

## EL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO Y SU INCIDENCIA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PÚBLICO INTERNO

**Guido Santiago Tawil**

*Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Buenos Aires*

### RESUMEN:

En su trabajo publicado en 1991, el Profesor Tawil examina la incidencia que el estudio del derecho comparado ha tenido en el desarrollo del derecho público en naciones jóvenes como la Argentina, la importancia que ese conocimiento y el de los fenómenos políticos que los rodearon reviste para el desarrollo del propio derecho nacional y los riesgos que su conocimiento parcial puede traer aparejados. Este trabajo, anterior a importantes estudios sobre el derecho administrativo global publicados en los últimos años, denota los cuestionamientos que una visión eminentemente localista del derecho público ya generaba en algunos ámbitos.

**Palabras clave:** El estudio comparativo del derecho y su trascendencia en el derecho interno – Utilidad que reviste para el profesor y el abogado – Obstáculos y riesgos que presenta la labor del comparatista – La inclusión del estudio del derecho público comparado en los planes de enseñanza universitaria.

### ABSTRACT:

In his 1991 contribution, Professor Tawil examines the influence of comparative law in the development of public law in young nations as Argentina, the relevance that such knowledge and of the political circumstances that gave birth to them assume in the development of national law and the risks associated to partial constructions of them. This article, precedent in time to the relevant contributions on a global administrative law published in recent years, evidences the criticism that a localist view of public law already generated in certain academic circles.

**Keywords:** The comparative study of law and its relevance in domestic law – Its impact among professors and counsel – Hurdles and risks that comparatists must overcome – The inclusion of comparative public law in law schools curricula.



## ***El estudio del derecho comparado y su incidencia en el desarrollo del derecho público interno\****

“La comparación es un simple instrumento de la comprensión. No hay efectivo conocimiento que no sea comparativo. Pero no hay efectiva comparación que no sea comprensiva. En un reciente diccionario de sinónimos, la palabra *comprender* se caracteriza por ser una de las más generosamente dotadas de voces gemelas en lengua castellana. El derecho que no comprende, ni sabe ni aprende. Comprender, decía el poeta, es, en último término, advertir lo bello de lo vulgar, y no lo vulgar de lo bello”. (Eduardo J. Couture, discurso de apertura como decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo en “*Jornadas de Derecho Comparado*. Septiembre-octubre 1954”. Publicación del Centro de Estudios de Derecho Comparado, Montevideo, 1955, p. 38).

### **1. EL ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO PÚBLICO Y SU TRANSCENDENCIA PARA EL DERECHO INTERNO.**

Considerado como un producto peculiar de la historia de cada pueblo, el derecho administrativo conservó durante largas décadas un carácter estrictamente nacional<sup>1</sup>. La constante evolución de esta rama del derecho y la creciente influencia de otros sistemas en la estructura administrativa interna de las distintas naciones –visible, por ejemplo, en la recepción de instituciones tales como el Consejo de Estado en Italia, Grecia, Portugal o Bélgica; del *ombudsman* escandinavo en Francia, Gran Bretaña o Italia y en la codificación del procedimiento administrativo en Austria, Estados Unidos, España, Alemania o la Argentina– modificaron, empero, en alguna medida esa visión, aun en países con un derecho administrativo fuertemente desarrollado sobre acontecimientos históricos propios como Francia.

En algunas naciones jóvenes como la Argentina, la influencia del derecho público extranjero resultó notable hace ya largos años. Por ello, y quizá como culminación del proceso iniciado en ciertos Estados europeos a mediados del siglo XIX con la aparición de la materia “Legislación Comparada” y la creación de las primeras sociedades dedicadas a su estudio<sup>2</sup>, las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires tuvieron hace ya más de ocho décadas la feliz iniciativa de incluir al “Derecho Administrativo Comparado” como asignatura autónoma dentro de los planes de enseñanza universitaria correspondientes al séptimo año (doctorado)<sup>3</sup>.

Lamentablemente, sin conocerse bien por qué, el estudio orgánico del derecho administrativo comparado fue perdiendo interés entre nuestros especialistas, más allá de

\* El presente trabajo está dedicado a los profesores Jean Rivero y Bernard Schwartz, eximios juristas y auténticos maestros en el estudio y la enseñanza del derecho administrativo comparado.

1 Sabino Cassese, *L'étude comparé du droit administratif en Italie*, “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), t. 4, p. 879.

2 Como la “Sociedad de Legislación Comparada”, creada en Francia, en 1869, a la cual hace referencia el profesor René David en su clásica obra titulada *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (Derecho Comparado)*, trad. de la 2ª ed. francesa, Aguilar, Madrid, 1969, p. 4.

3 “Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, I, 2ª serie (1911), ps. 650 y 651, citado por Rafael Bielsa en *El estudio del derecho comparado en la enseñanza del derecho público interno (ideas generales)*, en *Estudios de Derecho Público. Derecho Administrativo*, I, 2ª ed., Depalma, 1950, p. 54.

esfuerzos aislados tendientes a restituir al estudio de esta rama de la ciencia jurídica a su anterior universalismo.

