

Crítica a la idea de una génesis autoritaria del Derecho Administrativo

Critique of the idea of an Authoritarian Genesis
of Administrative Law

Emerson GABARDO*

RESUMEN: El profesor Jorge Fernández Ruiz señala que “el sentido gregario de la humanidad implica una dirección, una conducción, un mando, un poder, que para ejercitarse requiere de depositarios, vamos, de gobernantes cuya designación primitivamente es casi inconsciente y espontánea, mediante un inconsulto consenso entre el que manda y los que obedecen”. A partir de dicho entendimiento, parece oportuno visitar el tema del carácter autoritario o no de los orígenes del derecho administrativo. Particularmente en Brasil, existe una reciente doctrina que sostiene el carácter autoritario de las bases históricas del derecho administrativo como razón para el ataque a sus principios fundamentales contemporáneos.

PALABRAS CLAVE: derecho administrativo; autoritarismo; Brasil; derechos humanos; poder público.

ABSTRACT: Professor Jorge Fernandez Ruiz points out that “the gregarious sense of humanity implies a direction, a leadership, a command, a power, which in order to exercise requires depositaries, come on, of rulers whose designation is primitively almost unconscious and spontaneous, through an unconscious consensus between the one who commands and those who obey”. Based on this understanding, it seems opportune to revisit the issue of the authoritarian nature or not of the origins of administrative law. Particularly in Brazil, there is a recent doctrine that supports the authoritarian nature of the historical basis of administrative law as a reason for attacking its contemporary fundamental principles.

KEYWORDS: administrative law; authoritarianism; Brazil; human rights; public power.

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Federal de Paraná. Director del Doctorado en Derecho da Pontificia Universidad Católica de Paraná. Contacto: <e.gab@uol.com.br>. Fecha de recepción: 03/12/2017. Fecha de aprobación: 07/06/2018.

Un homenaje al profesor Jorge Fernández Ruiz siempre es oportuno e insuficiente. El maestro de todos, que trata de temas de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y de Derecho Electoral con la misma genialidad, que enriquece el debate jurídico y político y que merece el lugar que tiene entre los más grandes juristas del mundo.

El tema aquí tratado parte de uno de sus brillantes apuntes de Derecho Público. El profesor Jorge Fernández Ruiz señala que “el sentido gregario de la humanidad implica una dirección, una conducción, un mando, un poder, que para ejercitarse requiere de depositarios, vamos, de gobernantes cuya designación primitivamente es casi inconsciente y espontánea, mediante un inconsulto consenso entre el que manda y los que obedecen.”¹

A partir de dicho entendimiento, parece oportuno visitar el tema del carácter autoritario o no de los orígenes del Derecho Administrativo. Particularmente en Brasil, existe una reciente doctrina que sostiene el carácter autoritario de las bases históricas del Derecho Administrativo como razón para el ataque a sus principios fundamentales contemporáneos.

Dicha tesis de que el Derecho Administrativo estaría mucho más conectado al absolutismo que al régimen que lo sucedió no es nueva. Al revés, la utilización por los revolucionarios del modelo institucional absolutista no retrata ninguna novedad historiográfica, ni para los historiadores, ni para los administrativistas, sean ellos franceses o brasileños.²

¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Voto secreto vs. encuesta electoral*, A & C /Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 91-112, out/dez., 2012, p. 92.

² Ni siquiera para los italianos. Un excelente estudio realizado sobre los orígenes del Derecho administrativo (incluso comparando los modelos francés e inglés) es el de Sabino Cassese, que menciona expresamente la existencia de una corriente predominante y de la disidencia, que afirma ser el nacimiento del Derecho administrativo no más que una consecuencia de la recepción de los postulados del Antiguo Régimen. Cfr. CASSESE, Sabino, “La costruzione del

En Brasil, Romeu Felipe Bacellar Filho ya analizó dicha cuestión de manera bastante apropiada en su artículo “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Derecho comparado”, publicado durante el primer trimestre de 1998. Sin adoptar una postura ingenua y exaltadora de las bases del Derecho Administrativo, el autor realiza un análisis histórico que demuestra claramente la inadecuación de la idea de que la adopción del contencioso administrativo sería un mero “pretexto” revolucionario para el ejercicio de su arbitrariedad sin la molestia del control judicial, o aún, que sería sólo un instituto transferido del Antiguo Régimen. Finalmente, también debe ser mencionada la necesidad de recurrir a su historia no como un medio de legitimar las ideas del presente, pero como una forma de estudio crítico y propositivo ante la realidad actual. En este sentido, afirma: “O debate atual não mais se posiciona em termos de funcionamentos teóricos: a história comprovou a possibilidade de interpretações diferenciadas a respeito da independência dos poderes estatais sem a quebra do núcleo essencial”.³

La alusión a un supuesto origen autoritario (bastante común en este final de la primera década del siglo XXI) tiene como finalidad reducir la fuerza legitimadora de principios como el de interés público o general, o, más específicamente, del principio de la “supremacía del interés público”. Se trata, por lo tanto, de una interpretación de la historia cuyo objetivo es conferir a las proposiciones del presente un sentido que más esté de acuerdo con la mentalidad vigente, que es la una mayor apertura-y flexibilización de la vida. Y aunque sea una “tesis” muy atractiva para el

diritto amministrativo: Francia e Regno Unido”, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, 2. ed. t. 1, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1-93.

