

FLAVIO QUEZADA RODRÍGUEZ

**LA NOCIÓN DE
SERVICIO PÚBLICO**

**HISTORIA COMPARADA
DE SU FORMACIÓN
EN EL DERECHO CHILENO,
ESPAÑOL Y FRANCÉS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN.....	19
 CAPÍTULO PRIMERO. METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO HISTÓRICO-COMPARADO DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	 29
I. ENFOQUES PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .	33
1. Enfoque interno, doctrina o técnica jurídica	37
2. Enfoque externo o ciencia jurídica.....	39
II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO PRÁCTICA DISCURSIVA EN UN CAMPO JURÍDICO	40
1. El campo jurídico y el Derecho administrativo.	41
2. Emergencias y mutaciones en las construcciones doctrinales del Derecho administrativo.....	45
III. LA HISTORIA COMPARADA DE LOS CONCEPTOS Y NOCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	52
1. Espacios jurídicos transnacionales, globalizaciones jurídicas y juristas viajeros	53
2. Conceptos jurídicos, nociones jurídicas y controversias doctrinales. Intertextualidad y <i>tracing</i> de textos.....	59
IV. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	69

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO SEGUNDO. EL CONTEXTO SOCIOJURÍDICO DE LA FORMACIÓN DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.....	71
I. CAMBIO SOCIAL, CIRCULACIÓN DE IDEAS Y SOCIALIZACIÓN DEL DERECHO.....	79
1. La cuestión social y la crisis del liberalismo.....	80
2. Una transnacional socialización del Derecho	92
II. EL TIEMPO DE LOS GRANDES ARQUITECTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	112
1. El servicio público en la teoría del Estado	121
2. El Derecho administrativo del servicio público.....	149
III. CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	167
1. Lugar dogmático del servicio público en el Derecho administrativo	167
2. La proyección doctrinal: escuelas y rupturas.....	183
IV. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	188
CAPÍTULO TERCERO. DELIMITACIÓN DOCTRINAL DE LA NOCIÓN JURÍDICA DE SERVICIO PÚBLICO	191
I. FRANCIA: DE LA CRISIS A LA UNIDAD.....	194
1. El mito del <i>arrêt</i> Blanco	196
2. Louis Rolland y la unidad de la noción de servicio público.....	205
II. ESPAÑA: LA RESTRICCIÓN PROPIAMENTE ESPAÑOLA DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	211
1. La generación de la <i>Revista de Administración Pública</i>	214
2. La mitificación de la noción de fomento y una nueva noción de servicio público	221
III. CHILE: SERVICIOS PÚBLICOS PARA EL DESARROLLO	246
1. De la «cuestión social» al nacionalismo desarrollista y tecnocrático	247
2. El servicio público en los continuadores de Valentín Letelier y la irrupción de las instituciones semi-fiscales	255
IV. CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	271
CONCLUSIONES.....	275
BIBLIOGRAFÍA.....	281

PRÓLOGO

Una paradoja recorre el Derecho administrativo español. En efecto, si bien la idea del servicio público está presente en las primeras presentaciones y en las construcciones doctrinales iniciales, posteriormente, la reconstrucción contemporánea que se inicia con la llamada generación de la *RAP* la desplazará, relegando y acotando su función prescriptiva y descriptiva. El Derecho Administrativo es el fruto de una evolución, de su estrecha dependencia con el desarrollo de los estados y la transformación de los cometidos y tareas de los poderes públicos. Esta vinculación, quizás, nos pueda explicar por qué autores fundamentales en la elaboración del Derecho administrativo español, tanto en su papel de legisladores como de autores, en algún caso muy respetados y valorados por sus coetáneos extranjeros, luego quedaron en el desván y han desaparecido como referencias doctrinales. Seguramente el caso más llamativo es el de A. Posada. Es difícil entender porque en obras contemporáneas aparecen Duguít y Forsthoff, y, por el contrario, ninguna mención al ilustre ovetense, cuando en determinados temas fue un avanzado en su tiempo, publicando antes que los dos clásicos mencionados. El libro de Flavio Quezada, que ahora tengo el honor de prologar, nos ayuda a desentrañar esta paradoja.