Dos acontecimientos recientes, uno extranjero (la jornada de estudio sobre el tema del “Derecho Administrativo Comparado”, celebrada en la ciudad de París el 26 de abril de 1989 bajo el auspicio del *Centre Français de Droit Comparé*)<sup>4</sup> y otro nacional (la reciente introducción de la materia “Derecho Administrativo Comparado” en el curso de posgrado en derecho administrativo a dictarse a partir del corriente año en la Universidad Austral) nos han convencido de la necesidad de reflexionar brevemente sobre este problema a fin de colaborar en la rectificación de esta peligrosa tendencia.

Varias son, en este sentido, las razones que justifican en la actualidad de modo especial un estudio comparativo del derecho administrativo, sin que resulte óbice para ello el escaso número de cursos específicos existentes sobre esta materia –en contraposición a la lógica proliferación de aquellos referidos al derecho comunitario europeo–, aun en países tan avanzados como Francia<sup>5</sup> o Alemania<sup>6</sup>. Basta recordar, por el momento, dos factores históricos destacados recientemente en el primero de esos países por el consejero de Estado Braibant<sup>7</sup>: la utilidad que reviste el derecho comparado en las relaciones comerciales y financieras internacionales y la estrecha conexión existente entre el derecho administrativo y la organización política de los distintos Estados.

En esas condiciones, algunos autores se han preguntado si el estudio comparativo del derecho público debe efectuarse con la misma intensidad que en el derecho privado.

La respuesta a este interrogante no parece sencilla. En efecto, a pesar de la escasa atención que le han prestado tradicionalmente algunos especialistas<sup>8</sup>, no cabe duda de que –como bien apuntaba Bielsa<sup>9</sup>– él reviste al menos una relevancia similar que la del derecho privado. Establecer un orden de prelación en cuanto a la importancia del estudio comparativo de una u otra área del conocimiento jurídico no tendría, sin embargo, verdadero sentido en tanto ello llevaría implícito un juicio de valor, eminentemente subjetivo, y como tal variable según el origen y las preferencias personales de quien emite la opinión.

Lo cierto es que la importancia atribuida en la actualidad al conocimiento de la organización del Estado y sus relaciones con los habitantes –acentuada por la gran interconexión existente en el mundo contemporáneo, especialmente visible en los procesos de integración en curso– exige un conocimiento profundo y actualizado de los movimientos y fenómenos jurídicos que se reproducen en otras naciones. De allí que en escasas materias se haya recurrido con tal intensidad al examen comparativo del derecho extranjero como en el área constitucional. Así lo prueba, por ejemplo, la trascendencia atribuida tradicionalmente por nuestra Corte Suprema a la jurisprudencia norteamericana en la interpretación de la Constitución argentina, esculpida sobre el modelo estadounidense de 1787<sup>10</sup>.

4 Ver, al respecto, la “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), t. 4, ps. 849 y ss.

5 Ver, al respecto, Yves Gaudemet, *Le droit administratif en France*, en *Le droit administratif comparé*, “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), vol. 4, ps. 899 y ss.

6 Ver, en este sentido, Rainer Arnold, *Le droit administratif comparé dans l'enseignement et la recherche en Allemagne*, “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), vol. 4, ps. 854 y ss.

7 Guy Braibant, *Introduction*, en *Le droit administratif comparé*, “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), vol. 4, p. 849.

8 Ver, al respecto, las críticas formuladas por Rivero (*Le droit administratif en droit comparé: rapport final*, en “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), vol. 4, p. 920) a ciertas afirmaciones efectuadas en este sentido por el profesor René David en la sexta edición francesa de su obra *Los grandes sistemas...*, posteriormente suprimidas a sugerencia del profesor Rivero.

9 Bielsa, *El estudio del derecho comparado* [...], ob. cit., p. 41.

10 Ver, así, lo expresado por nuestra Corte Suprema ya en el mes de junio de 1865 en el recordado caso de que da cuenta “Fallos”, 2-36.

Estudiar derecho comparado (público o privado) no significa, empero, como erróneamente se podría suponer, adoptar en forma mecánica las soluciones impuestas frente a determinados problemas en otras latitudes. Implica, muy por el contrario, conocer los problemas y las respuestas propuestas para contrarrestarlos a fin de poder implementar aquellas que –compatibles tanto con nuestro ordenamiento jurídico como con nuestra idiosincrasia– resulten más apropiadas. Basta advertir al respecto la influencia atribuida tradicionalmente al derecho comparado ya en la redacción de las leyes de Solón y de las Doce Tablas<sup>11</sup>.

