

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

Desde una visión más europea continental, existe una distinción entre el derecho administrativo, como parte integrante del derecho público, y el derecho civil, en su sentido amplio, como derecho ordinario. El origen de esta distinción puede rastrearse al derecho romano. Mientras que el derecho civil regula las relaciones entre sujetos de derecho en un sentido de co-igualdad, el derecho administrativo, por el contrario, se define en gran medida por un sistema de "prerrogativas" y "subordinación"². En este sentido, la autoridad pública está unilateralmente habilitada u obligada, por lo que en ocasiones se encontrará en un plano jurídicamente superior al destinatario de sus actos. Si esta distinción se diluiría durante la época medieval, período en el que estas prerrogativas se distribuían mediante la formación contractual del vasallaje y de poderes gubernamentales que descansaban en la tenencia de la tierra, ella volvería a recobrar fuerza con el redescubrimiento y la adaptación del derecho romano, principalmente, a partir del siglo XVI³. Tal vez un punto importante en esta evolución se produjo cuando en el siglo XVII varios señores feudales de países como Alemania instalaron una burocracia firme y el desarrollo de un ejército permanente, que constituyó una base esencial y un elemento estabilizador en el Estado absolutista. Esto les permitió gozar de una posición de poder frente a otros territorios, mientras que su poder interno estuvo asegurado por un *ius eminens*, elemento que

- 1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: Zárate, Aníbal, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 30, 2023, pp. 3-6. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n30.01>.
- 2 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2, Múnich: C. H. Beck, 1988, p. 23.
- 3 Aunque la adaptación del derecho romano comenzó ya en el siglo XI con el redescubrimiento de fuentes antiguas en las escuelas de Pavía y de Bolonia, consistentes en su mayoría en fragmentos de veredictos, textos legales y discusiones que se dividieron en los *pandectas* y el *corpus juris canonici*. La adaptación de las primeras inició en un proceso que culminó en la época del Estado absolutista en los siglos XVII y XVIII con la clara distinción entre derecho público y derecho civil que hoy conocemos.

luego se transformaría en el fundamento jurídico de lo que hoy conocemos como "soberanía"⁴.

En este escenario, las reglas de policía (*Policywissenschaft*) y de la cameralística (*Kameralistik*) serían las primeras áreas de estudio de la Administración⁵. La policía era la expresión de un gobierno intervencionista que buscaba desarrollar el Estado mercantilista y proteger a sus ciudadanos, pero que también imponía límites sus libertades. La cameralística, en un sentido amplio, describe una política económica y financiera activa en todos los niveles estatales. Esto requirió de una burocracia y de reglas para gobernar el aparato administrativo⁶. Las reglas del servicio público resistirían los embates del tiempo; el absolutismo y el mercantilismo, no. La burguesía liberal se levantó contra los gobiernos opresores y sus administraciones y exigió una reducción del poder administrativo. La sociedad burguesa del siglo XIX se definirá por sus nuevas libertades y derechos fundamentales, y por la separación de poderes. Con el principio de la separación de poderes entró un cambio de paradigma constitucional basado en la idea de que no solo existe una necesidad funcional de separar poderes, sino también una organizativa⁷. Separar los poderes significaba disminuir el riesgo de una concentración arbitraria del mismo y una limitación abusiva de los derechos individuales de los ciudadanos. Para Montesquieu, la libertad política significaba poder hacer todo lo que la ley permitía, absteniéndose de hacer lo que la ley prohibía⁸. Esto supuso dos cambios fundamentales para la Administración pública. Primero, la exigencia de sometimiento del Estado al derecho, esto es, que la acción gubernamental se base en una ley del congreso, concepto que se desarrollará mediante el principio de legalidad. Segundo, se establece el control judicial como forma de salvaguardar esta legalidad.

Esta continuidad en el tiempo nos revela con claridad que antes de la aparición de los Estados posrevolucionarios existieron verdaderos aparatos públicos, cuyas actuaciones producían efectos jurídicos sobre los particulares⁹. Una de estas manifestaciones está precisamente en el derecho público romano, civilización en la que existió un conjunto de normas que fijaban competencias, funciones y potestades al conjunto de instituciones que

4 Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, op. cit., p. 23.

5 Miguel Malagón, "La ciencia de policía y el derecho administrativo", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, n.º 1, 2004, p. 176.

6 En 1794 se expidió, por ejemplo, un libro con los estatutos prusianos (*Allgemeines Preußisches Landrecht*), que se convirtió en la primera codificación de normas sobre el Estado moderno. Entre otras cosas, regulaba el nombramiento y las condiciones de empleo de servidores públicos. Estas reglas alteraron la naturaleza de la función pública, percibida como una materia del derecho público.

7 Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18.ª ed., Múnich: C. H. Beck, 2011, p. 19.

8 Citado por Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, op. cit., p. 233.

9 Vid. Miguel Malagón, "La ciencia de policía y el derecho administrativo", op. cit. p. 176.

integraban un complejo aparato administrativo y que, en consecuencia, determinaban sus relaciones con los administrados¹⁰. Con esto no se pretende negar la fuerza histórica del derecho administrativo francés, al ser el primer sistema en conceptualizar “la búsqueda de equilibrios entre prerrogativas de poder público y garantías de los derechos de los ciudadanos”¹¹. Pero más que producir una ruptura histórica en la formación del derecho administrativo, ella constituye un elemento más, tal vez hasta ahora el de mayor importancia en su desarrollo.

Si la ausencia de una dogmática del derecho administrativo del período romano 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 por esto que el presente número de la *Revista digital de Derecho Administrativo* es un nuevo aporte al debate en torno a los orígenes de esta rama del derecho. Esta edición es posible gracias al amplio poder de convocatoria y al decidido apoyo del maestro Antonio Fernández de Buján, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, y a los miembros de su reconocida y mundialmente célebre Escuela de Derecho Público Romano. La calidad científica y claridad de los aportes del profesor Fernández de Buján y sus discípulos, para referirse al ámbito de la experiencia administrativa romana, están presentes en este tercer número dedicado al tema, y nos permiten contar nuevamente con una ventajosa oferta bibliográfica sobre las instituciones de derecho administrativo en la época romana.

Mis agradecimientos también van dirigidos a la profesora Emilssen González de Cancino, coautora de esta propuesta, 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. El profesor Samuel Baena realizó una presentación temática para este número, la cual los invito a leer y a consultar. 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. Conviene terminar este editorial recordando una vez más lo afirmado por el jurista francés León Dugit a ese propósito: “si el rol del profesor de derecho debiera limitarse a comentar las leyes positivas, no valdría un minuto de esfuerzo y de trabajo.

10 Vid. Antonio Fernández de Buján, *Derecho público romano*, 13.ª ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2010.

11 Jean Rivero, “Les modèles d’imitation des modèles étrangers en droit administratif”, en *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. 3, Bruselas: Bruylant, 1972, p. 619.

La misión de las facultades de derecho va más lejos. Ellas son, ellas deben ser, facultades de ciencias sociales¹².

¡Una provechosa lectura!

12 León Dugit, *Leçons de droit public général*, París: De Boccard, 1926, p. 27.