La caracterización constitucional de la Administración pública presenta claras resonancias en la institución del servicio público. Así, «la Administración pública *sirve* con objetividad *los intereses generales*». La servicialidad y el interés general como rasgos caracterizadores de la posición de la Administración, en todas sus tareas; la administración pública no es solo poder, ejercicio de prerrogativas. Como es ahora bien conocido, singularmente, debido al impacto del derecho europeo, la idea de servicio al interés general está presente en los ordenamientos jurídicos europeos mediante formulaciones distintas y proyecciones materiales no equivalentes. Su fuerza retórica, su capacidad simbólica

ha canalizado su irrupción en la caracterización de las tareas colectivas. Unas tareas para las que se requiere un régimen singular, distinto del de los privados.

El libro de F. Quezada es el resultado de una investigación en sentido estricto, sus aportaciones nos permiten avanzar efectivamente en el conocimiento, aportando elementos nuevos que iluminan el proceso de formación de la red conceptual propia del Derecho administrativo contemporáneo. La obra responde a la más que notable capacidad de su autor de formular las preguntas pertinentes, explorar caminos ignotos, leer con detenimiento a los autores y presentar los resultados de esta exploración, navegando por una diversidad y heterogeneidad de fuentes. Todo el proceso constructivo discurre fácilmente pues maneja una escritura muy diáfana, en la que la calidad y el rigor no están reñidos con la claridad y elegancia expositiva. Algunos hallazgos semánticos permiten describir de manera precisa y rigurosa fenómenos que podían haber quedado solapados o escondidos.

En España no disponemos de una tradición asentada de estudios sobre el pensamiento jurídico, ni de una presentación sistemática de los debates doctrinales que están en el origen de la formación del derecho administrativo. Tampoco la elaboración de biografías de juristas constituye una práctica común, solo disponemos de algunas «incursiones» y de aportaciones puntuales. Si bien, también es cierto que hay algunas excepciones bien notables y que el panorama podría estar cambiando.

La finalidad de esta investigación está en estrecha consonancia con los objetivos fundacionales de *I Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*; revista fundada por P. Grossi en 1972, destinada a renovar profundamente la historiografía de la historia de las ideas jurídicas. Retomando sus enunciados de cabecera, se trata de «incrementar el estudio histórico de las doctrinas jurídicas, de modo que permita una comprensión más profunda de los sistemas jurídicos actuales y de sus raíces culturales y sociales». Para ello el camino a seguir es «el diálogo continuo entre historiadores del derecho y juristas, un intercambio enriquecido por la contribución permanente de otros científicos sociales y filósofos». Este proyecto ha contribuido de forma decidida a los avances en el conocimiento y, muy especialmente, la apertura de una línea muy fértil de investigación en el campo del pensamiento jurídico, un terreno ya explorado en otros entornos científicos pero no demasiado frecuentado por los juristas.

Al dejar la dirección de la revista, P. Grossi puso de manifiesto cómo antes de la creación de la revista las investigaciones se ocupaban de la historia de las fuentes o de algún personaje insigne, pero se producía una absoluta desconexión entre los que araban los variados campos del derecho positivo y los cultivadores de la historia del derecho. Añadió que la otra seña de identidad de la revista fue la elección de la historia del pensamiento jurídico, por naturaleza «intolerante» a los «confinamientos nacionales», propios de la historiografía institucional, proyectándola a un nivel «auténticamente transnacional». El carácter políglota de los colaboradores era corolario de esta opción. Como veremos en la obra de

F. Quezada, nuestros «padres fundadores» del moderno derecho administrativo eran juristas «viajeros y políglotas».

La configuración de nuestras instituciones no es solo el resultado de la voluntad del legislador (si bien, en España, a diferencia de otros sistemas jurídicos, tienen una fuerte impronta legislativa), sino que tiene, como sucede en los distintos sistemas de nuestro entorno, una cierta dependencia del pasado y de las distintas reinterpretaciones del mismo que se han ido sucediendo. Y, como también veremos a lo largo de la exposición, es el resultado del cruce, del diálogo entre juristas, juristas abiertos a las ciencias sociales y atentos a los problemas de su tiempo. F. Quezada pone el foco en el momento de construcción de los grandes andamiajes jurídicos: el tránsito del siglo xix al siglo xx. Y lo hace con una aproximación contextualizada del pensamiento jurídico, situando a los autores en su tiempo.

