

# ***RECENSIONES***

GUY BRAIBANT: *Le droit administratif français*, París, ed. Fondation Nationale des Sciences Politiques (Service de Polycopie), 1972-73, 3 fascículos, 680 pp., 40 F.

Este curso del Instituto de Estudios Políticos de París se dicta por vez primera, y pretende familiarizar con el Derecho Administrativo a los futuros candidatos a la Escuela Nacional de Administración. Se ha dicho tradicionalmente que siempre ha existido un divorcio entre la Universidad y el Palacio de Justicia, entre la Montagne (de Ste. Geneviève) y el Consejo de Estado, al punto de que las célebres notas de jurisprudencia del Decano Hauriou no despertaban mayor interés en el juez administrativo de la época. Este Curso viene a robustecer la tendencia contraria, ya patentizada en el I.E.P. por los cursos de los también consejeros de Estado ODENT (*Contentieux administratif*), GAZIER (*Institutions administratives françaises*), CHENOT (*Droit public économique*) y el ya casi inhallable del extinto maestro Henry PUGET (*Les institutions administratives étrangères*, Dalloz, 1970), sin olvidar al *Contentieux administratif comparé* de Maxime LETOURNEUR (en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, Estrasburgo, 1963, con sucesivas actualizaciones). Los miembros del Consejo de Estado de Francia no son jueces, son funcionarios, que tienen simultáneamente funciones administrativas asesoras (las formaciones consultivas) y funciones jurisprudenciales (formaciones contenciosas). El recíproco enriquecimiento de ambas prácticas, la doble misión de casi-actores de la administración activa y de juzgadores de su acción (el Consejo de Estado colectivamente y sus miembros individualmente no están vinculados por sus dictámenes en función administrativa, y pueden contradecirlos y de hecho así suele suceder con motivo de la diversa integración de sus formaciones y/o de una consideración menos precipitada que la de dictámenes a veces exigidos, por el Ejecutivo, con términos perentorios de 48 horas) brinda una experiencia administrativa concreta, muy humana y con cultivada conciencia social, que resplandece en las páginas de dichos cursos y que se ilustra particularmente en esta lograda realización, científica y pedagógica, del Comisario de Gobierno GUY BRAIBANT.

Todo el Curso es una definición del derecho administrativo (p. 25), una búsqueda de los infinitos matices jurisprudenciales, de sus fundamentos y de sus perspectivas de evolución, en una perspectiva de inmanentismo histórico (p. 48) que permite oscilar del liberalismo del siglo XIX a los meandros del neoliberalismo contemporáneo y que lleva a constatar modestamente, con espíritu de juez y ciertamente lejos del dogmatismo de las cátedras tradicionales, que “la evolución no es lineal, hay progresos, retrocesos, alternancias” al grado de que “aún no hemos alcanzado un punto de equilibrio, de que la exposición del derecho administrativo dentro de 10 o 15 años no será seguramente la misma que de él puede hacerse ahora” (p. 48).

La Primera Parte, El Campo de Aplicación del Derecho Administrativo estu-

dia Las Instituciones (pp. 51-171) —es decir, el Estado, las otras personas jurídicas de derecho público (colectividades locales y establecimientos públicos) y los organismos privados encargados de la gestión de servicios públicos —y La Noción de Servicio Público (pp. 173 a 230), enfocada ésta en su contenido y alcance institucional, como una noción capital en la definición del derecho administrativo, condicionándolo decisivamente, pero sin llegar a ser una condición exclusiva ni siempre suficiente (p. 225). Para Braibant, nos hallamos ante un Servicio Público en presencia, sea de una misión de interés general asegurada por una persona pública, sea de una misión de interés general confiada a una persona privada dotada con dicho propósito de prerrogativas y sometida a obligaciones (p. 182, implícitamente ambas, prerrogativas y sujeciones, de derecho público).

La Segunda Parte, Los Principios Fundamentales del Derecho Administrativo (pp. 249-480) estudia Las prerrogativas (poderes, de decisión y de ejecución, y protecciones, de agentes y de bienes) y Las sujeciones (los principios de legalidad y de responsabilidad).