³ Y el autor continúa: “Antes, trata-se de discutir problemas práticos: qual o modelo de jurisdição é capaz de oferecer maior possibilidade de uma justiça satisfatória entre Administração e cidadãos, assegurando uma efetiva proteção em relação àquela?” Cfr. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado*, Rio de Janeiro, RDA-Revista de Direito Administrativo, Renovar, num. 211, jan./mar. 1998, p. 71.

individuo postmoderno, que es un sujeto por definición volcado a la autonomía, a la libertad y a los consensos negociados, no es más que una teoría de precaria capacidad explicativa.

La construcción del Derecho Administrativo brasileño, como del Derecho Constitucional, fue muy influida por la doctrina extranjera. No por “uma única doutrina estrangeira”, sino por un conjunto de orientaciones, por veces contradictorias. Fernando Mendes de Almeida, por ejemplo, señala una “verdadeira indignância” do Derecho público que llega hasta la República; situación esta que se modifica solamente con la influencia científica de la doctrina de Löning, Ferraris y Orlando.⁴ Ocurre que, en general, la doctrina nacional desconsidera la relevante interferencia germano-italiana, prestigiándose casi que exclusivamente la inspiración francesa como el pilar del Derecho Administrativo brasileiro (y no exclusivamente del Derecho Administrativo, sino también del Derecho Civil). Dicha visión mayoritaria contrasta fuertemente con el hecho de que Brasil nunca ha adoptado el sistema de doble jurisdicción.

Lo que ocurre es que la teorización brasileña es justo el amalgama entre diferentes influencias, lo que vuelve cualquier intento de “crítica originaria” algo complicado y temerario, cuando no totalmente inútil. En general, la común identificación de los orígenes se reporta a un mecanismo importante (aunque simbólico) de autoconocimiento. Sin embargo, no se debe tomar dicha tarea muy en serio, como si el pasado y el presente derivaran de meras relaciones de causa y consecuencia. Además, algunos análisis teóricos e históricos realizados por la doctrina extranjera y por veces trasplantadas para el contexto brasileño no encuentran una verdadera correspondencia local. Ejemplo de dicho fenómeno de “transposición por sofismas” es la creciente utilización de la doctrina administrativista portuguesa como fundamento para “nuevas interpretaciones” caseras. Algunos brillantes trabajos de-

⁴ ALMEIDA, Fernando Mendes de, *O Direito português no Brasil*, in HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.), *História Geral da Civilização Brasileira*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1993, v. 2, t. 1, p. 47.

sarrollados en Portugal (y no son pocos) han sido leídos con un exagerado desprendimiento y una cierta falta de crítica.⁵

Es importante considerar que además de la historia del Derecho Administrativo brasileño (y de su enseñanza) no ser idéntica a la portuguesa (pese a que tengan sus evidentes similitudes),⁶ ni todos los institutos en términos de actividad y organización son realmente parecidos en la actualidad. Esto sin mencionar el interesante descompaso entre lo que se dice en la doctrina y lo que es tratado en los fallos judiciales (lo que revela, por sí, la “doble personalidad” del Derecho Administrativo brasileño).

Los posibles orígenes autoritarios de la aplicación del Derecho brasileño en general (para más allá del Derecho Administrativo) y, como no podría dejar de ser, del uso y abuso del interés público como fundamento retórico de legitimación del poder, no están en Francia, sino en la propia historia brasileña, marcada por un fuerte personalismo y carente de un real espíritu republicano, que con tropiezos y deslices resultó en la efectiva construcción de un espacio público (aunque no tan pleno así). Las ideas típicas del Derecho Administrativo del final del siglo XVIII y comienzo del siglo XIX, aún aquellas inherentes al proclamado “autoritario” contencioso administrativo (que nunca existió en Brasil), o al “autoritario” interés público gubernamental (totalmente privatizado

⁵ Por su importancia, merecen referencia los impresionantes y originales trabajos de Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva, Pedro Gonçalves y Maria João Estorninho. Como ejemplo de la obra de los autores, cfr. OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, Coimbra, Almedina, 1995; GONÇALVES, Pedro, *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, Coimbra, Almedina, 2005. ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração pública*, Coimbra, Almedina, 1996; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

⁶ MARCOS, Rui Manoel de Figueiredo, *História da Administração Pública: relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2006, *passim*.

por las prácticas sociales brasileñas, mucho más que efectivamente aplicado por el Estado), han producido de manera intensa un efecto libertador, y no lo opuesto. Si no fuera dicha herencia recibida en la esfera de las ideas –la de un “Derecho Administrativo libertador”– quizá la mutación de la mentalidad entonces característica de las nuevas tierras resistiera de forma más intensa y dramática.

