Nacional de la Resistencia.

219 *Cfr.*, para la extranormatividad del derecho: MORENO, Julio-Luis, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963, *in totum*, esp. 125; para una aplicación metodológica de esta realista concepción de los elementos normativos y extranormativos de lo jurídico: CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional* (Contribución al estudio del Estado autoritario: Del ocaso de la justicia en América Latina), 2a. ed.. Col. "Administración Pública en América Latina", Alcalá de Henares/Madrid: I.N.A.P. de España, prólogos de E. GILES-ALCÁNTARA y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, 316 pp.

220 BOURJOL, p. 232.

221 BOURJOL, pp. 165 y 168.

222 BOURJOL, p. 178 en nota 1.

223 Véase las reservas de BOURJOL, p. 175, ante la asfixiante tutela administrativa del Poder central.

224 BOURJOL, p. 183, criticando el debilitamiento del control popular sobre la acción de los alcaldes.

225 BOURJOL, pp. 46-47.

226 BOURJOL, pp. 149-150.

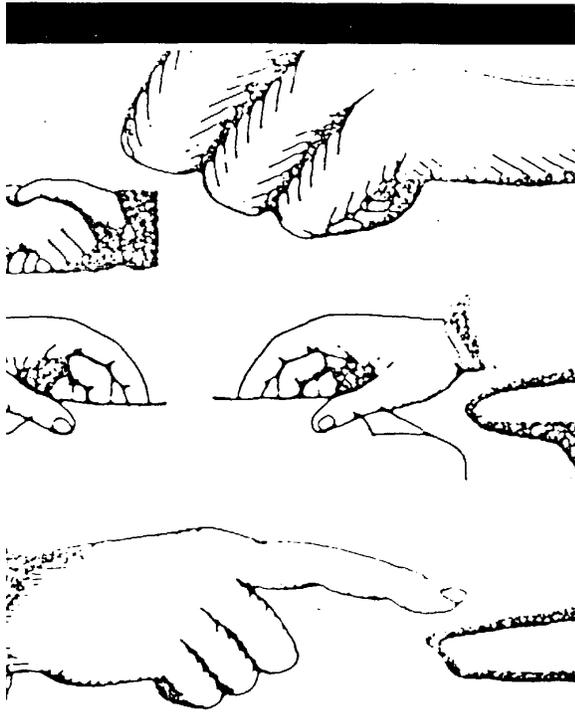
227 La CODER, en BOURJOL, p. 165.

228 BOURJOL, p. 168.

229 BOURJOL, p. 183.

230 BOURJOL, p. 240.

231 BOURJOL, p. 264.



En resumen y en cuanto al fondo, el *Compendio* de Bourjol, contrastando con contribuciones pretendidamente ilustres,⁽²³²⁾ nos brinda una construcción clara, coherente, sólida y enraizada en las exigencias de la Administración prestacional del Estado democrático.

III

ANOTACIONES MARGINALES

29- *Reservas*. El éxito substancial de Bourjol no impide, claro está, la existencia de afirmaciones excesivas e insuficientes, de incoherencias siempre inevitables en obras de tanto aliento, reservas menores que creemos oportuno señalar aquí, sin perjuicio de la radical adhesión que nos provoca, acentuada en su cotejo con Forsthoff.

30. A) *El principio de la legalidad*.⁽²³³⁾ Aparece como el pilar jurídico capital de la acción administrativa: la afirmación nos parece de un clasicismo exagerado, que no busca en momento alguno ni la supremacía constitui

232 Así parece considerar, a la obra citada en nota 32, el profesor Jean BOULOUIS, presidente de la Universidad de París II (la más conservadora, por oposición a la de París I) en su algo zalamera reseñación publicada por la *Rev. du droit public et de la science politi que* de 1971.

233 BOURJOL, pp. 78-97.

onal,⁽²³⁴⁾ ni la necesaria matización del principio de igualdad.⁽²³⁵⁾

En este punto, Bourjol sigue prisionero, como todos los autores franceses, de dogmas *unilaterales* (es decir, falsos en cuanto parciales) del Estado liberal burgués de Derecho.