En esas condiciones, frecuente ha resultado el cotejo de la función del comparatista con la del historiador del derecho<sup>12</sup>. Se ha dicho, así, que mientras este último examina la evolución del derecho a través del tiempo, el comparatista se propone examinar el derecho existente a su alrededor, haciendo éste, en la simultaneidad de los tiempos, lo que la historia hace en la sucesión de ellos<sup>13</sup>. De ese modo, el estudio comparativo del derecho proporcionaría –al igual que la historia– la perspectiva necesaria para percibir adecuadamente las líneas maestras de la ciencia jurídica.

Se comparta o no semejante paralelismo, no cabe duda de que el examen del derecho comparado se presenta como un elemento o aporte auxiliar de singular trascendencia para un mejor conocimiento del derecho, aunque no como un fin en sí mismo<sup>14</sup>. Se trata, en definitiva, como bien señalaba el profesor Couture<sup>15</sup>, de un simple instrumento de la comprensión en tanto no hay, ni puede haber, efectivo conocimiento que no sea comparativo, ni efectiva comparación que no sea comprensiva.

## 2. LA UTILIDAD QUE PRESENTA EL EXAMEN COMPARATIVO DEL DERECHO PÚBLICO PARA EL PROFESOR Y EL ABOGADO.

El carácter instrumental que reviste el estudio comparativo del derecho no debe llevar, empero, a una subestimación de sus implicancias académicas y profesionales en la aplicación de la ciencia jurídica y, en particular, del derecho administrativo.

En efecto, no hay duda de que difícilmente pueda un profesor sentirse satisfecho en nuestros días –tal como lo afirmaba Martínez Paz hace ya más de cuatro déca-

---

11 Ver, así, la obra del profesor René David titulada *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (derecho comparado)*, ob. cit., p. 3, y lo expresado por el profesor italiano Mario Sarfatti en su conocida obra *Introducción al estudio del derecho comparado*, trad. española, Imprenta Universitaria, México, 1945, ps. 2 y ss.

12 Ver, así, Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde y Martin Wolff, *Traité de droit comparé*, I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 14.

13 Sarfatti, *Introducción...*, ob. cit., p. 8.

14 Bielsa, *El estudio del derecho comparado...*, ob. cit., p. 60.

15 Couture, en “Jornadas de Derecho Comparado”, ob. cit., ps. 38 y ss., quien agregaba que “la comprensión sucede al conocimiento primario, pero precede al conocimiento plenario. No podemos comprender sin conocer algo; pero no podremos nunca conocer todo sin haberlo comprendido en sus esencias. El derecho comparado es un instrumento de comprensión de los pueblos, porque el derecho es la historia escrita de un pueblo. Es posible que al lado de sus leyes, que son conducta prevista, se hayan desenvuelto otras conductas efectivamente vividas. Las sentencias de los jueces no siempre dicen lo que las leyes pronostican, ni toda la conducta de los ciudadanos se rige por las sentencias de los jueces. Pero ¡cuántas veces las leyes de un pueblo nos revelan sus estados de conciencia, sus anhelos y sus desfallecimientos! Por la misma razón por la cual conocer la ley no es comprender la ley, podemos admitir que conocer el derecho de un pueblo no significa comprender ese pueblo. Pero si algún día de nuestra vida podemos llegar a comprender las leyes de un pueblo, podemos tener cierta esperanza de llegar, con un poco más de esfuerzo, a comprender al pueblo mismo”.

das<sup>16</sup>— con una simple crítica sistemática o racional de una institución. Él necesita, por cierto, recurrir al auxilio de instituciones similares de otros pueblos de su misma cultura, descubrir los fines que persigue y apreciar sus propias leyes en función de ellos.

Así entendido, el estudio del derecho comparado importa una ampliación significativa del horizonte jurídico de los especialistas. Sólo de ese modo se podría llegar a comprender el creciente interés que despierta entre los juristas del *common law* el examen del derecho continental —visible ya en las recordadas obras de Kent y Story—, y viceversa. O, ya en el campo del derecho administrativo, por ejemplo, la importancia atribuida en Alemania al estudio del derecho administrativo francés tras los esfuerzos de Otto Mayer, prolongados en la doctrina contemporánea en obras de la valía del reciente *Derecho administrativo europeo* publicado durante el año 1988 por el profesor Jurgen Schwarze.

No cabe duda, sin embargo, de que los términos “comparatista” o “derecho comparado” han sido utilizados en numerosas ocasiones en forma un tanto ampulosa —o cuando menos imprecisa—, y que a ese vicio no ha sido ajeno siquiera quien esboza estas palabras. En efecto, bien se puede afirmar que si la investigación se limita a una aproximación del derecho interno con alguna legislación extranjera a los fines de una eventual reforma o de una interpretación más precisa de la ley, ella debe considerarse propia del campo del derecho interno, más allá de la visión amplia que ese enfoque denote.