La identificación de un marco originario en general propugna por una delimitación arbitraria y discutible. Hay quien vuelva en el tiempo, como es el caso de Ruy Cirne Lima, cuando ubica la génesis del interés público en los textos jurídicos romanos,⁷ o aún Gerhart Niemeyer, que elabora una consistente defensa de la existencia de una noción de interés público en toda la historia de la teoría política (de Platón y Aristóteles, a Locke, Adam Smith y Stuart Mill, pasando por Santo Agustín y Santo Tomás de Aquino).⁸ Otros autores afirman que la teoría del interés público surgió con los derechos individuales, cuando se produjo la separación entre la burocracia administrativa y el arbitrio del rey (el interés público tendría nacido como una forma de oposición al dominio absolutista),⁹ siendo la Revolución Francesa el marco inaugural de dicha nueva interpretación jurídico-administrativa.¹⁰ Es común, aún, que sean encontradas en el liberalismo del siglo XIX las raíces conceptuales del término, a partir del entendimiento esbozado por los economistas clásicos de que el interés público equivale a la suma de los intereses individuales. En este sentido,

⁷ LIMA, Ruy Cirne, *Sistema de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, Gráfica Santa Maria, 1953, p. 42.

⁸ NIEMEYER, Gerhart, *O interesse público e o interesse privado*. In: FRIEDRICH, Carl J. (org.), *O interesse público*, trad. de Edilson Alkmin Cunha, Rio de Janeiro, O Cruzeiro, 1966, p. 14.

⁹ MONTGOMERY, John, *O interesse público nas ideologias do desenvolvimento nacional*, in FRIEDRICH, Carl J. (org.), *O interesse público... op. cit.*, p. 219.

¹⁰ MEDAUAR, Odete, *O direito administrativo em evolução*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2003, p. 189.

dicha idea predominó en el pensamiento occidental durante un largo espacio de tiempo.¹¹

Recientemente, y en armonía con la mentalidad de los días actuales, es común la realización de críticas a dicha visión de la historia, que por su vez sería falsa, ya que la teoría del interés público habría representado “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que sua superação”.¹² O sea, el Derecho Administrativo, al contrario que la doctrina en general señala, tendría raíces autoritarias, en razón de las cuales el principio de la supremacía del interés público sobre los intereses privados no sería nada liberal o emancipador.

Siempre hay más de un lado en la historia. Cuando proponen un origen distinto del Derecho Administrativo, de un modo maculado debido a su perfil autoritario, la pretendida “nueva interpretación” no hace nada más que rechazar la importancia tanto del aspecto real como del rasgo simbólico de la legislación revolucionaria y de pensamiento liberal francés (siempre tendiente a una valoración exagerada de la tradición utilitarista anglo-americana). Asimismo, ignora la relación de sentido inherente al establecimiento de una corriente política que tuvo fuerte influencia en la construcción moderna del Derecho (no olvidándose, por supuesto, que dicha construcción ha sido paralela con otras instituciones aún pre modernas).

¹¹ HIRSCHMAN, Albert O, *As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo*, trad. de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering, Rio de Janeiro, Record, p. 146.

¹² Esta es la opinión defendida por Paulo Otero y, en cierta medida, por Vasco M. P. Dias Pereira da Silva. En Brasil, la tesis fue reproducida por autores como Gustavo Binbenojm. Cfr. OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública... op. cit., passim*; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido, op. cit., passim*; BINENBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*, in SARMENTO, Daniel (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 120.

Querer igualar, como hacen los “nuevos críticos” en Brasil, el momento prerrevolucionario con el momento post-revolucionario, mediante la mera indicación simplista de un origen del Derecho Administrativo en prácticas autoritarias, es promover un anacronismo. Los modelos de reglamentación de dichas realidades constituyen una ontología radicalmente diversa, lo que por sí sólo resulta en la existencia de una realidad distinta. Asimismo, la realidad es compuesta por el enlace entre el ser y el deber ser.