31. B) *La organización administrativa*. Ostenta una presentación desequilibrada, pues al excelente capítulo preliminar —sobre *Los equilibrios de la organización administrativa*, y con el pretexto de que las administraciones departamental y regional son de la Administración central— siguen apenas 18 páginas,⁽²³⁶⁾ sobre la Administración estatal central, 35 sobre la administración departamental y regional,⁽²³⁷⁾ 24 sobre la administración comunal,⁽²³⁸⁾ 26 sobre la Administración supra-comunal⁽²³⁹⁾ y 10 sobre la reforma de la administración territorial.⁽²⁴⁰⁾

Debe concederse sin embargo al autor, especialista de estos temas, que su enfoque tendente a probar la progresiva absorción por el Centro (París) de todas las administraciones no-centrales tradicionales (departamental y municipal) mediante administraciones paralelas "teleguiadas" por el Ejecutivo nacional (fórmulas regional y supracomunal) es muy convincente, y supone una relación de superposición absorbente, similar a la forjada por la administración de misión respecto de la administración tradicional.

52. C) *De las personas colectivas*. La terminología arbitraria de *personas morales* preside todo este desarrollo del autor sobre la organización, cuando es bien sabido que dichas personas ni son creación de la moral ni tienen nada que ver con ella, por lo que, siguiendo a Ferrara, bueno fuera que un autor de vanguardia como Bourjol se liberara de tan añeja como equívoca etiqueta, empleando la más sencilla y lógica de *personas jurídicas*

234 Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas S.A., 1981, 257 pp., e, inspirada por él, la tesis de ROSAS-DÍAZ, Josefina, *Et principio de la supremacía constitucional y su defensa en la Constitución Política de ios Estados Unidos Mexicanos de 1917*; UNAM-División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1992, 143, ff; matizando críticamente la postura del respetado maestro ENTERRÍA, véase nuestra reseñación a la obra de GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, prólogo de Antonio CARRILLO-FLORES, ciudad de México: U.N.A.M., 1979, 168 pp., publicada en ciudad de México: *Alegatos*, U.A.M.-A. (D.C.S.H.-Dpto. de Derecho), núms. 15-16, dic. de 1990, pp. 114-120, esp. 119-120.

235 Cfr. DELVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égaiité devant les chargespubliques*, París: L.G.D.J., "prefacio" de Georges VEDEL, XX + 468 pp., 1969; y la aguda nota de MONTAÑEZ-OJEDA, Jorge Iván, "La equidad tributaria en la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia", Naucalpan de Juárez: *Revista de Ciencias Jurídicas*, UNAM/División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1988, pp. 153-162.

236 BOURJOL, pp. 120 a 138.

237 BOURJOL, pp. 139-173.

238 BOURJOL, pp. 174-198.

239 BOURJOL, pp. 225-234.

240 BOURJOL, pp. 225-234.

(de derecho público). Al respecto, la postura del *Compendio* resulta contradictoria, puesto que parecería considerar que incluso los individuos (es decir, las personas físicas) son sujetos de derecho por obra de la abstracción jurídica,⁽²⁴¹⁾ si se trata de "intereses que la sociedad juzga dignos de protección", positivismo chocante con las posturas constructivas de nuestro autor.⁽²⁴²⁾

33. D) *La distinción*⁽²⁴³⁾ *entre Estado de Derecho y Estado de Policía* (del siglo XVIII). Parece esta algo sumaria oposición no tener en cuenta la creciente rehabilitación de este último por los estudios de ciencia administrativa más recientes y autorizados.⁽²⁴⁴⁾ En efecto, éstos destacan la posible validez predemocrática

241 BOURJOL, p. 60.

242 En efecto, BOURJOL, en su p. 61, afirma que "una persona física adquiere *de pleno derecho* la personalidad jurídica, mientras que una persona moral no es creada sino como consecuencia de una intervención del Estado" (subrayado nuestro).

243 BOURJOL, p. 17.

244 *Cfr.* por iodos, las investigaciones de Haris MAIER y de Thomas ELLWEIJN.

(prestacional) del Estado de Policía, la cual contrastan con la finalidad *antidemocrática* (liberal-burguesa) del Estado de Derecho.

34. E) *La "democratización" de las órdenes profesionales*⁽²⁴⁵⁾. *Ella parece casi un lapsus calami, entre comas, de nuestro autor.*

No es así: afortunadamente situada en un párrafo sugestivamente titulado "*El neo-corporativismo*": *los establecimientos públicos de dirección de las profesiones y de la economía*, éste nos parece responder más adecuadamente a dichas penosas supervivencias del "Estado Francés", instaurado en Francia bajo la ocupación nazi.

Naturalmente, este "punto" escapa al análisis del fallecido profesor alemán cuyas páginas, cotejadas en este estudio con las del Decano de Perpignan y de Tours, nos han permitido otear comparativamente algunos elementos capitales de las concepciones autoritaria y democrática en derecho administrativo.

245 BOURJOL, p. 67.