El autor delimita de manera precisa su propósito: «identificar el paso de la expresión servicio público al lenguaje jurídico y su conversión luego en noción jurídica en el Derecho administrativo de Chile, España y Francia». Con este fin elabora una metodología adecuada al estudio, en clave histórico-comparada. Historia y comparación. Como hace años ya señaló S. Cassese (*Il diritto amministrativo: storia e prospettiva*, 2010), debemos plantearnos «qué historia acarrea el derecho administrativo a su espalda», en la medida que «las instituciones son el fruto del pasado (de unos pasados frecuentemente reinterpretados) y el resultado de una mixtura de ordenamientos diversos, entre los que frecuentemente se dan procesos de importación y exportación». En este examen de la evolución del derecho administrativo debemos plantearnos cuáles son los períodos que han dejado su impronta, qué influencias recíprocas podemos identificar. Interrogar la historia y comparar para fijar tipos ideales.

Historia y comparación, por una parte, y comunicación y diálogo, desde otra perspectiva. En efecto, la ciencia ha avanzado siempre mediante el intercambio de conocimientos y de ideas. Una interlocución que ha encontrado distintos vehículos, diferentes formatos, de carácter más abierto o público como la edición de revistas y libros supone, pero también de carácter más privado como la correspondencia epistolar permitía. Fuera del campo de las ciencias sociales este último ámbito constituye desde hace tiempo un terreno fértil de investigación, como recientemente ha manifestado un reconocido historiador de la ciencia, J. M. Sánchez Ron, «no es posible entender por completo lo que hicieron y pretendieron los grandes científicos, los responsables de los cambios de dirección o rupturas en la ciencia, ni tampoco las dificultades o facilidades que marcaron sus biografías, sin acceder a su correspondencia privada» (*Querido Isaac, querido Albert, Una historia epistolar de la ciencia*, 2023). Este doble registro de interlocución y de intercambio aflora de manera muy pertinente y adecuada en el análisis de las aportaciones de los distintos autores examinados en el libro de F. Quezada. Vemos como compartían problemas, participaban en empresas comunes —creación de revistas, participación en consejos editoriales—; pues Letelier, Posada y Duguít conocían distintas lenguas y viajaban. Un intercambio

fructífero que alumbró un espacio jurídico más allá de las fronteras nacionales. Quizás, porque como nos ilustró S. Zweig en su memorable autobiografía, viajar requería tiempo por los medios de la época, pero la ausencia de barreras burocráticas lo facilitaba.

Un diálogo entre juristas, «vivos y muertos», recuperando una expresión recientemente utilizada por M. Lorente. Un diálogo tanto más necesario cuando tiene por finalidad recuperar de manera contextualizada las complejas interacciones, el intercambio de ideas en un espacio que se demuestra no encapsulado por Estado-nación decimonónico, un espacio jurídico transnacional. Si tradicionalmente la historia del derecho administrativo ha sido concebida y explicada ligada a familias jurídicas, inscrita en culturas jurídicas nacionales, esta obra muestra un entorno distinto. El trabajo de F. Quezada examina los textos y las aportaciones sin forzar la lectura. Un ejercicio tanto más necesario cuanto los «grandes arquitectos» elaboraron sus construcciones atendiendo a sus preocupaciones metodológicas —fuertemente impactadas por la irrupción de la sociología— y cuestionando la validez de la teoría de la personalidad jurídica del estado —pues toda idea de persona colectiva se entendía como metafísica en tanto en cuanto respondía a un falso problema—. En este marco teórico emerge la teoría del servicio público como teoría del Derecho y del Estado; una construcción que, en el caso de Duguit, se inscribe de manera explícita en un debate fluido entre el pensamiento jurídico francés y el pensamiento jurídico alemán, como bien mostró O. Jouanjan. Y, en estas mismas coordenadas también se inscriben las construcciones doctrinales equivalentes, de Posada y de Letelier.

Como ya hace años indicara Dieter Grimm, a propósito de la solidaridad como principio jurídico, el Derecho que quería construir L. Duguit era a la vez científico por su método y social por su finalidad. Esta doble perspectiva está muy presente en el trabajo desarrollado por F. Quezada, pues de manera sistemática y precisa procede a situar las construcciones de los autores analizados en el contexto social e institucional de sus épocas respectivas. Ello le permite identificar adecuadamente los problemas que se planteaban y las propuestas teóricas elaboradas. Los fundamentos metodológicos y sociales de las aportaciones teóricas examinadas, así como el análisis del diálogo fluido y rico del intercambio fructífero entre estos autores permite reconstruir el proceso de elaboración y construcción de la noción jurídica de servicio público.