El examen comparativo exige, al contrario, y aún en el limitado campo de las normas, penetrar el origen histórico de la institución examinada en las distintas legislaciones y el estudio de su evolución —para lo cual resulta necesario conocer tanto el ambiente jurídico que se pretende indagar como la recepción que la institución ha tenido en la jurisprudencia y doctrina—, a fin de extraer una línea directiva en la cual se hayan tenido en cuenta tanto las analogías como las diversidades recíprocas<sup>17</sup>. Por ello se ha dicho que no es sólo la ley, sino el conjunto de las fuentes del derecho, las que constituyen el objeto de estudio del derecho comparado<sup>18</sup>.

Hemos afirmado anteriormente que el estudio del derecho comparado no debe limitarse al mero conocimiento de la legislación extranjera, ni a la simple unificación o yuxtaposición de las fórmulas jurídicas, más allá de la utilidad que esta actividad podría eventualmente suponer. Ello es así, pues la labor del comparatista —caracterizada por el examen crítico de los distintos sistemas existentes— exige en importante medida no sólo observación y descubrimiento, sino también acción en cuanto en su labor el jurista debe intentar precisar los principios comunes a los distintos sistemas.

En este aspecto, no resulta posible desconocer que algunos objetivos perseguidos originariamente por los comparatistas, como el perfeccionamiento de la legislación y la armonización de los distintos sistemas jurídicos en la búsqueda de la unificación inter-

---

16 Enrique Martínez Paz, *El Derecho comparado como dogmática jurídica*, Imprenta de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1946, p. 14.

17 Sarfatti, *Introducción...*, ob. cit., ps. 200 y ss., quien señala que “quien se ciñe a un estudio de derecho interno y quiere solamente extender su mirada a las correspondientes leyes extranjeras e incluso alguna vez a ciertas sentencias del género, es siempre un cultivador del propio derecho nacional, al que se reconocerá el mérito de no ser sordo a las voces de fuera; pero es distinto al hábito científico de quien escoge ordinariamente un determinado conjunto jurídico para penetrar en él y darse cuenta exacta del mismo con la finalidad última, ya indicada, de extraer las respectivas analogías y diferencias. El resultado de los estudios así conducidos, podrá también contraponerlo exclusivamente al propio derecho nacional, pero habrá hecho ya un estudio científico comparativo con sólo poner en evidencia especial las relaciones de la ley nacional con las conclusiones obtenidas, porque esta indagación comparativa será ya fruto de una investigación verdaderamente científica”.

18 René Rodière, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, Paris, 1979, p. 4.

nacional del derecho<sup>19</sup>, se han visto desplazados parcialmente –jamás en su totalidad, como parecen demostrarlo los actuales procesos de integración– por el propósito más modesto de permitir la comprensión mutua entre las distintas naciones<sup>20</sup> y los puntos de vista imperantes en ellas, a fin de organizar así, “en la esfera jurídica, la coexistencia pacífica y, si ello es posible, armónica que constituye la *conditio sine qua non* para el mantenimiento y progreso de nuestra civilización”<sup>21</sup>.

De igual modo, no se puede dejar de advertir que el estudio del derecho comparado facilita una mejor comprensión del derecho nacional. Ello es así, pues, como bien afirma el profesor David<sup>22</sup>, su ejercicio permite poner de relieve el carácter contingente o accidental de ciertas normas o instituciones a las cuales, de no ser por la comparación, estaríamos tentados de atribuir un carácter necesario o permanente. Posibilita, además, un planteamiento más adecuado de ciertos problemas y una valoración más apropiada de las instituciones nacionales a fin de deducir el camino para orientar las reformas<sup>23</sup>. De ese modo sirve, en importante medida, para mejorar la ley nacional y buscar explicaciones posibles para algunas imprecisiones existentes en el derecho local.

En la comprensión de que un examen comparativo del derecho público puede resultar tanto una fuente saludable de respuestas como de fecunda innovación, hemos cuestionado hace ya algún tiempo ciertos errores cometidos, a nuestro juicio, por ejemplo, en el contencioso-administrativo argentino<sup>24</sup>. No, por supuesto, por haberse recurrido a modelos extranjeros que pueden generar una razonable admiración intelectual en ese tiempo y circunstancias<sup>25</sup> –como ocurrió en el orden provincial con la ley española del 13 de setiembre de 1888–, sino por no haber advertido debidamente el legislador argentino la incompatibilidad de algunas de las soluciones propuestas en aquellos con un sistema judicialista de unidad de jurisdicción como el adoptado por nuestros constituyentes.