El reconocimiento formal de un nuevo Derecho Administrativo que se someta a la ley y no al soberano lo enmarca sin ninguna duda como un instrumento de libertad y no solamente de dominación. Varios historiadores estudiaron que los cambios en el plan de las ideas no provocan, al menos de inmediato, alteraciones en el plan de las mentalidades (y por veces, ni siquiera en el plan institucional). Y lo opuesto es igualmente verdadero: ni siempre una mutación en la orientación mental consigue producir las respectivas modificaciones en el plan de las ideas (si bien que se reconozca que la segunda hipótesis es mucho más común). Es inaceptable volver indistinta la propuesta en el plan de las ideas (y en el plan de las normas jurídicas), de su efectividad en el plan de la vida institucional, condicionado que está por la mentalidad subyacente.

Es decir, el Derecho Administrativo post-revolucionario (de carácter formalmente liberal) no surgió insertado en una realidad ya totalmente transformada. Autores clásicos del Derecho Administrativo del siglo XX, como Jean Rivero, eran muy conscientes de dicha coyuntura. Con la revolución, los servicios administrativos del siglo XVIII se especializan cada vez más en tareas específicas y su organización pasa a adoptar un cierto “estilo militar” (centralizada, jerarquizada). Pese a la filosofía liberal, dichas actividades son ejercidas generalmente por la vía autoritaria; y, aunque sometidas a la legalidad son, en la práctica, poco definidas. Y una de las razones para esto es justamente el frágil desarrollo del Derecho Administrativo. La justicia administrativa especial ofrece pocas garantías al ciudadano (comparando con lo que hoy

se imagina posible). Sin embargo, el avance de los institutos de Derecho Administrativo acompaña la paulatina incorporación de dicha garantías y no lo opuesto. Si la administración francesa del año VII respondía a un régimen autoritario en el orden público y liberal en el orden económico, poco a poco dichos postulados se revertieron: el liberalismo fue para el orden político y la autoridad fue para el orden económico.¹³

No sería razonable desconsiderar que la Revolución Francesa representa un muy importante marco real y simbólico cuyas consecuencias liberales son innegables, a pesar de haber precedido y convivido con períodos de terror y de absolutismo (lo que, aparentemente, sería incomprensible si repasados sus postulados de libertad, igualdad y fraternidad). La influencia de dicho movimiento reflejó en el mundo contemporáneo de manera mucho más intensa que la Revolución Americana o la Revolución Gloriosa, en el sentido de diseminar ideas universales de libertad que requerían, incluso, una novedosa forma de administración pública (cuya implantación había sido intentada por Turgot), pero que fracasó por la resistencia conservadora.¹⁴

No es posible estar de acuerdo con las radicales conclusiones de Paulo Otero, cuando él propone que existe “uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*”.¹⁵ La interpretación que el autor confiere a algunas de sus fuentes referenciales para la sustentación de su hipótesis (sabidamente, André de Laubadère y Vasco D. P. da Silva) también carece de una visión alternativa.¹⁶ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva reconoce

¹³ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, trad. de Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra, Almedina, 1981, pp. 28-29.

¹⁴ HOBBSBAWN, Eric, *A era das revoluções: 1789-1848*, 9. ed., trad. de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, São Paulo, Paz e Terra, 1994, p. 71-74.

¹⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração ... op. cit.*, p. 275.

¹⁶ Entre las principales fuentes referenciales de Paulo Otero están las obras de André de Laubadère y de Vasco P. da Silva. Cfr. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de droit administratif*. 12. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, v. 1, p. 266 (el au-

que aunque haya existido una continuidad, esto no significa “plagio” –o sea, no existe identidad o una perfecta continuidad. Al mismo tiempo en que la Revolución Francesa “não fez tábua-rasa da realidade político-jurídica anterior”, es cierto que “ela introduziu profundas alterações e transformações no domínio administrativo”. Como afirma el autor, las instituciones recibidas desde el Antiguo Régimen serán encuadradas en el nuevo modelo. “O liberalismo político gerou, assim, um modelo de Administração original e típico”.¹⁷

A partir de un análisis de la posición original de André de Laubadère en su *Traité de Droit Administratif*, sin embargo, es posible extraer que el autor es muy claro al defender, contrariamente a la lectura efectuada por Paulo Otero, la inexistencia de dicha génesis autoritaria. Asimismo, Laubadère retrata expresamente de posicionamientos como el de Albert Venn Dicey (que critica el sistema francés en beneficio del anglosajón) por intermedio de los siguientes cuestionamientos: “Una dicha concepción [la francesa] no sacrificaría a los intereses y libertades del individuo? No sería antiliberal?”. Y en la secuencia contesta que no, que al revés, utilizando razones teóricas y pragmáticas para justificar su contrariedad.¹⁸ Antes, Gastón Jèze también criticó Dicey, que apoyado en la

tor cita específicamente la 11ª ed., 1990, p. 248). Y también cita: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, op. cit., p. 27.