La determinación de una periodificación adecuada ha demostrado toda su potencialidad al permitir poner de relieve los elementos comunes y, paralelamente, las diferencias. No se trata de yuxtaponer, de dar noticia, sino de mostrar en un primer momento, de manera contextualizada, las interrelaciones, las complementariedades, las sinergias, evidenciando que la visión que tradicionalmente asignaba a determinados sistemas jurídicos un rol de importación de modelos, y, correlativamente, a otros, el de exportación, solo se puede sostener como aproximación muy simplificada y, sobre todo, privada de encaje socio-institucional preciso. El trabajo aporta evidencia de un desarrollo histórico cruzado por permanentes interconexiones, unas interacciones tan densas e intensas que,

con gran acierto, se propone calificar este espacio jurídico como transnacional. Este intercambio no es ajeno al proceso de formación y decantación de la noción jurídica de servicio público. Así, si inicialmente la idea de servicio público permitió construir una teoría del Estado y del Derecho constitucional y administrativo, en un segundo tiempo, la transformación —y extensión— de las tareas públicas, la irrupción de la cuestión social, dará lugar a una decantación y elaboración de una noción propiamente técnico-jurídica.

Sobre la base de esta heredad intelectual (utilizando una expresión de J. M Keynes referida a I. Newton) será ya posible, en un momento posterior del desarrollo argumentativo, plantear cuáles son las claves de las particularidades o especificidades que singularizan la noción jurídica de servicio público en los tres órdenes jurídicos de referencia. De nuevo, F. Quezada no se limita a presentar de manera yuxtapuesta la presentación tradicional en cada derecho administrativo, sino que identifica de manera precisa las claves institucionales y doctrinales que permiten comprender cómo, a pesar de las apariencias, las divergencias son profundas. Muestra como lo que a veces se ha denominado «importación» no es mera recepción sino creativa adaptación y reelaboración. Para ello presenta de manera muy ilustrativa cómo, bajo las aparentes similitudes, los problemas jurídicos y dogmáticos eran distintos pues se desenvolvían en entornos político-institucionales, culturales y sociales muy distintos. No se trata solo de contrastar textos, de compararlos, sino, también, de insertar las propuestas en los sistemas teóricos y conceptuales de los respectivos derechos nacionales. Precisamente, al prestar una especial atención a los contextos y a los modos de elaboración de los discursos doctrinales, suministra una reconstrucción de los concretos aparatos conceptuales que, bajo la misma rúbrica de «servicio público», alumbran los tres sistemas jurídicos analizados.

Las circunstancias de la época no son ajenas a las construcciones teóricas que se elaboran para responder a los problemas que se suscitan. Este enfoque metodológico permite reconstruir de manera sistemática los mimbres utilizados por los autores en los distintos derechos. Los resultados son muy ilustrativos y seguramente chocarán a algunos adeptos de la visión más tradicional. Contextualizar de manera pertinente supone introducir hechos, fenómenos sociales, tipologías de intervenciones públicas, en definitiva, todos aquellos elementos que permiten aprehender los cambios en las tareas públicas. Unas transformaciones de las que son deudoras las elaboraciones teóricas. Como muestra F. Quezada, los cambios sociales impusieron a la dogmática la necesidad de una reelaboración del aparato conceptual.

En los inicios del siglo xx, de manera progresiva y con ritmos distintos según los países, los servicios industriales y los servicios económicos —pues sirven al funcionamiento de la economía en su conjunto, y a la producción fabril en especial— irrumpen en la esfera pública, a veces a nivel municipal (como ha examinado N. Magaldi) y más adelante a nivel nacional. Este impacto tendrá su corolario en la revisión o reformulación de la idea de servicio público en los tres derechos administrativos analizados en el libro.

Seguramente el caso chileno ilustra de manera más nítida este fenómeno, el foco de atención pasa de la «cuestión» social al desarrollo económico. Pero, si bien, la misma problemática está presente en los debates doctrinales en Francia y en España, la delimitación doctrinal del servicio público discurrirá por caminos distintos, en función de las particularidades de las distintas culturas jurídicas y los contextos institucionales y sociales.