En efecto, si bien las ideas extranjeras constituyen una fuente de inspiración innegable de innumerables principios e instituciones del derecho administrativo contemporáneo<sup>26</sup>, no se trata, por cierto, de trasplantarlas artificialmente sino, al contrario, de conocerlas, examinarlas y aprender de ellas a fin de tomar lo positivo y desechar aquellas concepciones ajenas o inconvenientes para nuestro sistema jurídico. En este aspecto no se puede olvidar que –como bien se ha señalado– el apego a seguir los mode-

---

19 Ver, así, Sarfatti, *Introducción...*, ob. cit., ps. 215 y ss., y Rodière, *Introduction...*, ob. cit., ps. 82 y ss.

20 Rodière, *Introduction* [...], ob. cit., p. 1.

21 David, *Los grandes sistemas* [...], ob. cit., p. 8.

22 David, *Los grandes sistemas* [...], ob. cit., p. 9.

23 Ver, en igual sentido, Braibant, *Introduction* [...], ob. cit., p. 850 (*Une bonne connaissance du droit des administrations étrangères, notamment des pays voisins et de civilisation comparable, est également très utile pour la conduite des réformes administratives nationales. C'est à la fois un bon moyen de mieux comprendre sa propre administration et ses originalités, et de l'améliorer*), y Gaudemet, *Le droit administratif* [...], ob. cit., p. 903 (*Tous les comparatistes le savent: la fonction du droit comparé est double, connaissance des systèmes étrangers, renouveau de la réflexion sur son propre système national*).

24 Ver, así, Guido Santiago Tawil, *El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso-administrativo provincial argentino*, revista “La Ley”, Buenos Aires, 1988-A-1127, y *Administración y Justicia (Examen y reflexiones en torno al alcance del control judicial de la actividad administrativa)*, 3 vols., tesis doctoral, Buenos Aires, 1991, inédita (Nota del editor: Esta obra fue publicada en 1993 por Depalma, Buenos Aires, en dos volúmenes).

25 Ver, así, lo expuesto por el profesor Cassese (*L'étude comparé* [...], ob. cit., ps. 880 y ss.) respecto a la cambiante influencia ejercida durante este siglo en Italia por los modelos francés, alemán, inglés y norteamericano.

26 Ver, al respecto, John Bell, *Le droit administratif comparé au Royaume-Uni*, “Revue Internationale de Droit Comparé” (octubre-diciembre 1989), vol. 4, p. 887).

los legales extranjeros sin adentrarse en sus antecedentes y prescindiendo del tamiz jurisprudencial allí presente, resta valor a la experiencia que ellos ofrecen<sup>27</sup>. Lo propio se debe afirmar, sin duda, respecto a la necesidad de conocer las razones históricas o políticas que llevaron a la creación de las diversas instituciones<sup>28</sup>, habida cuenta de que –como bien acotaba el profesor Bielsa<sup>29</sup>– “todo lo que es trasplante artificial, por vivo que sea lo trasplantado, está condenado a perecer”. Lo esencial resulta, en definitiva, mantener la unidad del sistema y, en ese sentido, el derecho comparado excede largamente el simple propósito de absorber o imitar a los sistemas jurídicos extranjeros por mejores o más efectivos que ellos resulten.

Desde esa óptica parece imprescindible desechar una idea sustentada por algunos de nuestros especialistas: que el estudio del derecho extranjero puede afectar de algún modo el progreso de las instituciones locales, conspirando contra la determinación de lo que es o debería ser el derecho público patrio. Basta recordar al respecto las palabras vertidas por Alberto M. Justo hace ya más de medio siglo<sup>30</sup>.

A ello cabe agregar las serias resistencias que suscita, frente a los procesos políticos y económicos predominantes en el mundo contemporáneo (fin de la “guerra fría”, incentivo a la integración económica, etc.), un estudio de la ciencia jurídica restringido en base a fronteras políticas y geográficas carentes de la trascendencia de que gozaron hace algunos años. Especialmente si se admite que el derecho ha obtenido en importante medida una universalidad asimilable –en sus principios generales– a la alcanzada por la filosofía o las ciencias naturales<sup>31</sup>, y la comparación se ha transformado para el jurista tanto en una necesidad del espíritu como en un factor indispensable en la observación técnica<sup>32</sup>.

---

27 Alberto M. Justo, *Perspectivas de un programa de derecho comparado*, El Ateneo, Buenos Aires, 1940, p. 27.

28 Ver, así, Cassese, *L'étude comparé* [...], ob. cit., p. 885 (*L'étude comparé du droit administratif ne peut borner à la comparaison des institutions. Comparer le Conseil d'Etat français au "Consiglio di Stato" italien n'est pas d'une grande utilité si l'on ne considéré pas également des aspects tels que la prédominance des grands corps et l'élitisme de l'administration française, l'abondance des lois sur le fonctionnement interne de l'administration en Italie = contrairement à la réserve du pouvoir réglementaire à l'exécutif en France; la différence de rôle des cabinets ministériels dans ces deux pays, etc. Comparer les systèmes de tutelle judiciaire des citoyens vis-à-vis de l'administration publique, au Royaume-Uni, en Italie ou en France, peut être une source d'erreur, si l'on fait abstraction des traditions constitutionnelles, de la culture politique et administrative (par exemple, la traditionnelle déférence du citoyen anglais), de l'usage fréquent fait au Royaume-Uni de l'instrument parlementaire pour défendre les prétensions des particuliers à l'égard de l'administration ('parliamentary supervision' et 'enquiries'). En d'autres termes, on ne peut pas se borner à comparer deux institutions de deux ou plusieurs pays. Il faut tenir compte des variables qui en influencent l'équilibre, entre les bases constitutionnelles de l'administration, dans la culture juridique et politique, dans l'environnement social, etc.*).

