

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE ¹

El derecho administrativo contemporáneo presenta la particularidad de seguir demandando una definición que le sirva como justificación. En efecto, la acuciosa búsqueda de sus fundaciones conduciría a numerosos administrativistas, en algo más de dos siglos desde su aparición, a regresar asiduamente a las fuentes históricas del derecho de la Administración. En esta compleja y conocida tarea, la doctrina pudo haber terminado algunas veces, tal vez de tanto interrogarse sobre la misma realidad histórica, trazando o travistiendo un hecho con la ayuda de una idea.

La idea de los orígenes revolucionarios del derecho administrativo cobraría fuerza casi un siglo después gracias al célebre fallo *Blanco* de 8 de febrero de 1873, según el cual la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares, por el hecho de las personas que este emplea para la prestación de un servicio público, no puede regirse por los principios del Código Civil, ya que esta no es ni general, ni absoluta, sino que tiene reglas especiales que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y el deber de conciliar las prerrogativas del Estado, de un lado, y los derechos de los particulares, de otro lado. De este modo, basándose en las leyes del 16-24 de agosto de 1790 y 16 fructidor del año III, el Tribunal de Conflictos francés decide que "la autoridad administrativa es la única competente para conocer del caso"².

Desde los albores del siglo XX, innumerables tratados de derecho administrativo verían en esta decisión el origen histórico del derecho administrativo, en el sentido de que confiere a un juez distinto una competencia de "derecho común" para conocer de los litigios que involucran a la Administración. El fallo *Blanco* aparece entonces como la consagración del llamado "principio de separación de poderes a la francesa", tal como la doctrina lo ve formulado en las leyes de agosto de 1790 y fructidor del año III³.

1 Doctor en Derecho de la Universidad Panthéon-Assas, Paris II, Paris, Francia. Docente-investigador y director del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Para citar el artículo: Zárate, A. "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 16, segundo semestre, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 3-7. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n16.01>.

2 Tribunal confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, S. 1873.II.153.

3 Postura que es cuestionada por diferentes autores: vid., p. ej., ANDRÉS OSPINA, *De la jurisdic-*

Enseñada a los estudiantes en las facultades de derecho, esta explicación sobre los orígenes del derecho administrativo pareciera encerrar un mito, o por lo menos, una especie de postulado implícito —y muchas veces explícito⁴—, según el cual no sería posible hablar de un derecho administrativo antes de la Revolución francesa. Pero, ¿tienen las leyes posrevolucionarias el alcance que comúnmente se les atribuye? Desde un punto de vista histórico, el texto de 1790, relativo a la organización judicial, se contenta en realizar una división entre las funciones de justicia y las funciones de administración. Mientras que la autoridad judicial debe sólo juzgar, retirándole por ende todo poder reglamentario, la Administración activa debe abstenerse de perturbar el orden judicial⁵. De este modo, el contencioso administrativo aparece intacto, por lo que es posible pensar que en principio este debía ser de competencia del juez de derecho común, al que la ley de 1790 califica de juez natural. Ahora bien, por razones de orden práctico, como mantener las finanzas públicas y garantizar el cumplimiento de competencias que implican el ejercicio de soberanía, una fracción del contencioso es dado a la Administración por las leyes del 6, 7 y 11 de septiembre de 1790⁶.

La relectura de la división entre funciones judiciales y administrativas va entonces a surgir de manera casi empírica a propósito de un área del contencioso que no atañe sino a un número reducido de asuntos, como es el de la responsabilidad extracontractual de la Administración. De hecho, habría que esperar al Segundo Imperio para que las condiciones del fallo *Blanco* estuviesen finalmente dadas. El Consejo de Estado, que recupera parte de la autoridad que tuvo durante el Primer Imperio que lo instituye, va a poder frenar las pretensiones de la autoridad judicial sobre el fondo, contagiado tal vez por el autoritarismo que caracterizó al régimen al que servía, y, en un primer fallo de 1855, prohíbe el recurso al Código Civil para juzgar la responsabi-

ción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: un viaje de ida y vuelta, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo, n.º 5, p. 27.