Así, la «crisis del servicio público» en Francia responde a problemas propios y específicos del derecho administrativo francés, a cuestiones derivadas de la dualidad de jurisdicciones y a la aplicación del régimen de derecho administrativo a determinadas actividades. Muy lejos de la importación descontextualizada operada por algunos autores españoles. Las ideas jurídicas no son mercancías y por ello es difícil trasladar mecánicamente las categorías y conceptos, como bien saben los cultivadores del derecho comparado.

La doctrina francesa lleva tiempo revisando los «mitos fundadores del derecho administrativo francés» (Bigot, Melleray), analizando qué hay de «leyenda o realidad» (según los expresivos términos de Mescheriakoff, 1988) en la interpretación de algunos *arrêts* por la doctrina convencional. En nuestro derecho esta tarea no está tan avanzada. Revisitar el contexto histórico-institucional y los debates de los autores en torno a distintas categorías y conceptos alumbrados a partir de la relectura del derecho positivo, de las sentencias o de los dictámenes del Consejo de Estado (que jugaron un importante papel en su momento por las peculiaridades del entorno institucional de la época) permite ilustrar con una nueva mirada el aparato conceptual que estructura la disciplina.

En esta estela, «movilizando los archivos, no siendo indiferente a la historia», como expresó J Caillousse (*Preface, Dix mythes du droit public*, M. Touzeil-Divina, 2019), F. Quezada procede a la deconstrucción de la noción de «servicio público en sentido estricto». En este itinerario es fundamental mostrar la «mitificación» de la Instrucción de Javier de Burgos (1833) y la asignación de un rol dogmático a la idea de fomento propiciada por la doctrina de la generación de la *RAP*. Paralelamente, la configuración de la noción de «gestión económica» permitió acabar de cerrar esta visión restrictiva del servicio público que bajo el manto de la «*publicatio*/titularidad» ha singularizado el servicio público *a la española*. Estas fueron las claves para limitar la acción pública en un contexto institucional en el que no existía protección efectiva de los derechos y libertades ni separación de poderes. Aunque algunos autores ya manifestaron entonces que la tesis del servicio público como «monopolio de iure» no era acorde con la realidad, pues dejaba a la intemperie aquellos servicios de carácter «asistencial» (en la concepción de la época) que se prestaban por el Estado para suplir la actividad de los particulares; un abanico de actividades que habían constituido tradicionalmente el quid del servicio público para la doctrina anterior.

Este es un trabajo cuyo objeto central es lo que hemos convenido en denominar doctrina, para ello procede a desbrozar las distintas construcciones dogmáticas, situándolas en su contexto político y social, lo que permite identificar de

manera rigurosa las necesidades dogmáticas del período. En aquel momento, en el derecho administrativo español, para poder avanzar en el proceso de juridificación del Estado, la disciplina debía presentarse con un carácter marcadamente técnico, ello requería identificar a la administración de la manera más formal posible, excluyendo pues sus funciones o cometidos.

Rigor y relevancia constituyen las señas de identidad de un trabajo académico que se pretenda tal. Al final del trayecto, creo que es difícil discutir que la cuestión abordada no sea relevante para poder seguir avanzando en la necesaria tarea de (re)construir la historia del pensamiento jurídico-administrativo. El rigor con el que se manejan las distintas fuentes, se determina la metodología pertinente y, al mismo tiempo, se abren nuevas perspectivas, nos anima colectivamente a seguir dialogando y construyendo un espacio jurídico común. Un espacio que solo puede ser transnacional.

Barcelona, junio de 2024.

Elisenda MALARET

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

1. «Los juristas que trabajan con leyes cuyos orígenes desconocen, así como las aplicaciones que se han hecho de ellas, las manipulaciones que han sufrido, están destinados a trabajar con una fachada, a quedarse en el exterior, a no entender»¹. En efecto, para comprender el Derecho administrativo se debe asumir que «...está ligado a un particular contexto histórico»²; puesto que solo así es posible entenderlo y no quedarse solo con la «fachada» que constituye el texto de Derecho positivo.

2. La expresión «servicio público» ha vivido un proceso muy complejo hasta convertirse en un capítulo de manuales de Derecho administrativo o en un tema de monografías técnicas de la misma disciplina. Este proceso tampoco se ha detenido, y en la actualidad se plantean nuevos problemas que impactan en su comprensión y expresión en la realidad social³.