La Tercera Parte, El Control Jurisdiccional de la Administración, tras presentar una tipología de posibles soluciones y los rasgos generales del sistema francés, enfoca: La Organización (pp. 515-609), con su dualismo jurisdiccional y las modalidades de su estructuración (Consejo de Estado, Tribunales Administrativos Regionales, jurisdicciones administrativas especializadas, auxiliares de la justicia); y El Funcionamiento (pp. 610-664), que analiza sucesivamente los principios comunes (generales de todo proceso jurisdiccional y propios del contencioso-administrativo) y las diferentes categorías de acciones (recours, en el indeferenciado procesalismo francés), para incluir con un breve pero medular capítulo sobre La Eficacia de la Justicia Administrativa, donde el autor reitera los criterios que expusiera en el tomo V del “Homenaje a Sayagués-Laso (Uruguay) (ed. IEAL, Madrid, 1969), “Sobre el acceso del pretorio, el alcance del control y los efectos de las decisiones”.

Trabajo estructurado, de fino jurista y no de legista, siempre alerta a la distancia que separa a la norma de la realidad, consciente de que la misión del hombre de ciencia y del magistrado consiste en luchar por acortar penosamente dicha distancia siempre más o menos vigente (p. 480), este Curso no es por ello menos consciente de las limitaciones incoercibles impuestas por lo real a la lógica, que llevan a plantearse sin dogmatismos ante una probable solución, “¿es ella política y materialmente posible?” (p. 389), con el mismo espíritu de la renovada jurisprudencia administrativa alemana realizado por el maestro Otto BACHOF (cf. su Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, “Universitas”, Stuttgart, 1966, trad. castellana El juez constitucional entre Derecho y Política, en “Rev. de la Facultad de Derecho de Ciencias Sociales”, Montevideo, 1967, pp. 245 ss.).

Su defensa y aún sobria exaltación del servicio público (p. 175) lo sitúa en la corriente democrática, así como su concepto de la descentralización apoyado en

la elección de los titulares de los órganos (p. 100), su fe en el peso de la opinión pública (p. 661), su afirmación de que la primera razón de ser de la noción de establecimiento público radica (p. 140) en la participación entendida como la asociación del personal y de los usuarios a la gestión de un servicio, su implícita reticencia ante el geométrico control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes que contraría el pronunciamiento de los elegidos por el sufragio universal (p. 319); la misma aspiración de un sistema jurídico democrático subtiende sus posturas en materia de responsabilidad fundada en el riesgo (pp. 435 y 447 esp.), su postulado de superación del clásico liberalismo (p. 189) del Consejo de Estado integrando la eficacia prestacional de la Administración en el concepto de ésta y del derecho que la rige su rechazo —aparentemente insólito de la desigualdad en favor del Estado como piedra de toque del Derecho Administrativo, puesto que “la desigualdad se manifiesta a menudo en el otro sentido” (p. 480).

En implícita polémica con la escuela de Tolosa y con las posturas cada vez más conservadoras del Decano Georges VEDEL, interesan las precisiones referentes a la noción de poder público (puissance publique), expresión “que puede ser considerada convencionalmente como válida, pero que puede inducir en error por su tonalidad, por las ideas que evoca” (p. 249). Según esta “mitología” que se origina en el imperio romano, el derecho administrativo sería un derecho de autoridad, un derecho de poder, distinguiéndose del derecho privado en general, fundado en la autonomía de la voluntad. Dicha idea romana, iluminada por los legistas del Antiguo Régimen bajo la monarquía absoluta y reforzada por las concepciones napoleónicas, se funda —pretende fundarse— en un esquema irreal, que no ha correspondido nunca exactamente a la realidad y que es hoy ampliamente inexacto por razones de hecho y de derecho, que desbaratan sus dos postulados claves, la pretendida superioridad del Estado sobre los individuos (supuesta esencia del derecho administrativo) y la pretendida igualdad de los individuos entre sí (supuesta esencia del derecho privado). La inexactitud de hecho de la noción de poder público radica en la potencia del dinero en la sociedad capitalista, por lo cual la Administración deviene más una resultante de un estado de fuerzas sociales que un organizador de dichas fuerzas, siendo manifiesta su impotencia en numerosas hipótesis (pp. 250-51); además, por la misma razón, la inexactitud del esquema mitológico surge de que no existe una verdadera igualdad entre los individuos, entre el banquero y el vagabundo, entre el fuerte y el débil, siendo la igualdad formal y nunca real (p. 251), siendo el contrato de adhesión una manifestación clara de la posición dominante de unos individuos sobre otros en los mismos esquemas del derecho privado, aunque podrían también citarse y BRAIBANT señala expresamente, las relaciones entre el patrono y sus asalariados, entre el propietario y el arrendatario, entre el asegurador y el asegurado, entre el transportador y el transportado (ibidem). La inexactitud jurídica de la noción de poder público ya la demostró, siguiendo los demoledores análisis de Charles EISENMANN, el maestro Jean RIVERO, cuya visión recoge Braibant recordando que el