- 4 Cabe indicar que GEORGES VEDEL afirma que este principio “es histórica y conceptualmente la base del derecho administrativo francés”. Por lo que este autor deduce que “*cette thèse de l'autonomie du droit administratif a reçu sa première formulation claire dans le célèbre arrêt Blanco*”: GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVÉ, *Droit administratif*, Paris, 13.ª ed., t. 1, 1997, p. 78.
- 5 El decreto de 16 fructidor del año III reproduce la hostilidad de los revolucionarios por los jueces, reiterando la prohibición de inmiscuirse en la toma de decisiones de la administración activa; vid., p. ej., JACQUES CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative de l'administration active*, Paris, 1970.
- 6 La figura del administrador juez, ya conocida bajo el Antiguo Régimen, se mantiene, pero de forma excepcional, puesto que el texto de septiembre de 1790 tiene un alcance circunscrito a ciertas materias. Hasta el Primer Imperio se multiplicarían las leyes de excepción que confieren a la Administración el conocimiento de otras materias. Durante la mayor parte del siglo XIX, buena parte del contencioso administrativo será resuelto por la misma Administración, sin que sea necesario recurrir a una justificación en las leyes posrevolucionarias.

lidad extracontractual del Estado, atribuyéndose así el conocimiento de los litigios e invocando el principio de un derecho especial para las actividades de servicio público⁷.

Más allá de la evidente continuidad en el tiempo, circunstancia que relativiza los orígenes republicanos del derecho administrativo, es también cuestionado el lugar dado al fallo *Blanco* en la elaboración de este derecho. El tema de la responsabilidad extracontractual del Estado es una materia especial del contencioso, por lo que la estructuración de un derecho administrativo no podría reposar en la simple línea de demarcación de competencias sobre la misma⁸. Creer sobre todo que el Tribunal de Conflictos erige un derecho para encausar las actividades de servicio público de la Administración se presta por lo demás a discusión⁹. ¿Acaso cuando se demanda la reparación de un perjuicio por aplicación del derecho común en el caso *Blanco* no se pide que la actividad estatal sea enmarcada por el derecho? Al prohibir el recurso al derecho común, el juez de conflictos, tal como el Consejo de la época imperial unos años antes, pareciera proteger al Estado, inmunizándolo contra el derecho. ¿No es acaso la mención primera del fallo la necesidad de unas "reglas especiales" para conciliar prerrogativas públicas y derechos particulares? Mientras que los derechos del particular afectado eran inmediatamente reparables gracias a las normas contenidas en el Código Civil, las prerrogativas del Estado aparecen en el campo de la indeterminación jurídica e histórica (puesto que en 1873 aún no se habían formulado). Con la decisión del fallo *Blanco*, el juez de conflictos parece salir de la legalidad con la promesa de entrar en el derecho, desconociendo de manera voluntaria el orden legal y las atribuciones jurisdiccionales con el fin de ofrecer al Consejo de Estado la competencia exclusiva para decidir los asuntos que atañen a la Administración.

Si bien la tesis de la "separación de poderes a la francesa" es insuficiente para explicar los orígenes del derecho administrativo como disciplina autónoma, este no parece ser el caso de la idea de una desigualdad entre sujetos públicos y privados frente a la ley. El reconocimiento de ambos como sujetos jurídicos, sometidos al principio de legalidad, no implicó para los revolucionarios franceses —a diferencia de otras revoluciones liberales como la inglesa o la estadounidense— un trato igual por parte del ordenamiento jurídico. Esta diferencia de trato llevaría a un grupo de doctrinantes a adelantar a inicios del siglo XIX un inventario normativo sobre las reglas que involucran a las administraciones públicas, evidenciando diferencias entre estas normas y el derecho común¹⁰. De ahí que autores como Jean RIVERO reconozcan la fuerza histórica

7 Conseil d'État, conflit, 6 déc. 1855, *Rotschild*, S. 1856.ii.508.

8 FRANÇOIS BURDEAU, *Histoire du droit administratif. De la Révolution au début des années 1970*, Paris, 1995.

9 GEORGES VEDEL y PIERRE DEVOLVÉ, ob. cit., p. 110.

10 "Este hecho, considerado como una de las primeras manifestaciones doctrinarias del na-

del derecho administrativo francés por ser el primero en conceptualizar esta "búsqueda de equilibrios entre prerrogativas de poder público y garantía de los derechos de los ciudadanos"¹¹. Con esto no se pretende decir que la Revolución francesa produzca una especie de ruptura histórica en la formación del derecho administrativo, sino que, por el contrario, ella constituye un elemento más, tal vez hasta ahora el de mayor importancia, en su desarrollo.