3. Aquel proceso está ligado a su respectivo contexto social, lo cual no significa que el Derecho administrativo de una determinada sociedad no tenga importantes relaciones con otros. En cualquier biblioteca especializada se pueden consultar obras jurídicas de distintas latitudes; internet permite acceder a un número exponencialmente creciente de artículos de los más variados orígenes e

¹ Sabino CASSESE y Luisa TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, il Mulino, Boloña, 2014, p. 88.

² Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Global Law Press, Sevilla, 2014, p. 25.

³ Así, por ejemplo: Lucie CLUZEL-MÉTAYER, Catherine PRÉBISSY-SCHNALL y Arnaud SÉE, *La transformation numérique du service public: une nouvelle crise?*, mare & martin, París, 2021. Henri BOUILLON, *Le droit administratif à l'ère de la gouvernance. Les idées politiques du droit administratif*, mare & martin, París, 2021.

inspiraciones; del mismo modo, no es inusual que en los encuentros académicos de administrativistas asistan expertos de otros países o que las administraciones públicas tengan relaciones más o menos directas con organizaciones internacionales o de otros estados. En suma, el carácter situado del Derecho administrativo no obsta a que, a la vez, sea también un fenómeno con rasgos o expresiones internacionales, globales y transnacionales.

4. Esta complejidad impone, para abordar una investigación en esta disciplina y en este tema, una adecuada delimitación del problema, a fin de que sea factible realizarla y, por lo mismo, sea capaz de aportar conocimiento nuevo. De este modo, se procederá, en primer lugar, a plantear el problema y luego a precisar sus contornos, delimitándolo con mayor precisión (delimitación positiva y negativa).

5. El problema de la investigación⁴. En este trabajo se intenta responder el siguiente problema: ¿cómo se formó la noción jurídica de servicio público en el Derecho administrativo de Chile, España y Francia? Esto es, el proceso mediante el cual la expresión «servicio público» deviene en una noción a la cual los juristas-administrativistas le atribuyen efectos institucionalizados que operan en la realidad social; en otros términos, su construcción y delimitación como una noción propiamente jurídica⁵.

6. Como se sigue de lo anterior, se trata únicamente del proceso de formación y no de cada una de sus mutaciones o transformaciones. En rigor, se trata de identificar el momento de emergencia en las construcciones teóricas y técnicas de quienes se dedican a una específica disciplina: el Derecho administrativo.

7. *Delimitación positiva*. El problema antes planteado debe precisarse y justificarse espacial y temporalmente. Respecto a lo primero, se abordarán únicamente tres casos: el Derecho chileno, el español y el francés (delimitación espacial). En lo que concierne a lo segundo, se abordará solo el proceso de formación de la noción de servicio público, lo cual se circunscribe —aproximadamente— a un siglo, esto es, desde la década de los 50 del siglo XIX y la misma década del siglo XX (delimitación temporal). Aunque cada una de estas decisiones tiene un elemento no explicitable racionalmente o arbitrario —lo que pareciera ser irreductible—, se entregarán razones que permitan justificarlas.

⁴ Sobre la construcción de un problema jurídico: José Reinaldo DE LIMA LOPES, «Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato», en Christian COURTIS (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 41-67.

⁵ Precisar su aspecto propiamente jurídico es importante, puesto que este problema también puede plantearse en otros campos disciplinares. Así, por ejemplo: Olivier DARD, «Les économistes et le service public, d'une guerre à l'autre», *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, núm. 52 (3), 2005, pp. 119-131. Lucette LE VAN-LEMESLE, «Cauwès et Colson, le juriste et l'ingénieur: une ou deux conceptions du service public?», *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, núm. 52 (3), 2005, pp. 75-87. Evidentemente, esto no significa que no existan importantes relaciones entre el contexto social y de otras disciplinas con el campo jurídico, tal como se explica en el capítulo metodológico de este trabajo. Se trata únicamente —en este momento— de un ejercicio de delimitación/precisión del problema que se pretende abordar y desarrollar.

Tanto por rigor metodológico, como por honestidad intelectual, con la finalidad de permitir su juzgamiento racional.

8. *Delimitación negativa.* También es necesario advertir al lector lo que no se abordará. Los límites de un problema no están configurados únicamente por lo que se decide abarcar, sino que también por lo explícitamente excluido. Por cierto, la exclusión no implica que no existan referencias o exploraciones fronterizas, incluso ajenas, del tema desarrollado; sino que no constituyen un objetivo explícito y necesario para el éxito de la investigación.