derecho administrativo no se limita a acordar prerrogativas a la Administración, sino que también la somete a sujeciones (p. 252), tales como el respeto estricto de los principios rectores del servicio público, la imprescriptibilidad e inalienabilidad del dominio público y las limitaciones emergentes de la noción de contrato administrativo (p. 254), sin olvidar la intensidad del control jurisdiccional ciertamente mayor que la aplicada por los tribunales judiciales a los particulares (p. 255).

La exposición es agradable, no exenta de humor (así, pp. 555 y 564) y de una profunda experiencia, que rechaza los excesos de los espíritus excesivamente sistemáticos, que tenderían a aborrecer la creciente complicación de las reglas de fondo y de forma. Primeramente, porque la criticable complejidad no es ni tan amplia ni tan profunda como, para alarmar en exceso, y, porque, además de dicho factor cuantitativo, puede ser legítimo interrogarse sobre el significado de dicha complejidad, que no emerge de cerebros excesivamente sutiles ni es manifestación de decadencia intelectual por parte de juristas que no logran dominar su materia y regirla por ideas generales coherentes, sino que bien pudiera ser el natural reflejo de la complejidad de lo real (p. 228).

Las excelencias así sumariamente apuntadas no impiden en este Curso una cierta insatisfacción derivada de su clasicismo, de su constante equilibrio y moderación (¿qué contraste, por ejemplo, con el polémico Droit administratif de BOURJOL, cuya 1a. ed. surge también en 1972!), de su apego aparentemente poco crítico a la jurisprudencia dominante en el cual nos atreveríamos a ver, no sólo el respeto de una tradición en la que el propio BRAIBANT se inserta en sus funciones de Comisario del Gobierno, sino quizá también algo de esa autocensura del juez (p. 508) que el autor relega a los tiempos decimonónicos de la jurisprudencia retenida, sin perjuicio de exponer —en positivista y no en observador crítico— la teoría de los actos excluidos del control jurisdiccional, y en particular los actos de gobierno (pp. 353, 397 ss.) y las medidas en orden interior (p. 401). Derecho no equivale a jurisprudencia sino en parte, y este Curso tiende a convertirse en una crónica (ciertamente magistral) de jurisprudencia, cuyo positivismo inmanente omite toda crítica respecto de la publicidad en la televisión (p. 143) o de la organización corporativa impuesta por el gobierno de Vichy a las profesiones liberales (p. 169).

La bibliografía se limita curiosamente a los materiales del t. I. (pp. 231 - 244) y existen ciertas terminologías y asertos discutibles: es inadmisibile el término "americano" (p. 492) cuando se hace referencia sólo al Congrès angloaméricain; las personas son todas jurídicas, tanto las físicas como las colectivas, y sólo una vieja confusión de moral y Derecho lleva al reiterado manejo del término personas morales (p. 51 ss.); las cortes supremas no suelen limitarse, en derecho comparado, a la mera casación en puro derecho (como sucede en Francia), sino que en muchísimos países de tradición germánica como hispánica y angloamericana, la Suprema Corte es juez también de los hechos, de donde esto no puede considerarse una excepciona-

lidad del Consejo de Estado (p. 600).

Estas reticencias secundarias ante el Curso de un juez a veces quizá demasiado enamorado de sus funciones (cf. la excesiva p. 502 sobre la proyección social de la justicia administrativa), no deben inducir a error. Las páginas de BRAIBANT se releen con inmenso provecho, no sólo práctico sino teórico, permiten una actualísima comprensión del derecho de su país, y sólo cabe esperar y desear su conocimiento cuidadoso en esta A. Latina tan reacia a comprender al juez como Poder del Estado.-

LEON CORTIÑAS PELAEZ  
Maitre Assistant asociado en la  
Universidad de Paris I