¹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido... op. cit.*, p. 39.

¹⁸ “A priori, le système français est, de ce point de vue, de nature à susciter des craintes. L’existence d’un juge spécial et, par suite, d’un droit especial pour l’administration, ne signifie-t-elle pas privilège de juridiction el droit d’exception? Une telle conception ne sacrifie-t-elle pas les intérêts et les libertés de l’individu? N’est-elle pas antilibérale? Ce sont précisément ces craintes qui inspirent aux Anglo-Saxons leur prévention à l’encontre des notions de regime administratif, droit administratif, juge administratif. D’où les critiques adresses par certains auteurs anglo-saxons contre le système français (notamment Dicey, op. cit., ch. XII). Il est certain que la formule française aurait pu, à l’épreuve, s’orienter dans un sens antiliberal si nos tribunaux administratifs s’étaient consideres comme ayant avant tout pour mission de défendre et de

anglofilia de Tocqueville acreditaba ser el Derecho Administrativo francés equivalente a un “arbitrario administrativo” (olvidándose de las diversas características de autoridad/privilegio que existían igualmente en el *rule of law*, como la famosa regla de irresponsabilidad del rey – *The King can do no wrong*).¹⁹

No parece razonable suponer que la evolución promovida por el Consejo de Estado francés haya sido realizada en sentido contrario o independiente de la influencia de la Revolución francesa (para el bien y para el mal). Buscar una ruptura histórica entre los dos fenómenos, volviéndolos independientes es un intento sin gloria de una adecuada recuperación histórica, a partir de interpretaciones parciales. Asimismo, los franceses no se volvieron liberales del día para la noche. Ni siquiera su concepción de libertad, igualdad o fraternidad es la misma que para los individuos contemporáneos. Las palabras de las declaraciones pueden ser las mismas, pero su sentido ciertamente no lo es (véase el carácter –paradojal– arbitrario del concepto jacobino mismo de voluntad general). No es por otro motivo que la historia de las mentalidades siempre estuvo tan conectada a las estructuras mentales de larga duración (aunque se sepa hoy en día que dicha conexión no es imprescindible).

Tampoco es por otro motivo que los historiadores del Derecho son tan críticos en relación a la búsqueda por comparaciones directas entre el sentido de los institutos jurídicos existentes en el pasado y su comprensión contemporánea.²⁰ Con excepción del

développer les prérogatives de l'administration. Mais on ne peut pas dire qu'il en ait été ainsi. La jurisprudence du Conseil d'Etat, en particulier, a su concilier les exigences de l'action administrative avec les libertés individuelles.” E, em nota de rodapé continua: “C'est surtout, on de verra, em ce qui concerne le fondement de la responsabilité que la jurisprudence française se montre hardie et libérale.” Cf.: LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, Huitième Édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, v. I, 1980, p. 408.

¹⁹ JÈZE, Gaston, *Los principios generales del derecho administrativo*, Madrid, Reus, 1928, p. 29.

²⁰ Sobre el tema ver los comentarios referentes a las premisas de un abordaje histórico del Derecho elaboradas por Ricardo M. Fonseca. Cfr. FONSECA,

punto de vista simbólico (que no deja de ser importante), cualquier relación de identidad de sentido entre el “interés público” del siglo XIX y aquel presente en realidades posteriores (como la realidad brasileña posterior a la Constitución de 1988) configura un anacronismo historiográfico. El propio intento de identificar el sentido del “dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos” con la teoría de la prevalencia de la voluntad general revolucionaria es un grave equívoco.²¹ Aun, el propio sentido del interés público liberal construido en el siglo XIX con base en la autonomía privada (y que suplantó la tesis de la voluntad general) revela una fundamentación radicalmente diversa de la supremacía del interés público como un principio del régimen jurídico administrativo típico del Estado de bienestar social del final del siglo XX.

Basta verificar que Jèze subraya justamente el grande paso evolutivo del Derecho Administrativo (para una disciplina fundamentada en principios generales basados en la teoría del servicio público) como un momento de superación del momento arbitrario consistente en la interpretación privatista de institutos típicamente relacionados a la actividad público-estatal (hermenéutica, según el autor, resultante de la predominancia del pensamiento de Lafèrriere y de su importancia como miembro y presidente del Consejo de Estado Francés). Por más paradójico que suene, tesis como la que distingue actos de imperio y actos de gestión, o que proclamaban la irresponsabilidad del Estado, eran construidas a partir de un lenguaje y racionalidad del Derecho privado.²²

Ricardo Marcelo, *Modernidade e contrato do trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, LTr, 2002, p. 25.