9. Así, en primer lugar, se debe precisar que no se abordará el proceso de formación en cada país en el cual el servicio público ocupa un rol dogmático relevante, sino únicamente en tres: Chile, España y Francia. Tampoco se trata de desarrollar una historia del Derecho administrativo de cada uno de esos casos, sino solo de contextualizar en ella la formación de la noción de servicio público.

10. No se aspira a explicar toda la historia de dicha noción en cada uno de los casos estudiados, sino un momento (o evento) preciso: su formación. Una investigación que abordara toda esa historia, en cada sociedad, justificaría, a lo menos, tres trabajos distintos.

11. Nótese también que se aborda el servicio público (en singular) y no los servicios públicos (en plural). Esto es, no se investiga el fenómeno de la agencia colectiva para la satisfacción de necesidades públicas; lo que, por cierto, podría remontarse al surgimiento mismo de la civilización⁶.

12. En el desarrollo de esta investigación se profundiza, en algunos casos con cierto detalle, en la obra de algunos juristas que se han identificado —justificadamente— como especialmente relevantes. Sin embargo, no se abordará en profundidad a cada uno de ellos, sino en lo que sea necesario para responder el problema planteado.

13. Por otro lado, no debe perderse de vista de que se trata de un trabajo de Derecho comparado, en perspectiva histórica, por cierto. De este modo, para hacer posible la comparación jurídica debe renunciarse a ciertos enfoques o desarrollos necesarios si se tratara exclusivamente de una reflexión de Derecho extranjero o Derecho propio. En suma, seguramente un especialista en alguno de los casos estudiados puede identificar ausencias o superficialidades, las cuales podrían explicarse por el objetivo de desarrollar una reflexión en la cual cada uno de dichos casos se intenta situar en una posición teórica y metodológica destinada a la comparación entre sí.

14. *Delimitación espacial*⁷. Una explicación difundida con bastante éxito, tanto que hasta podría considerarse un lugar común disciplinar, afirma que

⁶ Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, 6.ª ed., PUF, París, 2019, pp. 49-50. Didier BLANC, «Les naissances du droit public, Pour une généalogie en forme de trilogie», *Revue du Droit Public*, núm. 6, 2017, pp. 1561-1579 (pp. 1566-1567).

⁷ Se siguen criterios en: Ran HIRSCHL, «The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, pp. 125-155.

la noción de servicio público se origina en el Derecho administrativo francés y, posteriormente, es copiada, exportada/importada o recepcionada por diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el español y el chileno. En suma, se plantea que el proceso de formación habría tenido un centro: Francia, desde el cual se habría difundido (unidireccionalmente) hacia diversos países⁸. Este discurso se denominará visión o perspectiva difusionista⁹. Parte de su efectividad se basa en su coherencia con la auto-representación —en el campo jurídico— sobre la construcción de su respectivo Derecho administrativo; en efecto, mientras la sociedad chilena se percibe como un «crisol» de influencias extranjeras múltiples¹⁰, el caso español se entiende como un «receptor»¹¹ y el francés se ve como «el centro de producción intelectual»¹².

⁸ Respecto a la recepción en Chile de la teorización francesa: Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, «La calificación de una actividad de “servicio público” en el Derecho administrativo chileno», en Iván OBANDO CAMINO (ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 27-49 (p. 32). Fabián HUEPE ARTIGAS, «La mutación de la noción de servicio público de lo orgánico a lo funcional y sus consecuencias», en Iván OBANDO CAMINO (ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 65-87. Alejandro VERGARA BLANCO, «El actual concepto de servicio público en sentido funcional y su conexión con la responsabilidad y las sanciones administrativas», en Iván OBANDO CAMINO (ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 107-119. Enrique RAJEVIC MOSLER, «De Duguit al Derecho regulatorio: la mutación del servicio público en Chile», en Iván OBANDO CAMINO (ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 89-106. Rosa Fernanda GÓMEZ GONZÁLEZ, «Principios que informan la actividad de servicio público», en Iván OBANDO CAMINO (ed.), *La actividad de servicio público. Actas de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo (2019-2020)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 183-205.

Respecto a la recepción en España de la construcción francesa: Joaquín TORNOS MAS, «El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 193-211 (p. 194). Íñigo DEL GUAYO CASTIELLA, *Regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 89. Ángel J. GÓMEZ MONTORO y Fernando SIMÓN YARZA, «La influencia del Derecho extranjero en el Derecho público español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp. 73-118 (p. 99). Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 178.