29 Bielsa, *El estudio del derecho comparado* [...], ob. cit., p. 48.

30 Justo, *Perspectivas de un programa de derecho comparado*, ob. cit., p. 9, al señalar que “la actitud de los que se oponen a la idea del método comparativo en defensa del carácter específico de nuestro sistema jurídico para impedir la filtración de supuestos principios extranjerizantes [...], delata de por sí solo un falso amor propio nacional [...], evidencia, asimismo, un equívoco sobre la función del derecho comparado y un olvido inexplicable sobre el valor que se ha atribuido siempre en materia de técnica legislativa a la experiencia extranjera. En este último sentido ha de incluirse la opinión de Carlos Octavio Bunge cuando afirma que <el pueblo argentino no ha producido instituciones políticas y jurídicas originales, ni antes ni después de la independencia. Sin embargo, desde este punto de vista no se desconocen las características de nuestro derecho o el sello particular impreso por la vida de las instituciones y la evolución de la jurisprudencia local>”.

31 Rodière, *Introduction* [...], ob. cit., p. 2.

32 Bielsa, *El estudio del derecho comparado* [...], ob. cit., p. 43.

### 3. ALGUNOS OBSTÁCULOS Y RIESGOS PRESENTES EN LA LABOR DEL COMPARATISTA.

El estudio comparativo del derecho administrativo ha abarcado desde antaño tantos temas como autores se han ocupado de él. Sin embargo, ese examen se ha mostrado particularmente relevante respecto a cuestiones tales como la organización territorial, la protección jurisdiccional de los administrados (especialmente frente al obrar discrecional), la responsabilidad estatal o el obrar administrativo<sup>33</sup>.

En este aspecto, importantes instituciones como el Instituto Max Planck de derecho público comparado y derecho internacional de Heidelberg, el Instituto Internacional de Ciencias Administrativas (I.I.S.A.), con sede en Bruselas, o el Grupo Europeo de Administración Pública (G.E.A.P.), se han preocupado particularmente por observar la evolución del derecho público en los distintos sistemas jurídicos. Gracias a su loable colaboración y el interés manifestado por algunos juristas, se han publicado en las últimas décadas algunas obras de particular valía en esta área<sup>34</sup>.

El progreso del estudio comparativo del derecho depende en sustancial medida, por cierto, de contactos frecuentes entre los especialistas. En numerosas oportunidades ellos han tenido lugar en forma orgánica –tal como ocurrió con el célebre congreso celebrado en París en el año 1900 y que contó con la presencia de juristas de la talla de Saleilles, Lambert, Pollock y Kohler, o los múltiples eventos internacionales organizados en nuestro país, ya en el campo del derecho administrativo, por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (A.A.D.A.)–, pero aún cuando ellos se limitan en la mayor parte de las ocasiones al contacto personal entre los juristas de las distintas naciones, las semillas sembradas en tales encuentros –ocasionalmente incentivadas por estadias más prolongadas en centros de estudios extranjeros– rápidamente germinan y sus frutos resultan visibles en el plano jurídico al poco tiempo.

Iluso resultaría negar que, en este aspecto, el jurista latinoamericano ve obstaculizada su labor por factores ajenos a él, que en más de una oportunidad lo llevan a un grado peligrosamente cercano al desaliento. Bastaría recordar tan sólo los inconvenientes producidos por el magro presupuesto de nuestras universidades –que impide una dedicación plena al estudio del derecho y obliga al jurista, por si ello fuera poco, a recurrir a sus propios ahorros para asistir a eventos internacionales o formar una biblioteca digna en la materia (jamás cercana a la de una institución de mediana envergadura en un país desarrollado)– y las largas distancias que lo separan de los principales centros de estudio. Tanto ellos, como otros inconvenientes coyunturales no por ello menores –como los producidos como consecuencia del tradicional funcionamiento irregular de nuestro servicio de correos– son sólo algunos de los obstáculos que debe afrontar quien esté interesado en el estudio del derecho comparado.