²¹ Binenbojm defiende textualmente que “o velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia”. Cfr. BINENBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade ... op. cit.*, p. 123.

²² “(...) los juristas imbuidos de ideas civilistas, imperturbables, imaginaban ya ficciones, ya excepciones a sus pretendidas reglas generales sacadas del

El procedimiento de búsqueda de una “génesis autoritaria” identificada en los hechos ocurridos en el pasaje del siglo XVIII para el siglo XIX, además de revelar una visión bastante restrictiva de los acontecimientos del período, conduce a un análisis teórico poco consistente, principalmente cuando proclama una falta de liberación del carácter autoritario, que estaría presente hasta los días de hoy, como se hubiera un vínculo histórico linear entre aquel pasado y este presente.

Obviamente que existen vínculos y influencias recíprocas entre el pasado y el presente; sin embargo, su conexión no se opera de forma sencilla y directa. El hecho es que esto parece bastante conveniente para sostener algunas tesis actuales la identificación de dichas “raíces históricas”. Es típico de la racionalidad occidental del siglo XX, y más aún del siglo XXI (más evidentes después de la influencia positivista), el intento perenne de ver el presente siempre como más democrático y evolucionado que el pasado, augurando un futuro aún más promisor (desde que hecha la debida revisión en el pensamiento constituido en los términos de las teorías revisionistas). La propia palabra “cambio” adquirió un sentido fuertemente y simbólicamente positivo.

Escapando de un análisis fático-historicista (en general simplificador) rumbo a una verificación histórica a partir de las mentalidades, no parece ser creíble negar que el rompimiento fundamental en el paradigma de Derecho Administrativo ocurre por intermedio de la superación del Antiguo Régimen. Y esto pasa porque el fundamento de la prevalencia de la verticalidad del poder del rey no encuentra contrapartida. El interés público pautado en la voluntad general (y en la soberanía popular) tiene una característica original y radicalmente distinta que es *la sujeción*

Derecho civil. Los más concienzudos completaban los términos del Derecho civil por adjetivos, por epítetos desinados a hacer ver que las cosas no pasaban idénticamente en Derecho privado y en Derecho público. Así se habla hoy todavía de contrato administrativo, de mandato de Derecho público, de tutela administrativa, de propiedad pública, de derechos de potencia pública, del estado de minoridad de los Municipios y establecimientos públicos, etc.” Cfr. JÈZE, Gaston, *Los principios generales del derecho administrativo... op. cit.*, p. 25.

como contrapartida de la prerrogativa. Es decir, el Estado puede más que los individuos solamente porque, por otro lado, el Estado puede menos (debido a su sumisión a la voluntad del pueblo). Aunque, de hecho, el mundo haya vivido muchos años (quizás siglos) de una actuación todavía arbitraria de los Poderes Públicos, el cambio de la “representación” y del sentido de poder no pueden ser ignorados o rechazados, pues fue por intermedio de ellos que se ha vuelto posible la construcción de un nuevo fundamento de legitimidad al Derecho público. En el siglo XVIII, las típicas situaciones de carencia democrática eran fruto de un tiempo propio, cuyas mutaciones convivían con permanencias culturales reaccionarias.

Situación análoga, por ejemplo, ocurrió en la Revolución Bolchevique. Por cierto, la sociedad rusa no fue dormir aristocrática y se despertó comunista en 1917. Al revés, la incrementación totalitaria pasada en la secuencia de la “revolución socialista” encontró terreno extremadamente fértil en una sociedad cuyos pilares culturales estamentales eran aún consistentes.²³ Y la caída del muro de Berlín ha venido a demostrar lo cuanto la retroalimentación totalitaria de dicha mentalidad no-liberal todavía es perceptible, aún mismo en un régimen formalmente democrático.

La historia constitucional inglesa y americana resalta la disparidad entre los resultados esperados de la Constitución y los pretendidos principios básicos en ella contenidos por influjo de la coyuntura que les sirvió de base cultural. En la Inglaterra de los siglos XVIII y XIX, el ejercicio del poder fácilmente se volvía represivo, aunque en el cuadro del *rule of law*, pues el hecho es que no existía un efectivo poder institucional que pudiera controlar el Parlamento, principalmente cuando este actuaba a mando del rey (y ni siquiera la mentalidad de los ingleses había consolidado un

²³ La literatura política de fondo histórico de Dostoiévski ilustra de forma impar la mentalidad típica de la sociedad rusa en fines del siglo XIX, cuya paradójica burocracia estamental aún marcadamente feudal consistió una base apropiada para el surgimiento del Estado totalitario socialista y de la propia sociedad así estructurada. Cfr. DOSTOIÉVSKI, Fiodor, *Os Demônios*, trad. de Paulo Bezerra, São Paulo, Editora 34, 2004.