Respecto al carácter «derivado» del caso español: B. Guy PETERS, *Administrative Traditions. Understanding the Roots of Contemporary Administrative Behavior*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 49 y 54-74.

⁹ Esta denominación se toma desde los recientes desarrollos de la historia comparada del Derecho que se explican en el primer capítulo.

¹⁰ Jorge BARAONA GONZÁLEZ, «La cultura jurídica chilena: apuntes históricos, tendencias y desafíos», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 35, 2010, pp. 427-448 (p. 429).

¹¹ Andrés BOIX-PALOP, «Spanish Administrative Traditions in the Context of European Common Principles», en Matthias RUFFERT (ed.), *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013, pp. 83-99 (pp. 86-87).

¹² Jacques PETIT y Pierre-Laurent FRIER, *Droit Administratif*, 15.ª ed., LGDJ, París, 2021, p. 256. Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, 10.ª ed., PUF, París, 2015, p. 3. Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 21.ª ed., LGDJ, París, 2015, p. 23-24.

15. De lo anterior se sigue la importancia de ahondar en el caso francés, tanto para explicar y rastrear los orígenes de la perspectiva difusionista, como para corroborar o no la efectividad de la atribuida originalidad. En efecto, parece ineludible iniciar un viaje retrospectivo hacia quienes son reconocidos como los clásicos del Derecho administrativo francés, los cuales fueron tempranamente traducidos y que llevan circulando en el mundo un siglo, aproximadamente. En cierto sentido, su huella está presente —explícita o implícitamente— en todo trabajo que aborde un problema en esta disciplina.

16. El caso español, por su parte, se justifica tanto para cuestionar la visión difusionista, como por la relevancia que ocupa en un espacio jurídico mayor: el mundo hispanohablante. En efecto, resulta relativamente aceptado, en las representaciones sobre el origen de la noción de servicio público, la visión difusionista, esto es, de España como receptor. Por otro lado, ese rol se complementaría con otro como difusor o «puente», sea como traductor o síntesis de «lo europeo» hacia el mundo latinoamericano, lo cual, por cierto, incluye a Chile.

17. Profundizar en el caso chileno tiene un doble valor, puesto que la visión difusionista se encuentra reforzada tanto por representarse como receptor de doctrinas francesas, como españolas. Es decir, así como en esta materia España reconoce a Francia como centro de producción intelectual, Chile ve a ambos países en el mismo rol¹³.

18. De este modo, la presente investigación trata tanto del estudio de Derecho extranjero o foráneo, como de Derecho comparado¹⁴; de hecho, la posibilidad misma de la comparación para identificar y trabajar el problema del «trasplante jurídico»¹⁵ supone, como primer paso, la comprensión de la foraneidad, para, en un segundo momento, emprender la reflexión comparativa. Como consecuencia de lo anterior, esta investigación supuso aproximarse a dos Derechos extranjeros (el francés y el español), para luego centrar la mirada al Derecho propio (el chileno). Por cierto, este proceso no fue segmentado, sino dinámico, es decir, se trató de un ir y venir —durante cuatro años— desde lo ajeno a lo propio y viceversa. Con el tiempo, lo ajeno deviene en algo propio, mientras que lo propio deja verse de la misma manera pues ha incorporado lo ajeno.

19. Por otro lado, dado que el Derecho administrativo es «un fenómeno esencialmente social»¹⁶, si se le quiere estudiar en tanto Derecho extranjero con fines comparativos resulta ineludible conocer la sociedad que lo produce; esto es, su cultura, costumbres, historia, economía, campo universitario, librerías, bi-

¹³ Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, «La calificación de una actividad de “servicio público” en el Derecho administrativo chileno», *op. cit.*

¹⁴ Marie-Claire PONTTHOREAU, «Droits étrangers et droit comparé: des champs scientifiques autonomes?», *Revue internationale de droit compare*, núm. 67 (2), 2015, pp. 299-315.

¹⁵ Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2.^a ed., Economica, París, 2021, pp. 154-187. Pierre LEGRAND, «The Impossibility of Legal Transplants», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 4 (2), 1997, pp. 111-124.

¹⁶ Sabino CASSESE y Luisa TORCHIA, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 35.