¡Qué decir, por cierto, de los peligros que trae aparejado el conocimiento parcial o defectuoso de otros sistemas –expuesto con particular intensidad en el campo del derecho

---

33 Ver, en igual sentido, Arnold, *Le droit administratif comparé* [...], ob. cit., p. 857.

34 Ver, así, Bernard Schwartz, *French administrative law and the common law world*, New York University Press, New York, 1954; Farrell Heady, *Public administration. A comparative perspective*, New York, Decker, 1ª ed., 1966; 3ª ed., 1984; H. Puget, *Les institutions administratives étrangères*, Paris, Dalloz, 1969; Bernard Schwartz, y H. W. R. Wade, *Legal control of government: administrative law in Britain and the United States*, Oxford, 1972; Guy Braibant, *Institutions administratives comparées*, Paris, I.E.P., 1986; Bernard Schwartz, *Lions over the throne. The judicial revolution in english administrative law*, New York University Press, New York, 1987, o la obra colectiva dirigida por D. C. Rowat titulada *Public administration in developed democracies. A comparative study*, Dekker, New York, 1988.

público<sup>35</sup>-, generado no sólo por las clásicas barreras idiomáticas o históricas, sino también por aquellas producto de costumbres e idiosincrasias distintas de la de origen!

La existencia de tales obstáculos, cuya admisión previa resulta condición ineludible a fin de comenzar cualquier esfuerzo serio en este campo, no debe llevar, empero, al desencanto. Muy por el contrario, su reconocimiento obliga a redoblar los esfuerzos a fin de intentar obtener un conocimiento más acabado de las instituciones y pueblos extranjeros y, fundamentalmente, a asumir tanto el carácter precario de algunos principios como la posibilidad de replantear ciertas reglas que parecen haber alcanzado ya, en algunos supuestos, el *status* de verdaderos dogmas en nuestros respectivos sistemas jurídicos.

#### 4. EL ESTUDIO DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO Y SU INCLUSIÓN EN LOS PLANES DE ENSEÑANZA UNIVERSITARIA.

Reconocida la importancia del estudio comparativo del derecho público, uno de los principales problemas subsistentes es el de determinar en qué etapa de los estudios jurídicos debe él ser incorporado. Es decir, si ese examen debe efectuarse a lo largo de la carrera de abogacía o en alguna etapa posterior a ella.

No cabe duda que los estudios de grado se hallan dirigidos esencialmente a una finalidad profesional que los diferencia de los cursos superiores (doctorados, maestrías, especializaciones, etc.) en los cuales se percibe un creciente propósito de perfeccionamiento científico. Sin embargo, la creciente interconexión entre los distintos sistemas jurídicos, visibles especialmente en el progreso que ha experimentado la comunicación entre los distintos pueblos<sup>36</sup> y, fundamentalmente, en los procesos de integración en curso, demuestra que aun el abogado sin grandes aspiraciones académicas o científicas necesita imperiosamente interiorizarse en la actualidad de los avances producidos en otras latitudes, a fin de no perder posibilidades ciertas de un ejercicio profesional efectivo<sup>37</sup>.

35 Ver, así, François Haut, *Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif*, "Revue Internationale de Droit Comparé" (octubre-diciembre 1989), vol. 4, p. 907 (*Comparer l'incomparable, c'est un peu la gageure de ceux qui veulent appliquer la méthode comparative au droit administratif: en cette matière, que chacun n'entend pas dans le même sens, se dénombrent une diversité de conceptions, de règles et d'institutions*).

36 Ver, así, Rudolf B. Schlesinger, *Comparative law, Cases, text, materials*, 2ª ed., Stevens & Sons Limited, London, 1960, xv (*It has become an everyday chore for members of the legal profession in this country to exchange views and information with lawyers in Paris, Zurich or Montevideo. The technological obstacles which formerly impeded or delayed effective communication with these lawyers in far-away countries have been overcome by airplane and transatlantic telephone. Our mental habits, however, and those of our civilian brethren still are worlds apart. There is, true enough, a fundamental kinship between our beliefs and those of most lawyers in civil law countries, a kinship based on a common devotion to the rule of law and the dignity of the individual. But this kinship, doubly essential today when the very bases of Western civilization are under attack, may be obscured by differences in terminology and methods of thinking*).

37 En efecto, tal como acotaba el profesor David (*Los grandes sistemas* [...], ob. cit., p. 8), "nuestro mundo ya no es el mundo del siglo pasado, cuando todos coincidían en reconocer la primacía del Occidente europeo y cuando parecía evidente que las relaciones internacionales debían organizarse según las formas de pensamiento propias de los juristas de formación romanista. Los países de lengua inglesa, cuyos juristas responden a una formación diferente, han dejado de aceptar esta primacía; los países del campo socialista la rechazan y los países del Tercer Mundo quieren también hacer oír su voz. Las relaciones comerciales y políticas deben tomar en cuenta las nuevas circunstancias. Debemos esforzarnos por comprender los puntos de vista ajenos y para explicar a los demás nuestras propias ideas. La mejor idea intentada por un abogado francés ante sus propios tribunales no sería seguramente la más adecuada ante un tribunal norteamericano, ante una jurisdicción arbitral soviética o ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya o la Corte de Justicia de las Comunidades europeas; la argumentación capaz de convencer a un juez francés probablemente dejaría insensible a un juez de otra nacionalidad".