sistema de derechos inalienables, sin embargo de la vitoria en la esfera de las ideas de dicho concepto).²⁴

En los Estados Unidos del final del siglo XVIII la idea predominante sobre la representación política tenía por base el “axioma británico segundo o qual é a propriedade que confere ao homem o direito de fazer-se representar”. Es decir “a propriedade é a regra de representação” e no la efectiva soberanía popular, sin embargo de la retórica que involucró la formación del sistema constitucional estadounidense.²⁵ Es justamente este hecho que llevó a los defensores del *New Deal* la promoción de una fuerte crítica al sistema de *common law*, por ser un “mecanismo de insulamento da distribuição de riqueza e de benefícios legais em relação ao controle coletivo”. Según Cass Sunstein, dicha visión denunciaba que el “catálogo de direitos do *common law* incluía, ao mesmo tempo, muito e muito pouco – uma excessiva proteção do interesse estabelecido dos proprietários e uma proteção insuficiente dos interesses dos pobres, idosos e desempregados”.²⁶

¿Y Brasil? Desde la Constitución de 1824 existe una Carta de Derechos, siendo luego reforzados por la proclamación de la República. Derechos obviamente consagrados únicamente en el plano formal y que conviven con una práctica esencialmente centralizadora y no democrática, además de fuertemente patrimonialista.²⁷ ¿Será que esto vuelve el régimen jurídico del período un

²⁴ DIPPPEL, Horst, *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*, trad. de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 123.

²⁵ DIPPPEL, Horst, *História do constitucionalismo moderno... op. cit.*, p. 87.

²⁶ SUNSTEIN, Cass. R., *O constitucionalismo após o New Deal*, in MATTOS, Paulo; et al. (coords.), *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, trad. de Jean Paul Cabral Veiga da Rocha, São Paulo, Editora 34, 2004, p. 132.

²⁷ En realidad, en términos de su estructuración político-administrativa el Brasil monárquico vivenció una mutación constante de movimientos centralizadores y descentralizadores, obviamente con prevalencia de los primeros, y no de forma pacífica. Este, se subraye, fue uno de los principales temas de debate político en el período posterior a 1860, con destaque a la interesante controversia entre las posiciones del Visconde de Uruguai y del diputado Aureliano

modelo autoritario? Si comparado con el régimen jurídico-constitucional contemporáneo, sin ninguna duda. Si considerado el tiempo histórico de su reconocimiento, ciertamente que no. Sería un anacronismo imaginar que la Constitución de 1824 fue esencialmente autoritaria, aunque considerada la existencia del poder moderador. De la misma forma es un anacronismo imaginar que la experiencia autoritaria con la cual convivió el Derecho administrativo en sus primeros pasos realmente lo marque como un instrumento normativo esencialmente autoritario. No es por otra razón que Jean Rivero afirma que “a obra do ano VII só toma o seu relevo quanto confrontada com as tradições em relação às quais teve que tomar posição: a do *Anciën Regime* e da Revolução”.²⁸ Lo mismo ocurre con la historia del constitucionalismo inglés y estadounidense. Sus experiencias arbitrarias o no-democráticas típicamente consideradas no desabonan los créditos inherentes al avance que su teoría constitucional trajo para el paradigma occidental de orientación ideológica. Avances incidentes sobre el pasado y que contra él se ponen, aunque bastante incipientes en relación a las potencialidades que construyeron para el futuro dos Derechos Humanos.

El camino de desarrollo de los institutos del Derecho Administrativo destaca, sea por intermedio de la doctrina (que siempre fue concomitante y hasta precedente a la jurisprudencia del contencioso administrativo, influyéndola),²⁹ sea por la propia jurisprudencia (con destaque al Consejo de Estado francés), un me-

Cândido Tavares Bastos. Sobre el tema, conferir: FERREIRA, Gabriela Nunes, *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde de Uruguai*, São Paulo, Editora 34, 1999.

²⁸ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo... op. cit.*, p. 26.

²⁹ Para confirmar dicha afirmación, basta una breve lectura de los trabajos del Visconde do Uruguai, colmatando las impresiones retiradas del repertorio de decisiones del Consejo de Estado Francés con la amplia doctrina administrativista concomitante, siempre analítica y crítica del sistema del contencioso administrativo y de su relación con los derechos de los individuos ante los intereses del Estado. Cfr. URUGUAI, Visconde do, *Ensaio sobre o direito administrativo*, in CARVALHO, José Murilo de (org.), *Visconde do Uruguai*, São Paulo, Editora 34, 2002.