Antes de la aparición de los Estados posrevolucionarios existían verdaderos aparatos públicos cuyas actuaciones producían efectos jurídicos sobre los particulares¹². Una de estas manifestaciones se encuentra precisamente en el derecho romano, en donde existió un conjunto de normas que fijaban competencias, funciones y potestades al conjunto de instituciones que integraban un complejo aparato administrativo y que, en consecuencia, determinaban sus relaciones con los administrados¹³. Si la ausencia de una dogmática del derecho administrativo en este período hace difícil la categorización de las decisiones y reglas aplicables a la Administración, dada su heterogeneidad y su carácter particularizado o especializado, no por ello resulta menos importante la probada influencia que las regulaciones de la época han tenido, gracias al recurso al método histórico-comparado, en nuestras instituciones de derecho administrativo contemporáneo.

Es en este sentido que la *Revista digital de Derecho Administrativo* de la Universidad Externado de Colombia ha querido aportar al debate en torno a los orígenes de esta rama del derecho, invitando a destacados académicos y estudiosos de Latinoamérica y Europa cuyos trabajos se inscriben en el marco de las importantes investigaciones que sobre esta materia adelanta, desde hace ya varias décadas, la afamada Escuela de Derecho Público Romano del Maestro Antonio Fernández de Buján, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, quien a partir de este año nos honra con su distinguida presencia como miembro del Comité Editorial de nuestra *Revista*. Es gracias a su amplio poder de convocatoria y a su decidido apoyo que este proyecto pudo realizarse.

La riqueza de las aportaciones y la claridad en la argumentación del Maestro Fernández de Buján y sus discípulos, para referirse al ámbito de la experiencia administrativa romana, hace que contemos con dos números sucesivos de sólida y ventajosa oferta para la bibliografía moderna en derecho

ciente *droit administratif*, representa en nuestro entender una primera etapa necesaria para la construcción de unas bases teóricas del derecho administrativo": ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 39.

11 JEAN RIVERO, "Les modèles d'imitation des modèles étrangers en droit administratif", *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruylant, t. 3, 1972, p. 619.

12 Vid. MIGUEL MALAGÓN, "La ciencia de policía y el derecho administrativo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá: Universidad del Rosario, n.º 1, 2004, p. 176.

13 Vid. ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, Pamplona: Thomson-Civitas, 13.ª ed., 2010.

público romano y en derecho administrativo. Los escritos que proponemos a nuestros lectores no sólo poseen un valor académico, sino que además son clave para la comprensión de problemáticas contemporáneas en temas de organización, bienes públicos, moralidad administrativa y función pública. Inscrito en nuestra tradición jurídica, como lo recuerda el Maestro Fernando HINESTROSA, "el estudio del derecho romano no requiere justificación. Por su conducto se seguirán formando las generaciones venideras de juristas, y para los latinoamericanos, aunque también para los europeos, pero para nosotros con mayor apremio y en mayor medida, el derecho romano y la tradición romanista son elementos de identidad cultural que nos identifican igual que la lengua, y que hemos de proteger y defender con orgullo"¹⁴.

No quisiera agotar el editorial del presente número sin haber extendido mis agradecimientos a la Dra. Emilssen González de Cancino, coautora de esta propuesta, y Directora del Departamento de Derecho Romano de la Universidad Externado de Colombia, por su amable e incondicional colaboración en la consecución de las contribuciones que hoy presentamos, las cuales esperamos enriquezcan el análisis en torno a los principios, las normas y las instituciones propias de la Administración pública romana. La invitación a interrogarnos sobre los orígenes del derecho administrativo es sin duda una operación de naturaleza distinta a aquella que busca ofrecer una presentación ordenada de la jurisprudencia o del derecho escrito, pero no por ello menos importante. Como lo afirmaba el jurista francés Léon Duguit, "si el rol del profesor de derecho debiera limitarse a comentar las leyes positivas, no valdría un minuto de esfuerzo y de trabajo. La misión de las facultades de derecho va más lejos. Ellas son, ellas deben ser, facultades de ciencias sociales"¹⁵.

¡Una provechosa lectura!

14 FERNANDO HINESTROSA, "Derecho romano, tradición romanista y América Latina", *Revista de Derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, 2013, p. 7.

15 LÉON DUGUIT, *Leçons de droit public général*. Paris: De Boccard, 1926, p. 27.