No se puede olvidar, además, la extraordinaria expansión que han tenido en el mundo contemporáneo las relaciones internacionales<sup>38</sup>, a punto tal que el conocimiento del derecho público extranjero resulta esencial tanto para la conducción de los negocios internacionales, la cooperación administrativa entre los distintos países y hasta el funcionamiento de los organismos internacionales existentes<sup>39</sup>.

En esas condiciones, el estudio del derecho comparado parece imponerse en ambos niveles. En el caso de la carrera de grado debería existir una materia específica (“Introducción al Estudio del Derecho Comparado” o “Introducción al Estudio Comparativo del Derecho”) –visible en la mayor parte de los programas de estudio de los *law schools* norteamericanos e igualmente ausente en buena parte de las facultades de derecho continentales– tendiente a explicar someramente los lineamientos esenciales de los distintos sistemas jurídicos y fomentar su examen crítico. En el supuesto de las respectivas especialidades, ese examen debería necesariamente ser profundizado en los ciclos de orientación profesional y en los programas de posgrado o doctorado.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES.

Parece indudable que –como bien afirmaba David<sup>40</sup>– “pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras, no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción”. Es que, en efecto, “el derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien provincianismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”.

Diversos factores, entre los cuales se hallan a la cabeza el progreso en las comunicaciones internacionales, la proliferación del comercio mundial y la tendencia hacia la integración regional, parecen haber puesto en duda la validez del estricto carácter nacional atribuido tradicionalmente al derecho administrativo<sup>41</sup>.

Estrechamente relacionada con este fenómeno se halla, por cierto, la creciente aproximación existente entre algunos sistemas de derecho administrativo considerados hasta hace algunas décadas poco menos que antagónicos como el *rule of law* y el de raíz continental europea a que hemos hecho referencia en una obra reciente. Bastaría recordar, en esta ocasión, por ejemplo, que superadas ya las objeciones formuladas en su momento por el profesor Dicey, se ha admitido en los Estados Unidos que las decisiones administrativas gozan de presunción de legitimidad (*presumption of validity*) y ejecutoriedad; que la potestad reglamentaria de los entes administrativos (*rulemaking*) ha

---

38 Basta recordar, así, por ejemplo, que en la elaboración de la nueva legislación china en materia de responsabilidad del Estado han trabajado especialistas internacionales como George Bermann, profesor de derecho comparado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia (U.S.A.). O que –como bien lo señala Rivero (*Le droit administratif* [...], ob. cit., ps. 919 y ss.)– el Consejo de Estado francés ha promovido la reunión de los presidentes de los principales tribunales con conocimiento en la materia administrativa de la Comunidad Económica Europea, con el propósito de confrontar la jurisprudencia de las distintas naciones y agilizar así el proceso de integración.

39 Braibant, *Introduction* [...], ob. cit., p. 850.

40 David, *Los grandes sistemas* [...], ob. cit., p. 9.

41 Ver, en igual sentido, Gaudemet, *Le droit administratif* [...], ob. cit., p. 902.

asumido allí una enorme importancia; que –con algunas variantes– el Estado ha adquirido un *status* especial tanto en los sistemas de raíz continental como en aquellos enroldados en el *rule of law*; que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los entes administrativos ha sido objeto de importantes controversias exteriorizadas en pronunciamientos relacionados con la labor de la *Federal Trade Commission* (F.T.C.); o que la creación de tribunales judiciales especializados en la materia administrativa ya había sido propuesta por un comité de la *American Bar Association* en el año 1933, retomando iniciativas de finales de la década anterior<sup>42</sup>.

El limitado conocimiento de este y otros procesos en curso en la actualidad, ponen de manifiesto la escasa importancia atribuida en general –más allá de contadas pero valiosas excepciones– a un estudio orgánico del derecho público comparado<sup>43</sup>. Si bien es cierto que pocos esfuerzos encuentran en ocasiones tantos obstáculos como aquellos que implican un examen de esta naturaleza, escasas recompensas parecen tan estimulantes como aquella que aguarda a quien desee adentrarse con entusiasmo en este interesante campo de estudio. Basta preguntarse tan sólo si existe tarea más apasionante para el jurista que aquella que permite perfeccionar su conocimiento del derecho nacional sin dejar a un lado esa agradable sensación –tan cuestionada como arraigada en la historia y voluntad de nuestro pueblo– de sentirse ciudadano del mundo.

---

42 Ver, así, Tawil, *Administración y Justicia* [...], II, ob. cit., cap. XII.

43 Notable es, igualmente, el desconocimiento existente respecto a las importantes reformas que afronta el sistema francés, la discusión suscitada en el país gallo respecto al mantenimiento de la doble jurisdicción, las controversias suscitadas en los Estados Unidos tras conocerse la decisión emitida por la Corte Suprema en “Chevron”, las repercusiones que producen los distintos procesos de integración en el derecho público interno de cada país, etc.