dio de resistencia ante la realidad predominantemente adversa. Sabino Cassese identifica que la incrementación de la estructura del nuevo Estado que surge en la transición para el siglo XIX, su correspondiente legislación administrativa y la reordenación promovida por el *Conseil d'Etat* no serían suficiente para el “despliegue” del Derecho Administrativo si no fuera acompañada por la producción de un grupo que denomina de *efforts d'inventaire*, un notable cuerpo de operadores del Derecho, profesores y juristas que se dedicaron al tema.³⁰

Esta es una importante demostración de la histórica lucha entre la esfera de las ideas y la esfera de las mentalidades, del conflicto que define las instituciones. Así, ver en el origen de los “institutos administrativos” –el pensamiento, la ciencia, las representaciones– un rancio autoritario es un equívoco flagrante. Los temas del servicio público y de la responsabilidad civil del Estado son ejemplos ilustrativos del intento de realizarse un vuelco de los estándares típicos del Antiguo Régimen; el énfasis en la temática del control del “exceso de poder” es la demostración más significativa de dicho fenómeno, que produjo una influencia directa en Brasil desde el período monárquico.³¹

Sin embargo, esto jamás irá significar que la Francia del siglo XIX llegó a ser algo cerca de un Estado de Derecho en los contornos en que hoy es establecido en términos de libertad, igualdad y seguridad jurídica (lo mismo ocurre con los Estados Unidos, Inglaterra y, aún más obviamente, Brasil). El Derecho Administrativo es muy reciente, lentamente ha tomado forma en el siglo XIX, y consolidándose solamente en su último cuartel.³² Por este motivo es que autores como Romeu Felipe Bacellar Filho se niegan a establecer una fecha para el “nacimiento” del Derecho Ad-

³⁰ CASSESE, Sabino, *La costruzione del diritto amministrativo... op. cit.*, p. 13.

³¹ Sobre el tema son interesantes las consideraciones del Visconde do Uruguai, acogiendo la doctrina francesa con algunas palabras que podrían ser expresadas en los días de hoy sin ninguna reparación, como se observa del tópico “exceso de poder e ilegalidad”. Cfr. URUGUAI, Visconde do, *Ensaio sobre o direito administrativo, op. cit.*, p. 145.

³² RIVERO, Jean, *Direito Administrativo... op. cit.*, p. 30.

ministrativo, mencionando no las leyes revolucionarias, sino el célebre fallo Blanco.³³

El argumento de que el Derecho Administrativo no conllevaría a garantías porque no se ha originado del Parlamento, sino de los tribunales, produce un equívoco de interpretación, como ya atestado. Autores como Paulo Otero parecen estar equivocados cuando proponen que existe un origen unívoco (jurisprudencial), como si el Consejo de Estado no fuera fruto de su tiempo y de las demandas contenidas en él (y, por lo tanto, del avance del espíritu lleno de garantías, típicamente revolucionario). Dicha interpretación, de forma históricamente insubsistente, limita la posibilidad del “garantismo” al derecho judicializado por el contencioso, exaltando el hecho de que los revolucionarios eran contra la sumisión de los actos administrativos a los magistrados simplemente porque querían “impedir que o espírito de hostilidade reinantes últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de acção das autoridades administrativas revolucionárias”.³⁴ Es una visión reduccionista del movimiento, seguramente más complejo de lo que propone su retrato a partir de una lectura desde las intenciones o de las voluntades.

No se niega que, efectivamente, los revolucionarios en general (burguesía, jacobinos, y también liberales partidarios del rey) manifestaban fuerte hostilidad a los tribunales judiciales, cuyo origen aristocrático-medieval era fuertemente contrario al espíritu moderno. Esto no significa, empero, que su posición era más o menos “garantística” porque pretendía que la Administración juzgara ella propia. Como señala Laubadère, en realidad, cuando el juez común “es llamado a conocer del contencioso administrativo, se muestra en general menos corajoso que el juez administrativo, en la censura jurídica de los actos de la administración”.³⁵

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, p. 34.

³⁴ OTERO, Paulo, *Legalidade e administração ... op. cit.*, p 275.

³⁵ “(...) Il est appelé à connaître du contentieux administratif, se montre en général moins hardi que le juge administratif, dans la censure juridique des

Dicha situación hace caer por tierra cualquier interpretación de que el alejamiento de la justicia común era un medio de ampliación del arbitrio del Poder Público y/o reducción de las garantías individuales. Además, la creación de la justicia especializada no era solamente una estrategia política de la cúpula revolucionaria, para ampliar su acción administrativa. En realidad, evidencia un cambio resultante de un fuerte apelo popular (lo que en una visión moderna puede parecer paradójico, pero que a partir de un análisis histórico no anacrónico de la jurisdicción administrativa y del principio de la separación de poderes parece perfectamente comprensible).

actes de l'administration". Cfr. LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif...* op. cit., p. 405.

